

RENATA MAYUMI SANOMYA

Mediação e conciliação com o Poder Público

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2019

RENATA MAYUMI SANOMYA

Mediação e conciliação com o Poder Público

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2019

**Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo**

Mediação e conciliação com o poder público/Renata Mayumi Sanomya – São Paulo : R.
M. Sanomya, 2019.
250 f. ; 30 cm.

Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2019.
Orientador: Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli.
Notas de rodapé.
Inclui bibliografia

1. Acesso à ordem jurídica justa. 2. Administração Pública. 3. Consensualidade. 4. Meios
Consensuais de Solução de Conflitos. I. Puoli, José Carlos Baptista. II. Título.

RENATA MAYUMI SANOMYA

Mediação e conciliação com o Poder Público

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli.

São Paulo, ____ de _____ de 2019.

Nome:

Nome:

Nome:

Nome:

Nome:

AGRADECIMENTOS

À Universidade de São Paulo, especialmente à Faculdade de Direito do Largo São Francisco, por ter me acolhido no Doutorado e proporcionado crescimento pessoal e conhecimento de excelência.

Ao Professor José Carlos Baptista Puoli, pela oportunidade e constante disponibilidade e pela orientação nesta pesquisa, auxiliando muito no planejamento e desenvolvimento do trabalho.

Aos Professores Drs. Rodolfo de Camargo Mancuso e Marcelo José Magalhães Bonício, pela participação na Banca de Qualificação e pelos preciosos apontamentos.

Aos Professores do Departamento de Direito Processual, pelas disciplinas ministradas, em especial aos Professores das disciplinas cursadas: Antônio Carlos Marcato, Kazuo Watanabe, José Carlos Baptista Puoli, Ricardo de Barros Leonel e Marcelo José Magalhães Bonício.

Aos Professores que me auxiliaram e incentivaram, em especial, Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera e Trícia Navarro Xavier.

Aos membros da banca, por gentilmente terem aceitado o convite para participar da Banca de Defesa.

À minha família, pelo incentivo e apoio incondicionais.

Ao meu marido, Rafael, por todo o apoio, carinho e compreensão, fundamentais nesta trajetória.

Aos meus queridos amigos, pelos bons momentos e apoio durante esses anos.

RESUMO

SANOMYA, Renata Mayumi. *Mediação e conciliação com o Poder Público*. 2019. 250 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

A tese tem por objeto o estudo da utilização pelo Poder Público dos mecanismos consensuais de resolução de conflitos, investigando a possibilidade jurídica e as limitações de tal uso. Parte-se do atual cenário de excessiva litigiosidade em que se encontra o Poder Judiciário brasileiro, no qual a Administração Pública figura como um dos grandes litigantes, estando envolvido em uma parcela significativa dos conflitos. Defendendo a adequação desses instrumentos para dirimir inúmeros conflitos, propõe-se a ampliação da utilização de tais meios consensuais. Para tanto, foi feita a análise do sistema multiportas de solução de controvérsias juntamente com as inovações trazidas pelas políticas de estímulo à utilização desses mecanismos, com ênfase no Novo Código de Processo Civil, na Resolução n. 125/2010 do CNJ e na Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015). Visando integrar a Administração Pública nesse contexto e demonstrar que, apesar de ser necessária a observação de certas restrições, foi feita uma leitura da consensualidade na Administração Pública, do interesse público, da indisponibilidade dos bens e das demais peculiaridades que envolvem o ente público. Para não ultrapassar os limites da tese, foram analisados apenas os meios autocompositivos de solução de conflitos, dando especial ênfase aos institutos da mediação e da conciliação. Em razão da desconfiança social, jurídica e política que se configura na atualidade, abordaram-se as questões relativas ao controle e a importância dos órgãos de controle externo. Ao final, concluiu-se que o emprego desses meios consensuais teve grande progresso, entretanto sua efetiva implementação ainda carece do estabelecimento de critérios claros de regulamentação em vários sentidos, como a criação de um quadro próprio de conciliadores e mediadores, a questão da remuneração desses profissionais, uma eficiente comunicação entre o Poder Judiciário e o Poder Público, além da criação de um banco de dados compilando as boas práticas dos meios consensuais de solução de conflitos, permitindo a conscientização da sociedade quanto aos benefícios da utilização desses meios consensuais.

Palavras-chave: Acesso à ordem jurídica justa; Administração Pública; Consensualidade; Meios Consensuais de Solução de Conflitos.

ABSTRACT

SANOMYA, Renata Mayumi. *Mediation and conciliation with Government*. 2019. 250 p. Thesis (Doctorate) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo.

The thesis aims to study the use by the Government of consensual mechanisms of dispute resolution, investigating the legal possibility and the limitations of this use. Starting from the current scenario of excessive litigation in which the Brazilian Judiciary is located, in which the Public Administration is one of the main litigants, being involved in a significant portion of the conflicts. Defending the adequacy of these instruments to settle various conflicts, it is proposed to expand the use of such consensual mechanisms. To do this, the analysis of the multiport system of dispute resolution was carried out together with the innovations brought by the policies to stimulate the use of these mechanisms, emphasizing the New Civil Procedure Code, Resolution 125/2010 of the CNJ and the Law 13.140 in 2015. In order to integrate Public Administration in this context and demonstrate that, although it is necessary to observe certain restrictions, it was made a study of consensuality in public administration, public interest, unavailability of assets and other peculiarities that involve the Government. In order not to exceed the limits of the thesis, only the self-composed means of conflict resolution were studied, with special emphasis on the institutes of mediation and conciliation. Due to the social, legal and political mistrust that is configured at the present time, the issues related to the control and importance of the external organizations of control were studied. It was concluded that the use of these consensual mechanisms has made great progress, however, its effective implementation still depends of the establishment of precise regulations in several senses, such as a proper framework of conciliators and mediators, issues relating to the payment of such professionals, an efficient communication between the Judiciary and the Government, in addition to the creation of a database compiling the good practices of the consensual mechanisms of conflict resolution, allowing the awareness of society about the benefits of using these consensual mechanisms.

Keywords: Access to fair legal system; Public Administration; Consensuality; Consensual Mechanisms of Dispute Resolution.

RIASSUNTO

SANOMYA, Renata Mayumi. *Mediazione e conciliazione con il potere dello Stato*. 2019. 250 p. Tesi (Dottorato) – Facoltà di Diritto, Università di San Paolo, San Paolo.

La tesi ha come soggetto lo studio dell' utilizzazione dal Potere dello Stato dei meccanismi consensuali di risoluzione di conflitti, investigando la possibilità giuridica e i limiti di quest'uso. Si parte dall' attuale scenario di eccessiva litigiosità in cui si trova il Potere Giudiziario brasiliano in cui l'Amministrazione Pubblica figura come uno dei grandi litiganti, essendo coinvolto in una parcella significativa dei conflitti. Difendendo l'adeguazione di tali strumenti per dirimere innumerevoli conflitti, si propone l' ampliamento dell'utilizzazione dei mezzi consensuali di soluzione di controversie. A questo fine, è stata fatta l' analisi del sistema multiporte di soluzione di controversie insieme alle innovazioni portate da politiche di stimoli alle utilizzazione di tali meccanismi, con enfasi al Nuovo Codice di Processo Civile, la Risoluzione n.125/2010 del CNJ e la Legge di Mediazione. Visando integrare la Pubblica Amministrazione in questo contesto e dimostrare che, nonostante sia necessario l' osservazione di certe restrizioni, è stata fatta una rilettura della consensualità nella Pubblica Amministrazione, dell' interesse pubblico, dell' indisponibilità dei beni e delle altre peculiarità che coinvolgono l' ente pubblico. Per non oltrepassare i limiti della tesi, sono stati studiati soltanto i mezzi autocompositivi di soluzione di conflitti, dando enfasi speciale agli istituti di mediazione e di conciliazione. In ragione della sfiducia sociale, giuridica e politica che si configura nell' attualità, si sono affrontate le questioni relative al controllo e all' importanza degli organi di controllo esterno. Alla fine, si conclude che l' utilizzazione dei mezzi consensuali ha avuto grande progresso, comunque, la sua effettiva implementazione ha ancora bisogno di stabilire criteri chiari di regolamentazione in vari sensi, come la creazione di un quadro proprio di conciliatori e mediatori, la questione della remunerazione dei suoi professionisti, un' efficiente comunicazione tra il Potere Giuridico e il Potere dello Stato, oltre alla creazione di un banco di dati compilando le buone pratiche dei mezzi consensuali di soluzione di conflitti permettendo la presa di coscienza della società quanto ai benefici dell' utilizzazione di tali mezzi consensuali.

Parole chiave: Accesso all' ordine giuridica giusta; Pubblica Amministrazione; Consensualità; mezzi consensuali di soluzione di problemi.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. SISTEMA MULTIPORTAS DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS E ACESSO À JUSTIÇA.....	15
1.1 Movimento das ADRs.....	18
1.2 Os mecanismos de ADR no Brasil.....	28
1.3 Acesso à justiça.....	34
1.3.1 O novo enfoque da garantia: compreensão contemporânea.....	39
1.3.2 Obstáculos para realização do acesso à justiça.....	44
1.3.3 Acesso à justiça e as discussões acerca do conceito de jurisdição.....	50
2. MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	53
2.1 Desenvolvimento dos mecanismos autocompositivos de solução de conflitos	56
2.1.1 Negociação	60
2.1.2 Conciliação	63
2.1.3 Mediação	68
2.1.4 Diferenças entre conciliação e mediação.....	73
2.2 Políticas de estímulo aos meios alternativos.....	80
2.2.1 Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça	87
2.2.2 Centros judiciários de Solução Consensual de Conflitos (Cejuscs).....	91
2.2.3 Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) 93	
2.2.4 Câmaras especializadas	97
2.2.5 Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos.....	99
3. RELAÇÕES JURÍDICAS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	101
3.1 Regime jurídico administrativo.....	104
3.1.1 Princípios constitucionais da Administração Pública e a mediação.....	105
3.1.1.1 Princípio da legalidade.....	109
3.1.1.2 Princípio da publicidade	112
3.1.1.3 Princípio da eficiência	117
3.1.2 Do ato administrativo	121
3.1.2.1 Ato da Administração e ato jurídico administrativo.....	125
3.1.2.2 Negócio jurídico administrativo	126

3.1.3	Contrato administrativo e da Administração	129
4.	ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM CONFLITO	133
4.1	Conflitos e a Administração Pública	133
4.2	Interesse público primário e secundário	138
4.3	O dogma da indisponibilidade do interesse público	144
4.3.1	Do princípio da indisponibilidade do interesse público e as restrições da Administração Pública à lei	152
4.3.2	Da flexibilização do princípio da indisponibilidade do interesse público	158
4.4	Panorama legal dos meios adequados de solução de conflitos pela Administração Pública	165
4.5	Supostos obstáculos aos meios alternativos para o Poder Público	172
5.	DAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA UMA MELHOR IMPLEMENTAÇÃO DOS MEIOS CONSENSUAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	179
5.1	Consensualidade na Administração Pública	184
5.1.1	O controle judicial da consensualidade	189
5.1.2	Outros órgãos de controle externo	193
5.1.2.1	Tribunal de Contas	196
5.1.2.2	Ministério Público	201
5.1.2.3	Controle social	205
5.2	Requisitos que viabilizam o acordo	209
5.2.1	Capacitação e a criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores	213
5.2.2	A questão da remuneração de conciliadores e mediadores	216
5.2.3	Comunicação entre Poder Judiciário e Poder Público	218
5.2.4	A obrigatoriedade de os entes públicos firmarem critérios e a criação de banco de dados	224
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	231
	REFERÊNCIAS	238

INTRODUÇÃO

Melhor seria se as pessoas conseguissem resolver suas controvérsias de maneira pacífica, sendo desnecessária a intervenção estatal. A realidade ideal, que não será jamais alcançada, seria se todos cumprissem suas obrigações de forma voluntária e ninguém causasse danos, não havendo ofensa ao direito. Como isso é uma utopia em qualquer sociedade, é essencial se munir de instrumentos capazes de pacificar as pessoas e que sejam eficientes, visando o alcance da verdadeira justiça.

A história dos conflitos em sociedades civilizadas demonstra que os litigantes tendem, em um primeiro momento, a tentar resolvê-los diretamente. Quando essas tentativas fracassam, não se estabelecendo um diálogo primário, surge a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, que tem como principal função a adequada aplicação do direito a cada caso concreto (exercício da jurisdição) visando à tutela do bem da vida pretendido.

Infelizmente, a atual crise vivenciada pelo Poder Judiciário vem acarretando a descrença das pessoas na Justiça. A morosidade, o custo elevado e a consequente ineficiência para solucionar as controvérsias demonstram a necessidade de repensar conceitos como acesso à justiça.

Diante dessas constatações, vê-se a importância de revisitar o alcance dessa expressão “acesso à justiça” para ampliar seu significado e torná-la condizente com os ditames preconizados na Constituição Federal. Assim, o que não se pode é considerar um direito tão importante como mero direito de ação, especialmente por se tratar de um dos direitos humanos mais elementares.

Além da insatisfação popular, a forte cultura demandista e essa visão reducionista de “acesso à justiça” como mero acesso ao Judiciário acabam passando uma imagem equivocada para população de que suas desavenças somente serão solucionadas caso submetidas à decisão judicial, gerando uma expectativa que muitas vezes não é atendida de forma satisfatória.

A Justiça brasileira tem focado de maneira demasiada a questão quantitativa para tentar solucionar a crise numérica dos processos. Entretanto, vem esquecendo de se

concentrar na causa do problema, qual seja a cultura demandista difundida na sociedade, o que gera extrema lentidão e afeta a qualidade da prestação jurisdicional.

Considerando a conjuntura social atual que prima pela valorização de direitos fundamentais inseridos em um Estado Democrático de Direito, pautada em uma economia globalizada e dinâmica, demonstra-se a importância que essas novas tendências têm para o desenvolvimento de uma sociedade cada vez mais alinhada com a justiça e a paz social. A evolução e a globalização da sociedade, traços permanentes da contemporaneidade, operam relevantes transformações no mundo jurídico e na forma de vislumbrar o direito.

Nessa nova conjuntura socioeconômica multifacetada e com vários centros de decisão, o direito positivo vem encontrando dificuldades para editar normas capazes de satisfazer os anseios dessa sociedade global. Regras que até então conseguiam assegurar a operacionalidade e funcionalidade do sistema jurídico revelam-se agora lentas e insuficientes para dirimir conflitos de caráter pluridimensionais.

Ultimamente, observa-se das reformas ocorridas na legislação processual e no Judiciário a existência do intuito de simplificar o processo e, principalmente, de criar mecanismos capazes de tornar o julgamento mais célere e eficaz. Nesse sentido, merece destaque o Novo Código de Processo Civil,¹ diploma que prestigia a celeridade do processo e a efetividade dos resultados, além do estímulo à inovação, sempre respeitando o devido processo legal.

No mesmo sentido das alterações ocorridas no processo civil, observa-se o surgimento de inúmeras políticas de incentivo à utilização dos meios consensuais de solução de conflitos, tais como a negociação, a conciliação e a mediação. No Brasil, pelo fato de o Poder Público figurar entre os maiores litigantes, abarrotando a Justiça com as suas demandas e sendo responsável por grande parcela das insatisfações, é importante analisá-lo sob uma ótica cautelosa.

Ademais, foi publicada a Lei n. 13.140/2015 que dispõe sobre a mediação e traz dispositivos específicos que tratam da possibilidade de autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Prevê também a possibilidade de a União, Estados, o

¹ A respeito do assunto, o Novo Código de Processo Civil prevê expressamente em seu artigo 3.º, § 2.º, que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. Atribui, ainda, o estímulo aos meios consensuais aos magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público (artigo 3.º, § 3.º, do NCPC).

Distrito Federal e os Municípios criarem Câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos.

Percebe-se que essas legislações apontam para o mesmo sentido da Resolução n. 125/2010 do CNJ, cujo objetivo é a implementação de uma política nacional de incentivo aos meios adequados de solução de controvérsias.

Quando se trata dos meios consensuais, não há motivo que justifique que o Poder Público, que figura entre os maiores litigantes da justiça brasileira, não utilize ou fique impedido de empregar tais instrumentos. Contudo, verifica-se que, apesar das peculiaridades que envolvem a Administração Pública e do fato de se estar caminhando para uma melhora dos sistemas e das legislações, ainda falta o estabelecimento de parâmetros claros que possam realmente viabilizar o uso desses importantes instrumentos de resolução de controvérsias nos casos que envolvem a Administração Pública.

No presente estudo, pretende-se abordar esses importantes meios consensuais de solução de conflitos inseridos em um sistema denominado multiportas, de modo que sejam enquadrados como mecanismos complementares ao procedimento formal. Vale salientar que não se defende a substituição de um pelo outro, e, sim, a análise de qual procedimento se mostra mais adequado em cada caso concreto.²

Visando atender ao objetivo pretendido, o trabalho foi dividido em cinco capítulos. Primeiramente, serão abordadas a situação de crise em que o Poder Judiciário se encontra, a evolução do sistema multiportas de solução de conflitos e as inúmeras questões que envolvem a expressão “acesso à justiça”.

A partir da constatação da litigiosidade em que a sociedade brasileira se encontra e da ineficiência da justiça estatal em cumprir seu papel, no segundo capítulo será proposta a implementação dos meios consensuais de solução de conflitos como alternativa ao tradicional processo judicial, estudando especificamente a negociação, a conciliação e a mediação. Para tanto, são mencionadas as políticas de estímulo a tais mecanismos, enfatizando algumas experiências exitosas nesse sentido.

² “É evidente que, por se tratar da Administração Pública, algumas exigências e restrições devem necessariamente ser observadas. No entanto, a utilização desses meios consensuais não é defesa ao Poder Público, ao contrário, é recomendável aos casos adequados, uma vez que privilegia o interesse público” (TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 4).

No terceiro capítulo, será feito o estudo do regime jurídico administrativo, destacando aspectos relevantes acerca de questionamentos relativos à aplicação de princípios da mediação ao regime diferenciado que concerne à Administração Pública e aos entes públicos.

Em seguida, no capítulo quatro, serão analisadas todas as questões que envolvem a Administração Pública e alguns posicionamentos e argumentos acerca da possibilidade ou não da utilização dos meios consensuais de solução de conflitos quando há o envolvimento do ente público. Serão estudados os bens públicos, a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público, trazendo um panorama legal e o levantamento de “supostos” obstáculos enfrentados.

No último capítulo, serão analisados a consensualidade na Administração Pública e seus desdobramentos, enfatizando a importância que os órgãos de controle detêm na atualidade. Finalmente, serão propostas algumas possíveis soluções na tentativa de colaborar com a implementação desses meios consensuais de solução de conflitos no âmbito da Administração Pública.

1 SISTEMA MULTIPORTAS DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS E ACESSO À JUSTIÇA

A atual “crise do Poder Judiciário” ficou conhecida pela combinação dos fatores morosidade³ e descrença por parte da sociedade na justiça,⁴ e sua discussão representa grande relevância pelo fato de afetar os mais diversos segmentos.

A existência de conflitos quando se vive em sociedade mostra-se inevitável, sejam eles entre indivíduos, grupos ou destes com o Estado.⁵ Em razão da configuração social contemporânea,⁶ tais dissídios tornam-se cada vez mais frequentes e complexos, o que pode ser constatado pelo progressivo aumento no volume e na movimentação processual da Justiça brasileira.⁷

³ Cf. Justiça em Números, relatório de 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/relatorios-publicacoes#Justia-em-Numeros>>. Acesso em: 1.º nov. 2018, p. 95. Conforme dados estatísticos fornecidos pela Ouvidoria do CNJ, no ano de 2016, até o dia 25 de novembro, a Ouvidoria recebeu 20.680 registros, representando um aumento de 30% em relação à demanda recebida em 2015, que foi de 15.808 registros. Vale observar que a morosidade processual figura como tema de maior incidência entre as demandas endereçadas à Ouvidoria. O tema de maior frequência, portanto, que diz respeito à lentidão no andamento de processos judiciais, representou 43% do total de demandas.

⁴ Segundo o “Sistema de Indicadores de Percepção Social” (Sips), do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), de maio de 2011, a nota média atribuída à Justiça foi de 4,55, numa escala de 0 a 10. Com relação a rapidez, acesso, custo, decisões justas, honestidade e imparcialidade, a média nacional da Justiça brasileira foi de mal a regular, com piores indicadores nas duas últimas características. De forma semelhante, o “Índice de Confiança na Justiça” da Fundação Getúlio Vargas referente ao segundo trimestre de 2010 aponta que a Justiça é considerada morosa para 88% dos entrevistados, 80% disseram que os custos para acessar o Judiciário são altos ou muito altos e 72% acreditam que o Judiciário é difícil ou muito difícil para utilizar (Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6878/Re11CJBRASIL2TRI2010.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 21 ago. 2011). SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: _____; SALLES, C. A.; LORENCINI, M. A. G. L. (Coord.). *Negociação, mediação e arbitragem*: curso básico para programas de graduação em direito. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 2.

⁵ “O conflito observa uma trajetória, um ciclo que começa com uma curva ascendente, permanece estável e depois descende. Nele envolvida, é comum a pessoa não ter a visão do que a circunda, de vez que concentrada no seu objetivo, o que a impossibilita de enxergar os limites e as alternativas durante cada passo de sua escalada. O envolvimento da pessoa no conflito também não permite que ela consiga reavaliar a cada momento sua situação e estratégia” (LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Prestação jurisdicional pelo estado e meios alternativos de solução de controvérsias*: convivência e formas de pacificação social. Uma sugestão de integração. 2006. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 99).

⁶ “Os dados sobre o volume e a movimentação processual da Justiça brasileira, em progressivo aumento nos últimos anos, são um indicativo claro da tendência de explosão de litigiosidade” (SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados cit., p. 1).

⁷ Idem, ibidem.

A sociedade, em muitos países, demonstra sua insatisfação com a prestação do serviço público de justiça, que não atende de forma adequada às suas necessidades.⁸ A queixa refere-se à ausência de justiça ou sua demasiada lentidão, bem como à ineficácia das decisões judiciais proferidas. Não existe consenso quanto às causas e muito menos quanto às soluções para essa crise, mas é unânime a constatação da desproporção entre a prestação dos serviços públicos⁹⁻¹⁰ e a quantidade de conflitos a resolver.¹¹

Para demonstrar essa realidade, ao final de 2014, o estoque de processos era de 71,2 milhões, sendo que houve quase 28,9 de processos judiciais novos ingressados durante 2014. Em face desse contexto, concluiu o CNJ:¹²

Dessa forma, mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e

⁸ Para exemplificar, Paulo Eduardo Alves da Silva explica que “a origem do movimento das ADRs se deu nos EUA, onde já se observava uma crescente insatisfação popular com as instituições legais, intensificando o uso da conciliação e da arbitragem (considerados métodos menos demorados, menos custosos e menos beligerantes que o litígio judicial)” (Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados cit., p. 5).

Além de constatar uma crise de aparelhamento do Estado, há uma inadequação dos instrumentos legais à disposição atualmente. Na Inglaterra, Austrália, Estados Unidos, França e Itália, sofre-se com os custos do processo, invariavelmente altos. Em Portugal e no Brasil, além desses problemas, o tempo de duração do processo também é extremamente longo (ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. *Gerenciamento do processo e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 5).

⁹ O que existe é um cenário de escassez de recursos orçamentários para a execução de projetos estruturantes em áreas como transportes, saneamento básico e saúde (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 2, p. 245, maio-jul. 2005).

¹⁰ O serviço público prestado diretamente pelo Estado é custeado por receitas gerais ou por remuneração específica. Considerem-se, assim, os serviços públicos ditos gratuitos aqueles que são prestados sem contrapartida econômica direta por parte dos usuários. Essa solução reflete a decisão de transferência dos custos correspondentes para a coletividade em geral. Em termos mais precisos, significa que o serviço público é mantido com recursos oriundos dos cofres públicos, produzidos (geralmente) pela arrecadação de impostos. Como o imposto é, por sua natureza, um instrumento de apropriação da riqueza privada segundo o princípio da capacidade contributiva, pode-se afirmar que o serviço público gratuito é suportado por meio de valores extraídos compulsoriamente dos segmentos da população titulares de maior riqueza.

Já os serviços públicos prestados diretamente pelo Estado, mas remunerados, são mantidos por meio de taxas. O que se verifica, na grande parte dos casos, é que os critérios de fixação dessa remuneração são fortemente influenciados por circunstâncias políticas. Isso impede a adoção de remuneração suficiente à manutenção do serviço e aos investimentos necessários a seu aperfeiçoamento. Em outros casos, há dificuldades econômicas, eis que o Estado não dispõe de condições técnico-científicas para identificar a dimensão exata e precisa de seus custos. De todo modo, prevalece também no tocante aos serviços públicos não concedidos e remunerados a previsão de que prejuízos serão arcados pela sociedade em seu conjunto. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 100-101, jan.-mar. 2003.

¹¹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e conciliação*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 3.

¹² Cf. Justiça em Números, relatório de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/relatorios-publicacoes#Justia-em-Numeros>>. Acesso em: 1.º nov. 2018, p. 34.

servidores, seriam necessários quase 2 anos e meio de trabalho para zerar o estoque. Além disso, apesar do aumento de 12,5% no total de processos baixados no período 2009-2014, os casos novos cresceram em 17,2%, fato que contribuiu para o acúmulo de estoque de processos.

Esse grande volume de demandas tramitando no Judiciário revela o efeito da crise de efetividade do processo. De acordo com Marcus Onodera, esse aumento exponencial de demandas está atrelado à crescente constitucionalização de direitos fundamentais e à maior conscientização da população acerca de seus direitos. Assim, descumpridos os direitos dos cidadãos, como muitas vezes o são, é previsível que ocorra o acúmulo de demandas.¹³

Sobre o assunto, Kazuo Watanabe:¹⁴

São, certamente, várias as causas do número cada vez maior de demandas e da conseqüente morosidade da justiça, podendo ser mencionadas, entre elas, as de *natureza econômica* (inflação atual ou residual, que tem gerado inúmeros processos, principalmente a respeito dos índices de atualização; as crises econômicas que geram demandas à inadimplência); as de *natureza política* (utilização do direito como instrumento de governo, como ocorre na implementação de planos econômicos, o que tem gerado demandas repetitivas; expansão do direito, fenômeno que vem sendo constatado pelos cientistas políticos em todo o mundo); as de *natureza processual* (inadequação e formalismo exagerado dos processos e procedimentos; excesso de recursos); as de *natureza sociopolítica* (inexistência na sociedade de sistemas eficazes de solução extrajudicial de conflitos, urbanização da população, massificação das relações de consumo etc.); as de *natureza organizacional* (insuficiência na infraestrutura pessoal e material em relação ao volume e às exigências dos serviços judiciais; e várias outras.

A percepção de que as relações jurídicas se intensificaram fez surgir no Brasil a criação de micro-ordenamentos capazes de suportar, de forma adequada, o grande volume de demandas perante o Judiciário. No Brasil, graças ao esforço de diversos processualistas – entre eles Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe –, foram criados os juizados especiais de pequenas causas, posteriormente transformados nos juizados especiais cíveis e criminais. E, nesse contexto, com o intuito de ampliar o acesso à justiça, abrindo-se mais microssistemas, vieram a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor e,

¹³ ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. *Gerenciamento do processo e o acesso à justiça* cit., p. 6-7.

¹⁴ WATANABE, Kazuo. Prefácio. In: GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Org.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 11-12.

ainda, os meios alternativos de solução de conflitos, a exemplo do sistema das *Alternative Dispute Resolutions* (ADRs).¹⁵

O surgimento e desenvolvimento das ADRs¹⁶ fornecem algumas diretrizes acerca da possibilidade de aplicação dos meios alternativos de solução de conflitos no direito brasileiro, sendo interessante discorrer de forma mais detida sobre o tema no próximo tópico. Por se mostrarem presentes ao longo da história e nas mais distintas culturas, ao lado das soluções impositivas, essas formas de resolução de controvérsias não constituem verdadeira inovação.

Trata-se, assim, de enfatizar a abordagem dada por doutrinadores e legisladores a esses mecanismos a partir da sua prática institucionalizada e profissionalizada, revisitando conceitos como “acesso à justiça” e “jurisdição”. Tais ferramentas alternativas deixam de figurar apenas como via subsidiária para influenciar de forma substancial a realidade brasileira na tentativa de construção de soluções para os problemas enfrentados pelo Judiciário.¹⁷

1.1 Movimento das ADRs

As primeiras noções acerca do termo *Alternative Dispute Resolutions* (ADRs) surgiram em 1976 nos Estados Unidos e marcaram um período de transposição da tradicional cultura de litigância para a tão almejada “cultura da pacificação”. A partir do

¹⁵ Ao se referir ao assunto, Cândido Rangel Dinamarco explica que a criação dos Juizados teve como objetivo abrir as portas do Judiciário para absorver causas e tutelar pessoas que por outro modo jamais teriam esse acesso. Por sua vez, a Lei da Ação Civil Pública e o CDC são instrumentos de tutela coletiva relacionada com direitos e interesses supraindividuais, antes também excluídos da tutela jurisdicional. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 42-43; ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. *Gerenciamento do processo e o acesso à justiça* cit., p. 25.

¹⁶ A expressão “meios alternativos de solução de conflitos” deriva da expressão inglesa (ADR), atribuída a Frank Sander em um trabalho realizado para a *Pound Conference* em 1976 (SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados* cit., p. 4).

¹⁷ “Há fatores que influenciam a negociação do conflito, entre os quais destacam-se os mitos a seu respeito, os modos de gestão, a orientação que alguém em auxílio da pessoa (em geral, o advogado) faz a respeito dele e, por fim, os estilos de cada negociador. As lendas em torno do conflito são a de que ele é, necessariamente, negativo; que o melhor modo de resolvê-lo é a confrontação, em clima de competição, ignorando, muitas vezes, a interdependência presente na situação; que a sua solução não depende das partes, em uma típica posição de alienação, atribuindo aos outros ou à situação a raiz do problema. Para afastar a noção de que ele é necessariamente negativo, estratégias na linha de que todos saem ganhando em uma negociação (*win-win*) podem ser eficazes” (LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Prestação jurisdicional pelo estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social. Uma sugestão de integração* cit., p. 99).

movimento conhecido como *ADR Movement*,¹⁸ houve verdadeiro aumento do interesse acadêmico pelo estudo do tema, bem como o desenvolvimento de ideias e teorizações sobre os meios alternativos tanto nos países da tradição da *common law* como também da *civil law*.¹⁹

De acordo com Carrie Menkel Meadow,²⁰ tanto as instituições nacionais como as internacionais tiveram outra visão da resolução de conflitos a partir de alguns acontecimentos históricos, como o movimento dos trabalhadores, a Grande Depressão, o New Deal e a Segunda Guerra Mundial. A partir disso, considera-se que duas foram as contribuições teóricas decisivas para o desenvolvimento das ADRs.²¹

A autora explica que a escola do “realismo jurídico” (*legal realism*) defendia a suficiência da lei e da doutrina para solucionar adequadamente problemas sociais, econômicos e políticos. Para essa corrente, ainda, era importante a reforma das instituições jurídicas tradicionais e, após estudar a sociedade, esses realistas jurídicos desenvolveram leis mais responsivas às práticas sociais, sendo um importante exemplo o *Uniform Commercial Code*.²²

Nesse sentido, destaca-se também o professor Lon Fuller da Harvard Law School, fundador da escola de pensamento que ficou conhecida como *Legal Process*.²³ Além de ser o responsável pela elaboração de princípios para o uso da mediação,

¹⁸ “A versão atual do movimento, portanto, tem pouco mais de cem anos. Politicamente, esse período corresponde à consolidação e a ‘falência’ do modelo de Estado centralizador e provedor (o ‘Estado social’, em contraposição ao ‘Estado Liberal’) e a estruturação de uma sociedade voraz consumidora, centrada em grandes centros urbanos, organizada em redes e amparada por recursos tecnológicos” (SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados* cit., p. 4).

¹⁹ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 23.

²⁰ MENKEL-MEADOW, Carrie. Roots and inspirations: a brief history of the foundations of dispute resolution. In: MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C. (Coord.). *The Handbook of Dispute Resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005. p. 13-31.

²¹ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 23.

²² MENKEL-MEADOW, Carrie. Roots and inspirations: a brief history of the foundations of dispute resolution cit., p. 16.

²³ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 23.

arbitragem e outras formas institucionais de resolução de conflitos, o autor ainda propôs que cada processo tem a sua moralidade e funcionalidade particulares.²⁴⁻²⁵

Em acréscimo, André Luis Bergamaschi explica:²⁶

Fuller percebeu que há profundas diferenças entre esses vários processos, desde o papel do terceiro envolvido até a forma como a solução da disputa deve ser recebida. Ele acreditava no que hoje é chamado de “pluralismo processual”, ou seja, que os diferentes processos não se anulam, mas encontram seu espaço mais adequado na ampla gama de conflitos sociais e jurídicos.

A proposta de criação de um Tribunal Multiportas (*Multidoor Courthouse*) partiu do professor Frank Sander na conhecida *Pound Conference* de 1976.²⁷ As ideias desse professor da Faculdade de Direito de Harvard consistiam na redução da dependência de litígios convencionais e também na tentativa de superar a relutância em usar outras opções de resolução de disputas.

Leonardo Carneiro da Cunha explica que

[...] a expressão *multiportas* decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal.²⁸

²⁴ “Mediation and arbitration have distinct purposes and hence distinct moralities. The morality of mediation lies in optimum settlement, a settlement in which each party gives up what he values less, in return to what he values more. The morality of arbitration lies in a decision according to the law of the contract” (FULLER, Lon L. *Collective Bargaining and the arbitrator* apud MENKEL-MEADOW, Carrie J.; LOVE, Lela Porter; SCHNEIDER, Andrea Kupfer; STERNLIGHT, Jean R. *Dispute Resolution: beyond the adversarial model*. New York: Aspen, 2005. p. 23).

²⁵ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 24.

²⁶ Idem, *ibidem*.

²⁷ As ideias de Frank Sander sobre o Tribunal Multiportas foram introduzidas em um discurso na *National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, comumente chamada de *Pound Revisited Conference*, e realizada de 7 a 9 de abril de 1976, em Minnesota. A Conferência foi um empreendimento ambicioso cujo objetivo era explorar questões fundamentais e traçar uma agenda de reformas para o resto do século (JOHNSON, Earl. *The pound conference remembered*. *Dispute Resolution Magazine*, v. 19, n. 1, p. 6. Publicada pela Ordem dos Advogados Americana – Seção de Resolução de disputas, 2012. Disponível em: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/dispute_resolution_magazine/fall2012-drmag-frank-sander.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 29 maio 2018).

²⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 1. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (Coord.). *Lei de Mediação comentada artigo por artigo: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Foco, 2018. p. 1.

Segundo John Barton, em um artigo publicado um ano antes²⁹ da *Pound Conference*, caso a quantidade de novos recursos impetrados na Justiça americana continuasse no mesmo ritmo da década de 1960, no ano de 2010 seriam mais de um milhão de novos recursos por ano. Tal situação demandaria cinco mil juízes federais para julgá-los, dados que causaram alarde na época. Diante disso, Frank Sander focou sua palestra nos meios conscientes e no sentido de evitar a previsão de John Barton.³⁰

Tais sugestões acarretaram significativas transformações no sistema de justiça dos Estados Unidos, incluindo a criação do Fórum de Múltiplas Portas para fornecer mais opções processuais aos litigantes. Nesse Tribunal Multiportas, o Poder Judiciário representaria um centro de resolução de disputas, com vários e distintos procedimentos, cada um com suas respectivas vantagens e desvantagens, que devem ser consideradas na análise do caso concreto e de acordo com as especificidades de cada conflito e das pessoas nele envolvidas.³¹

Em seu artigo, Earl Johnson explica que o Professor Sander sugeriu transformar os tribunais de um fórum que essencialmente oferecia uma única forma de resolução de litígios – com casos decididos por um juiz ou um júri – em uma instalação que fornecesse uma série de mecanismos de resolução de disputas. Assim, o que mais tarde ficou conhecido como o “Tribunal Multiportas” teria um ponto de entrada único, em que a disputa seria diagnosticada e o litigante então enviado para a porta correta.³²

Longe de representarem uma criação do século XX, esses mecanismos não jurisdicionais de solução de conflitos tiveram papel de destaque na palestra intitulada *Varieties of Dispute Processing*,³³ e os questionamentos partiam de duas ideias centrais: 1) quais as características desses variados mecanismos de solução de disputas; 2) como tais

²⁹ BARTON, John. Behind the legal explosion. *Stanford Law Review*, n. 27, p. 567, 1975 apud SANDER, Frank E. A. *Varieties of dispute processing*. In: LEVIN, Leo A.; WHEELER, Russel R. (Ed.). *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the future*. St. Paul: West Publishing, 1979. p. 65-87.

³⁰ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 25.

³¹ “Em outras palavras, o sistema de uma única ‘porta’, que é a do processo judicial, é substituído por um sistema composto de variados tipos de procedimento, que integram um ‘centro de resolução de disputas’, organizado pelo Estado, composto de pessoas treinadas para receber as partes e direcioná-las ao procedimento mais adequado para o seu tipo de conflito” (LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. Os centros judiciários de solução consensual de conflitos (CEJUSCS) e seu caráter de tribunal multiportas. Artigo que tem por base a obra de Guia Prático de funcionamento do CEJUSC. *Conciliação e mediação – ensino em construção*. 2. ed. São Paulo: IPAM, 2016. p. 101).

³² JOHNSON, Earl. The pound conference remembered cit.

³³ SANDER, Frank E. A. *Varieties of dispute processing* cit., p. 69.

características poderiam ser utilizadas para o desenvolvimento de critérios que fossem capazes de posicionar os mais distintos conflitos em cada um dos meios de solução.³⁴

A partir das ideias do professor Frank Sander, emergiram várias considerações:³⁵

1) o fato de alguns órgãos administrativos já demonstrarem a iniciativa de compor conflitos fez com que o Judiciário perdesse espaço como instância pública exclusiva de resolução de conflitos. Por existirem diferenças significativas entre eles, Frank Sander dizia se tratar de um momento de diversificação processual de resolução de conflitos;

2) considerando essa conjuntura de diversidade de meios de solução de conflitos, mostrava-se essencial a mudança no preparo dos advogados, impondo também novas obrigações aos órgãos de classe e às escolas de direito;

3) a mudança na antiga concepção de “fórum” apenas como abrigo do Poder Judiciário para passar a ser visto como um verdadeiro “Centro de Resolução de Conflitos”, ressaltando a importância da triagem prévia que será capaz de encaminhar o caso para a “porta” mais adequada.

Apesar de todo esse impulso, o movimento das ADRs também enfrentou certa resistência, por exemplo, no direito norte-americano.³⁶ Paulo Eduardo Alves da Silva explica que na década de 1970, quando o professor Sander lançou suas ideias, já havia um intenso debate no direito norte-americano sobre o modelo de justiça a ser buscado, o papel do juiz e, principalmente, sobre a possibilidade de utilização dos meios alternativos de solução de conflitos.³⁷

O movimento das ADRs defendia que o acordo consistia em uma alternativa mais rápida quando comparada à adjudicação, que geralmente se arrastava por muitos anos e às vezes se mostrava interminável. Os defensores do movimento alegavam ainda que esse

³⁴ SANDER, Frank E. A. *Varieties of dispute processing cit.*, p. 69.

³⁵ *Idem*, p. 80-84.

³⁶ Alguns dos principais argumentos contrários às ADRs encontram-se nas ideias de Owen Fiss, conforme artigo publicado em 1984 e intitulado *Against the Settlement* (SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados cit.*, p. 6).

³⁷ *Idem*, *ibidem*.

lento processo de adjudicação acarretava a desconfiança da população em geral no sistema legal.³⁸

Contrariando tais argumentos, o Professor Owen Fiss,³⁹ da Universidade de Yale, escreveu artigo intitulado “Against the Settlement”, em 1984, defendendo que o acordo não era uma alternativa viável, pois não promovia valores públicos como a justiça e prejudicaria os valores defendidos pelo Estado e sua população. Para ele, os interesses individuais anulariam os valores públicos, acabando por substituí-los pela determinação privada da ordem social.

Um dos principais argumentos de Owen Fiss contra o movimento das ADRs aduz que, além de impedir que o Estado possa cumprir seu papel, os acordos realizados nos diferentes mecanismos alternativos à adjudicação ainda acentuam a discrepância entre os litigantes. Além disso, segundo Owen Fiss, apenas a decisão judicial seria capaz de promover uma verdadeira justiça.⁴⁰⁻⁴¹

Considerando as discussões acerca dos benefícios da utilização dos mecanismos consensuais de resolução de conflitos, quando se analisa especificamente o quadro brasileiro, existe certa divergência de opinião. Pelo fato de a sociedade brasileira ser marcada pela desigualdade social e onde impera a primazia da lei, os argumentos de Fiss precisam ser levados em conta. “O sistema político hegemônico condiciona a ideia de justiça à lei e, assim, o sistema jurídico é construído com base em um emaranhado normativo.”⁴²

Nesses tipos de sistemas jurídicos, a jurisdição é a atividade principal destinada à aplicação da lei ao caso concreto, sendo a jurisdição estatal a responsável pela efetivação

³⁸ Yale Law School. Symposium participants revisit Owen Fiss groundbreaking paper Against Settlement, março de 2010. Disponível em: <<https://law.yale.edu/yls-today/news/symposium-participants-revisit-owen-fiss-groundbreaking-paper-against-settlement>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

³⁹ Idem, *ibidem*.

⁴⁰ Em seu ensaio, “A história de uma ideia”, Fiss resumiu suas ideias sobre acordo e adjudicação, dizendo que, depois de vinte e cinco anos, suas opiniões ainda permaneciam as mesmas. “Juizes são juizes, não corretores de negócios”, escreveu ele. “Os juizes devem, acredito, limitar-se à atividade principal de sua profissão e aderir aos procedimentos que lhes permitiram usar o manto da lei” (Yale Law School. Symposium participants revisit Owen Fiss groundbreaking paper Against Settlement, março de 2010. Disponível em: <<https://law.yale.edu/yls-today/news/symposium-participants-revisit-owen-fiss-groundbreaking-paper-against-settlement>>. Acesso em: 6 jun. 2018).

⁴¹ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados *cit.*, p. 6.

⁴² Idem, p. 7.

da justiça.⁴³ Também para os litigantes econômica e socialmente hipossuficientes, de acordo com Fiss, os mecanismos de ADR poderiam ser comparados a uma “justiça de segunda classe”.⁴⁴

Apesar das desconfianças levantadas a partir dos questionamentos de Owen Fiss, fato é que, nas últimas três décadas, os mecanismos de ADR vêm ganhando larga aceitação em sistemas de justiça de todo o mundo: a arbitragem pode ser considerada uma das principais formas de resolução de conflitos no comércio internacional, a mediação e a conciliação estão sendo cada vez mais utilizadas na solução dos mais diferentes tipos de conflitos e a negociação foi sistematizada e ganhou espaço nos programas escolares.⁴⁵

Vale lembrar que, não obstante seja dado grande destaque à Pound Conference, por representar um marco histórico no movimento das ADRs, o surgimento da mediação nos Estados Unidos é anterior a 1976 e se relaciona com o desenvolvimento de uma justiça comunitária para solução de conflitos trabalhistas. Entre os exemplos destacam-se os programas promovidos pela *American Arbitration Association* (AAA) e também o *Prosecutor's Office* de Ohio que, em 1971, instalou um programa de mediação em que voluntários tentavam resolver casos que envolviam pequenos crimes.⁴⁶

Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini explica que o renascer para a realidade dos ADRMs⁴⁷ se deve a uma confluência de fatores e, para o autor, se deve principalmente

⁴³ Sobre o conceito de jurisdição, v. item 1.3.3 (Acesso à justiça e as discussões acerca do conceito de jurisdição).

“A essência da jurisdição é sua faceta contenciosa, que consiste na atividade estatal que objetiva transformar a realidade do direito ou a realidade dos fatos para que passem a comportar-se em conformidade com o previsto abstratamente numa norma preestabelecida” (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame. Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005. p. 267-268).

⁴⁴ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados* cit., p. 7.

⁴⁵ Idem, *ibidem*.

⁴⁶ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 27.

⁴⁷ “A expressão significa *Alternative Dispute Resolution Mechanisms* e se refere ao despertar da cúpula dos operadores do direito norte-americano (incluindo o Presidente da Suprema Corte à época) ocorrido no final da década de 60 do século XX em relação as mais variadas formas de resolução de controvérsias. Interessante observar que, nessa ocasião, o termo ‘alternativa’ foi empregado em relação ao Tribunal, pois já se tinha a noção de que a maioria dos conflitos era resolvida sem a sua intervenção” (LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Prestação jurisdicional pelo estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social. Uma sugestão de integração* cit., p. 101).

Sobre as várias teorias que explicam as origens da ADR: MENKEL-MEADOW, Carrie. *Mothers and fathers of invention: the intellectual founders of ADR* cit., p. 1 e ss. (a autora apresenta as escolas das

pelo fato de os anos sessenta terem sido uma época marcada por vários acontecimentos na sociedade norte-americana: valorização da vida em comunidade, Guerra do Vietnã, a luta pelo reconhecimento dos direitos civis e das minorias, além das inúmeras batalhas políticas.⁴⁸

Na tentativa de acalmar as tensões dessa época conturbada vivida pela sociedade norte-americana, a Fundação Ford criou o *National Center for Dispute Settlement* e o *Institute of Mediation and Conflict Resolution*. Tais iniciativas, somadas aos esforços da família e da igreja, criaram o ambiente propício para implementação de centros de mediação comunitária e tribunais para acordo em assuntos de família.⁴⁹⁻⁵⁰

As ideias de Sander estimularam dois importantes grupos: dos juízes,⁵¹ liderados pelo Chief Justice Warren Burger, da Suprema Corte norte-americana, que acreditava na sobrecarga das cortes e na demora da resolução dos conflitos e defendia a utilização de outros meios (quantidade e eficiência);⁵² por outro lado, um movimento social inspirado nos ideais de empoderamento político dos anos 1960 que acreditava na necessidade de devolver às partes a condução de seus conflitos e defendia a customização dos processos para necessidades individuais e coletivas específicas em detrimento da profissionalização dos meios de solução de conflitos.⁵³

Essas duas diferentes visões têm em comum os fundamentos do pluralismo processual contidos no *Legal Process* de Lon Fuller, e essa noção persiste nos dias atuais,

universidades norte-americanas que tem a negociação em seu currículo). V. SANDER, *Alternative methods of dispute resolution: an overview*, p. 1.

⁴⁸ LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Prestação jurisdicional pelo estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social*. Uma sugestão de integração cit., p. 101.

⁴⁹ Idem, *ibidem*.

⁵⁰ “Quando se fala da esfera comunitária, contudo, o foco não era a eficiência, mas sim o empoderamento social, o informalismo, o fomento da democracia participativa, a redução da violência e da tensão entre grupos” (MENKEL-MEADOW, Carrie. *Roots and Inspirations: A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution* cit., p. 20).

⁵¹ Maria Cecília de Araújo Asperti narra que tanto nos Estados Unidos como no Brasil o estímulo ao uso dos meios consensuais de solução de controvérsias no âmbito do processo e pelo Judiciário foi protagonizado, em grande medida, pelos próprios juízes, em um contexto de aumento no volume de processos e de incapacidade do sistema de absorver, tramitar e julgar todas as disputas ajuizadas (*Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a negociação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 60).

⁵² BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 27.

⁵³ MENKEL-MEADOW, Carrie. *Roots and Inspirations: A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution* cit., p. 19.

pois ainda hoje se buscam novas formas de solução de conflitos que permitam a combinação das ferramentas primárias negociação, mediação, arbitragem e adjudicação.⁵⁴

Também a esfera acadêmica teve sua parcela de contribuição com o movimento das ADRs por meio da sistematização desses movimentos sociais e a sua aproximação com as formas mais conhecidas de solução de conflitos – mediação e arbitragem –, visando apontar os contornos e limites desses procedimentos informais.⁵⁵

Apesar de haver certa discussão acerca da dupla origem das ADRs,⁵⁶ porquanto alguns autores não a aceitam, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini identifica, por um lado, uma raiz comunitária no movimento, cujo conteúdo não é apenas econômico e com total identidade nas controvérsias familiares, assim como outra frente do movimento baseada nas disputas de conteúdo econômico, das quais boa parte envolve o mundo dos negócios.⁵⁷

Independentemente das discussões acerca de sua origem, fato é que era possível identificar como objetivos do *ADR movement*: diminuir os altos custos e a demora dos tribunais; envolver a comunidade no procedimento de resolução de controvérsias; permitir e facilitar o acesso à justiça; e, assim, promover o aumento da efetividade da solução de controvérsias.⁵⁸

Segundo Lorencini,⁵⁹ ainda, o *ADR movement* também considerava que o Poder Judiciário não era capaz de absorver e julgar a grande quantidade de demandas judiciais ajuizadas todos os dias, o que acarretaria o congestionamento dos tribunais e sua lentidão. Por mais investimentos que fossem feitos, o volume de demandas jamais seria proporcional à capacidade dos tribunais, fazendo surgir os meios alternativos como resposta e como movimento.

Admitindo a dificuldade enfrentada pelo Poder Judiciário e todas as consequências decorrentes da morosidade e do aumento expressivo de demandas ajuizadas,

⁵⁴ MENKEL-MEADOW, Carrie. *Roots and Inspirations: A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution* cit., p. 19.

⁵⁵ LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Prestação jurisdicional pelo estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social. Uma sugestão de integração* cit., p. 102.

⁵⁶ Idem, *ibidem*.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Idem.

Maria Cecília de Araújo Asperti explica a proliferação dos atos oficiais de implantação e o estímulo dos meios alternativos de solução de conflitos ocorridos nos Estados Unidos, entre os quais destacam-se as mudanças nas *Federal Rules of Civil Procedure* (em especial a Rule 16, que estabelece a audiência realizada antes do julgamento – *pretrial*); a promulgação do *Civil Justice Reform Act* (1990), que previa planos para redução dos custos e da duração do processo; e a aprovação do *Alternative Dispute Resolution Act* (1998), fixando como dever das Cortes a autorização do uso desses meios alternativos em todas as ações cíveis.⁶⁰

Em seus estudos sobre o uso dos meios alternativos e dos acordos estimulados pelo Judiciário nos Estados Unidos, também Marc Galanter estabeleceu uma relação entre o crescimento econômico e o aumento do acesso à ordem jurídica justa à crescente litigiosidade e conseqüente inchaço das estruturas judiciárias, o que dificulta a tramitação até o julgamento final justo (*full-blown adjudication*). Tais fatores, somados à insegurança jurídica, representam, para ele, os efetivos estímulos desses meios alternativos e promoção do acordo (*settlement*) pelo Judiciário.⁶¹

Encerrando essa breve análise do surgimento do movimento da ADR no direito norte-americano, conclui-se que o estabelecimento de parâmetros legislativos possibilitou a manutenção da autonomia do Judiciário para criar programas e práticas adaptados às suas estruturas organizacionais e capazes de contemplar as necessidades das diferentes localidades, diferentemente do caso brasileiro, em que se observa clara tendência para centralização e uniformização dos programas judiciais de conciliação e mediação,⁶² conforme será exposto a seguir.

⁶⁰ ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a negociação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário cit.*, p. 62.

⁶¹ “Historically, as society and the economy have grown and an increasing portion of the population has gained access to the courts (whose users now include women, racial minorities, prisoners, and other once legally quiescent groups), the potential for invocation of the courts has multiplied more rapidly than the size of the judicial ‘plant’. Fewer cases that come to court can get full-blown adjudication (and our notion of full-blown adjudication has become more refined and elaborate). As waiting times, cost, and uncertainty increase, settlement becomes more attractive” (GALANTER, Marc. The hundred year decline of trials and the thirty years war. *Stanford Law Review*, v. 57, n. 1255, p. 1263-1264, 2005).

⁶² ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a negociação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário cit.*, p. 65.

1.2 Os mecanismos de ADR no Brasil

No Brasil, o movimento das ADRs teve sua origem e inspiração no direito norte-americano.⁶³ Considerando as diferenças culturais, históricas, políticas e jurídicas existentes entre os países, diversos doutrinadores alertam para o perigo da importação de modelos estrangeiros de forma exagerada e desavisada.⁶⁴

Após analisar a experiência norte-americana, berço da inspiração para o movimento das ADRs no Brasil, e apesar de a trajetória do instituto ser diferente da norte-americana, importa discutir a viabilidade de implementação desses mecanismos e as repercussões no sistema brasileiro. “Pretende-se, assim, explorar as modalidades existentes, os problemas e discussões decorrentes de sua aplicação.”⁶⁵

A prova de que essas diferenças entre os sistemas não deve representar um empecilho para a transposição consiste na consagração dos instrumentos com clara inspiração norte-americana no ordenamento jurídico brasileiro. O que se observa, apesar das tradições diferentes, é a importância das adaptações e o fato de que a ideia de transposição seja realmente útil a ponto de merecer tal transposição.⁶⁶

Apesar de todas as diferenças existentes, é possível verificar uma semelhança entre os sistemas brasileiro e norte-americano. Na experiência brasileira, verifica-se uma defasagem de duas décadas quando se trata do movimento das ADRs, contudo ambos têm seu início ancorado na arbitragem, para mais tarde, disseminar-se pela conciliação e mediação.⁶⁷

⁶³ LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Prestação jurisdicional pelo estado e meios alternativos de solução de controvérsias*: convivência e formas de pacificação social. Uma sugestão de integração cit., p. 98.

⁶⁴ Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini adverte que, para evitar percalços, nossos processualistas recomendam o recurso aos textos do país que oferece o modelo, a verificação de sua compatibilidade com o texto normativo de destino, assim como observar os costumes judiciários, a formação profissional e a mentalidade das classes mais diretamente envolvidas (Idem, *ibidem*).

De acordo com Lorencini, José Carlos Barbosa Moreira representa um dos autores mais atentos e críticos quando se trata dessas importações feitas com relação ao direito norte-americano.

⁶⁵ LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Prestação jurisdicional pelo estado e meios alternativos de solução de controvérsias*: convivência e formas de pacificação social. Uma sugestão de integração cit., p. 98.

⁶⁶ Idem, *ibidem*.

⁶⁷ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados* cit., p. 7.

Com as contribuições doutrinárias trazidas do exterior pelos estudiosos brasileiros, o movimento das ADRs e a pertinência de seu uso ganharam força. A promulgação da Lei de Arbitragem em 1996 representou uma verdadeira inovação legislativa⁶⁸ e promoveu as ADRs no Brasil, instituindo a obrigatoriedade da cláusula compromissória e a desnecessidade de homologação judicial do laudo arbitral, o que definitivamente viabilizou a implementação do instituto.⁶⁹

Essas inovações trazidas pela Lei de Arbitragem permitiram o redimensionamento da atividade realizada pelo Estado denominada jurisdição. A partir disso, a noção de tutela jurisdicional passa a ser analisada com base nas carências do direito material e o direito processual mais relacionado com a justiça da decisão do que com a natureza formal da condução estatal.⁷⁰

Seguindo essa linha de raciocínio, a decisão arbitral, embora não prestada pelo Estado, pode se enquadrar no conceito de tutela jurisdicional.⁷¹ Por sua vez, o procedimento arbitral, sendo uma lei disponível às partes, deve atender a um modelo semelhante ao devido processo legal, no que diz respeito ao acolhimento de certos princípios (contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro).⁷²

A aceitação do instituto da arbitragem e das mudanças que o acompanharam e a sua rápida difusão no Brasil parecem ter significado o primeiro passo para vencer o primeiro obstáculo contra a resistência cultural ao uso dos mecanismos de ADR. A crise da justiça e o aumento do número de demandas judiciais direcionaram e fortaleceram o apoio

⁶⁸ Paulo Eduardo Alves da Silva ensina que, por meio dessa ousada inovação legislativa, o Brasil instituiu a possibilidade de as partes resolverem seus conflitos mediante uma arbitragem privada e, o mais importante, com a mesma eficácia vinculante de uma decisão judicial (Lei 9.307/1996). Embora condicionada à concordância das partes, uma vez pactuada a arbitragem, ambos os litigantes seriam compelidos (inclusive pelo próprio Estado) a observá-la e a dar cumprimento à decisão nela proferida (Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados cit., p. 7).

⁶⁹ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 30.

⁷⁰ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados* cit., p. 8.

⁷¹ “Ao direito processual contemporâneo, porém, coloca-se o desafio de abranger mecanismos não estatais para solucionar litígios, exigindo conceber a jurisdição em um patamar de maior generalidade, no qual os elementos discutidos – função e atividade – perdem funcionalidade. Necessária a formulação de um conceito suficientemente amplo de forma a abranger, em alguma medida, a arbitragem, os processos administrativos e os mecanismos consensuais de solução de controvérsias. Para tanto, mostra-se mais útil a conceituação de jurisdição exclusivamente como poder” (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 89).

⁷² SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados* cit., p. 8.

inicialmente dado à arbitragem, expandindo-o para os mecanismos alternativos de solução de conflitos.⁷³

Antes mesmo de o Poder Judiciário efetivamente institucionalizar e promover as soluções consensuais ao *status* de política judiciária, podem-se citar várias iniciativas que se destacaram: o Balcão de Direitos da ONG “Viva o Rio” (promoveu mediações comunitárias na comunidade da Rocinha);⁷⁴ a Casa de Mediação Comunitária (Ceará).⁷⁵ Além disso, o Departamento Jurídico do Centro Acadêmico XI de Agosto mantém, desde a década de 1990, convênio com o Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil (IMAB), pelo qual oferece gratuitamente serviços de mediação aos seus assistidos, sendo adotadas medidas internas para fomentar a prática de forma preferencial.⁷⁶

Dados fornecidos pela Secretaria de Reforma do Judiciário, em 2005, informam que, na metade da década passada, dentre os programas que envolviam tratamento alternativo de conflitos, 49,2% foram criados por entidades governamentais (60% desses programas tinham ligação com o Poder Judiciário), enquanto 47,7% por entidades não governamentais (16,4% por ONGs criadas com essa específica intenção).⁷⁷

Sob a premissa ideológica de implementação de uma “cultura de pacificação”,⁷⁸ diversas foram as iniciativas para promoção da conciliação em juízo, algumas em caráter

⁷³ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados cit., p. 8.

⁷⁴ Reuniões com lideranças comunitárias apontam a dificuldade dos moradores das comunidades em lutar por justiça pelo fato de desconhecerem seus direitos e as leis. Mesclando conhecimento acadêmico e vivência local (participam do projeto advogados, estudantes de direito e agentes de cidadania), o Balcão de Direitos promove espaços comunitários de mediação e a democratização do conhecimento sobre lei e direitos nas favelas. O Balcão foi adotado pelo Ministério da Justiça, que o multiplicou em 14 Estados da Federação. Informações disponíveis em: <vivario.org.br>. Acesso em: 17 dez. 2018.

⁷⁵ O Núcleo de Mediação do Estado do Ceará foi um programa criado pela Resolução n. 1, de 27 de junho de 2007. A razão da existência desse programa é a vocação que possui de ser protagonista da busca permanente de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, sendo a mediação uma das técnicas de administração pacífica de conflitos que visa a pacificação social, propiciando o fortalecimento dos vínculos comunitários, bem como o desenvolvimento de uma cultura de paz. Informações disponíveis em: <mpce.mp.br>. Acesso em: 17 dez. 2018.

⁷⁶ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 30.

⁷⁷ SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO. *Acesso à Justiça por Sistemas Alternativos de Administração de Conflitos*. Brasília: SRJ, 2005, p. 24. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/reforma/main.asp?View=%7B597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0%7D>>. Acesso em: 4 jul. 2018.

⁷⁸ “Disso tudo (mentalidade forjada nas academias de solução adjudicada autoritariamente pelo juiz; preconceito contra os meios alternativos; falsa percepção de que a função de conciliar é atividade menos nobre) nasceu a chamada cultura da sentença, em contraposição ao que se denomina cultura de pacificação” (WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL,

isolado e outras com apoio institucional. Primeiramente, tentou-se a reforma legislativa, que não vingou. Então, tentou-se uma mudança por meio de políticas públicas específicas, o que, na visão de Paulo Eduardo Alves da Silva,⁷⁹ “faria mais sentido se realmente se tratar de uma questão de cultura”.

Sobre o assunto, Maria Cecília de Araújo Asperti⁸⁰ explica que a promoção de mecanismos consensuais pelo Judiciário remonta à época da Constituição do Império, e essa diretiva continuou nas constituições e regulamentos posteriores.⁸¹ Após a Proclamação da República, houve certo retrocesso e o incentivo às vias consensuais foi revisto⁸² com base no argumento de que a obrigatoriedade da tentativa de conciliação prévia poderia onerar demasiadamente as partes.

De acordo com tais premissas, durante esse período, embora o Estado não se opusesse às vias consensuais e à conciliação de disputas, passou a não disponibilizar estrutura própria para sua promoção, desestimulando a prática.⁸³ Somente na década de 1980, marcada pela expansão de direitos e pela democratização do acesso à justiça, reacendeu-se o interesse do Estado e do Judiciário por tais práticas, momento em que a conciliação voltou a ter papel de destaque como política judiciária.

Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Mauricio. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2004. p. 686-687).

⁷⁹ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados cit., p. 9.

⁸⁰ ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a negociação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário* cit., p. 55.

⁸¹ “Artigo 161 da Constituição de 1824: Sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum e, sem se demonstrar que se tentou uma solução amigável, ninguém será admitido em juízo.” “Artigo 23 do Regulamento n. 737 de 1850: Nenhuma causa comercial será proposta em Juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por acto judicial, ou por comparecimento voluntário das partes” (Idem, *ibidem*).

⁸² “O Decreto n. 359 de 1890 afastou a obrigatoriedade da tentativa de conciliação prévia por dois motivos: pelo fato da conciliação obrigatória representar a tutela do Estados sobre direitos e interesses particulares que podem ser transacionados independentemente da interferência do juízo; e também porque a experiência mostrava que a conciliação é bem-sucedida quando as partes optam livremente pelo procedimento” (Idem, p. 55-56).

⁸³ “Artigo 1.º do Decreto n. 359 de 1890. É abolida a conciliação como formalidade preliminar ou essencial para serem intentadas ou proseguirem as acções, cíveis e commerciaes, salva ás partes que estiverem na livre administração dos seus bens, e aos seus procuradores legalmente autorizados, a faculdade de porem termo a causa, em qualquer estado e instancia, por desistência, confissão ou transacção, nos casos em que for admissível e mediante escriptura publica, termos nos autos, ou compromisso que sujeite os pontos controvertidos a juízo arbitral” (Idem, p. 56).

Nos anos seguintes, as alterações legislativas seguiram marcadas pelo incentivo aos meios consensuais: a criação dos Juizados de Pequenas Causas (Lei n. 7.244/1984) orientada pela solução conciliada de conflitos; a Lei n. 8.952/1994, que incluiu o artigo 125, IV,⁸⁴ no Código de Processo Civil; a Lei n. 8.953/1994, que alterou a redação do artigo 584 para inserir no rol de títulos executivos judiciais o acordo homologado, disposição mantida no artigo 475-N, III, da Lei n. 11.232/2005.

Sobre o assunto, José Carlos Baptista Puoli ensina que a valoração das atividades conciliatórias no bojo do processo possui duplo fundamento: por um lado, busca-se maior grau de aceitação pelas partes do resultado (uma vez que sentem-se participantes, elevando o sentimento de satisfação que teriam quando comparado com a decisão jurisdicional imposta), por outro, ganha-se em tempo e economia de meios, pois evita-se a movimentação de toda a máquina judiciária.⁸⁵

Tais fatores bastam para justificar por que o instituto da conciliação se encontra intimamente relacionado aos escopos do processo e à sua finalidade pública. Com isso, “não apenas se ganha em termos de legitimidade do ato jurisdicional final, como se obtém a almejada pacificação social”,⁸⁶ e as partes que participaram da saída conciliatória se sentem mais satisfeitas com o resultado final. Além disso, elimina-se a exaustiva e custosa manutenção de um processo judicial, gerando economia para as partes e para o Estado.⁸⁷

Além das citadas alterações legislativas, também nessa época surge a primeira referência à mediação no Brasil, com o advento do Decreto n. 1.572/1995⁸⁸ (que tratava da mediação e negociações coletivas de natureza trabalhista). Em 1998, o Projeto n. 4.827⁸⁹

⁸⁴ “Artigo 125 do Código de Processo Civil. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.”

⁸⁵ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 207-208.

⁸⁶ *Idem*, p. 208.

⁸⁷ *Idem*, *ibidem*.

⁸⁸ “Tal Decreto estabelecia que, caso frustrada a negociação direta ou caso uma das partes considerar que não possui condições adequadas para participar da negociação em situação de equilíbrio, é possível solicitar ao Ministério do Trabalho a designação de um mediador” (ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a negociação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário cit.*, p. 57).

⁸⁹ A referida proposta trazia, em seu artigo 4.º, que o juiz poderia, a qualquer tempo, buscar “convencer as partes da conveniência de se submeterem à mediação extrajudicial, ou, com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até três meses, prorrogável por igual período” (*Idem*).

apresentado na Câmara dos Deputados (tramitou no Senado como Projeto de Lei n. 94/2002) buscava institucionalizar e disciplinar a mediação como meio de prevenção e solução consensual de conflitos.

Sobre o referido Projeto de Lei, Kazuo Watanabe⁹⁰ comenta:

Vários são os objetivos nela colimados. Um deles é a melhor explicitação da preocupação de tornar o juiz brasileiro mais ativo na condução do processo, fazendo com que, desde o início da ação, identifique as questões relevantes da causa, promovendo contatos mais frequentes dele com as partes, e destas entre si, privilegiando a oralidade e a imediatidade que possibilitem a solução amigável da controvérsia e, quando inatingível a transação, ao menos a condução mais adequada e menos custosa do processo até o final do julgamento. Procura-se, ainda, criar uma mentalidade que prestigie os meios alternativos de solução de conflitos, fazendo com que o próprio magistrado estimule as partes à utilização de vários meios, ditos alternativos, de solução de conflitos, como a mediação, a conciliação, a arbitragem e a opinião neutra de terceiro. E procura o novo texto transmitir a ideia de que é prioritária a busca da “pacificação das partes ao invés da solução adjudicada do conflito”, reputando como de “relevante valor social”, considerada inclusive para efeito de promoção por merecimento a dedicada atuação do juiz, nesse sentido. E, para tornar mais eficaz a conciliação e a mediação, a proposta autoriza a lei local a “instituir juiz conciliador ou recrutar conciliadores para auxiliarem o juiz da causa na tentativa de solução amigável dos conflitos”.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, apoiou iniciativas setorializadas e formalizou as bases para uma política nacional de solução de conflitos, centrada na integração entre os mecanismos formais aos mecanismos baseados no consenso.⁹¹

Esse movimento em prol dos mecanismos consensuais e a necessidade de estabelecer um marco legal claro para a matéria no Brasil fizeram com que o CNJ emitisse a Resolução n. 125, de 29.11.2010, cujo objetivo foi regulamentar não só a política de

⁹⁰ “O referido Projeto de Lei, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, foi aprovado pela Câmara dos Deputados. Em 2001, o IBDP e a Deputada trabalharam em conjunto e chegaram à versão de um novo Anteprojeto, que foi apresentado ao governo federal. O Ministério da Justiça realizou audiência pública reunindo em um fórum de debate a Deputada, o IBDP e as demais organizações da sociedade brasileira envolvidas com a mediação. Desse debate foi elaborado um texto de consenso e encaminhado ao congresso, onde foi cadastrado como Projeto de Lei 94/02” (WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação cit.*, p. 640).

⁹¹ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados cit.*, p. 9.

composição de conflitos, mas também os núcleos de mediação e conciliação e, principalmente, servir como norte para os profissionais atuantes.⁹²

Tal Resolução, portanto, representa verdadeiro marco de uma política pública judiciária. Além disso, resta inegável a influência que o direito norte-americano exerceu sobre o ordenamento jurídico brasileiro quando se trata de meios consensuais, lembrando que se revela uma questão de cultura jurídica e disso decorre a importância da “formação de base dos atores do sistema de justiça, para instrumentalizá-los com cultura e técnicas que permitam operar variados e adequados conforme o conflito em questão”.⁹³

Levando em conta o contexto em que se desenvolveram as ADRs e a insatisfação da população com os serviços de justiça estatal (considerada morosa, cara e de difícil utilização pela maioria da população), cabe observar que a crescente demanda social por um acesso à justiça mais imediato e efetivo pode ser viabilizada por mecanismos mais céleres e menos formais de solução de conflitos.⁹⁴

1.3 Acesso à justiça

A velocidade dos meios de comunicação, a industrialização e o desenvolvimento, enfim, todas essas mudanças ocasionaram o aumento desenfreado dos tipos e quantidade de relações sociais (tornando-as muito mais complexas, multidisciplinares e transfronteiriças), modificando a noção de justiça e ética dos cidadãos.⁹⁵

⁹² A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça visa instituir uma “Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses”. Confere aos órgãos judiciários a tarefa de “*oferecer mecanismos consensuais de soluções de controvérsias*, para além da solução dada por sentença, como a mediação e conciliação e *prestar atendimento e orientação ao cidadão*”. Fixa as bases para essa política: “centralização das estruturas judiciárias, adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como acompanhamento estatístico específico, sendo possível firmar parcerias com entidades públicas e privadas para a prestação do serviço”. E, no âmbito dos Tribunais, determina que mantenham *Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos* e *Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania*, para realização das sessões de conciliação e mediação e atendimento e orientação do cidadão (SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados cit., p. 9).

⁹³ Idem, ibidem.

⁹⁴ Idem, p. 2.

⁹⁵ “Enquanto a consagração de novos direitos e a facilitação do acesso, aliadas a outros fatores diversos – como a dinamização das relações interpessoais e do fluxo de informações, a atuação de grandes entes estatais e privados e de agentes reguladores, a proliferação de normas etc. –, viabilizaram e incentivaram o ingresso de um volume progressivamente maior de demandas no sistema, as estruturas judiciárias se viram incapazes de responder à crescente busca pela tutela jurisdicional do Estado” (ASPerti, Maria

A partir dessa premissa, cada vez mais, tem-se sentido a necessidade da existência e desenvolvimento de um direito condizente com a realidade vigente, que seja capaz de atender aos anseios e as expectativas sociais. Nesse contexto, os direitos fundamentais ganham cada vez mais notoriedade.⁹⁶ A era globalizada e todas as mudanças decorrentes desse fenômeno fizeram aumentar a relevância que esses direitos, tão significativos para a vida humana, possuem dentro de uma sociedade consciente e humanizada.

Tradicionalmente, o direito ao acesso à justiça, surgido na década de 1960, era conhecido como o direito de ação para defesa dos direitos individuais. Foi primeiramente reconhecido apenas como direito de acesso ao Poder Judiciário, ou seja, mero direito de ação, bastando oportunizar as pessoas que tivessem suas pretensões examinadas pelo Estado-juiz para que o aludido direito fosse tido por satisfeito.⁹⁷

Com base nessa visão liberal e individualista, o acesso à justiça representava apenas uma garantia formal, cabendo ao indivíduo o direito de se defender ou propor ações no Judiciário. Na realidade, inexistia qualquer preocupação relativa ao efetivo cumprimento desse direito, teórica ou prática, com o real acesso igualitário ao mecanismo estatal de solução de conflitos, desconsiderando-se as diferenças entre os litigantes e a disponibilidade de recursos.⁹⁸

Nessa época, a posição passiva do Estado e o próprio sistema judiciário acentuavam as injustiças⁹⁹ e os estudiosos do direito, alheios aos reais problemas da sociedade, mostravam-se incapazes de promover reformas que pudessem promover um

Cecília de Araújo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a negociação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário cit.*, p. 73).

⁹⁶ “Os direitos fundamentais merecem lugar de destaque no ordenamento jurídico, por serem elementos inalienáveis e inerentes à condição humana cuja finalidade é proteger a dignidade humana em todas as suas dimensões” (LEAL JÚNIOR, João Carlos. *O direito à razoável duração do processo e os impactos econômicos da morosidade processual nos negócios empresariais*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, p. 27).

⁹⁷ Idem, p. 31.

⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1998. p. 9.

⁹⁹ “Nos Estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos. Direito ao acesso à proteção judicial significava o direito *formal* do indivíduo de propor ou contestar uma ação. A teoria da época dizia que, embora o acesso à justiça fosse considerado um direito natural, tais direitos não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção, pois exigiam apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. Assim, o Estado permanecia passivo com relação aos problemas como, por exemplo, a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente na prática” (Idem, *ibidem*).

efetivo acesso à justiça.¹⁰⁰ Com o avanço das reformas do Estado de bem-estar social e crescimento em tamanho e complexidade da sociedade, percebeu-se a importância da atuação positiva do Estado para assegurar os direitos sociais básicos.¹⁰¹

Por ser demasiado insatisfatório e reducionista considerar um direito de tamanha importância como mero direito de ação, o próprio preâmbulo da Constituição Federal de 1988 destina-se à proteção do exercício dos direitos, elegendo a justiça como um dos valores supremos da nossa sociedade.¹⁰²

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata de apenas possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.¹⁰³

Os caminhos para alcançar esse tão almejado “acesso à ordem jurídica justa” não são novidade. O ordenamento jurídico sempre admitiu meios de solução de controvérsias diversos da jurisdição estatal, apesar de ainda haver um desconhecimento, tanto dos operadores do direito quanto da população, dos meios consensuais de solução de conflitos.

Nesse novo contexto, trata-se da garantia de que o sistema jurídico, além de dever/ser igualmente acessível a todos, também possui a obrigação de produzir resultados justos, assim entendidos como aqueles substancialmente eficazes. O acesso à justiça pode ser encarado “como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.¹⁰⁴

¹⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* cit., p. 9.

¹⁰¹ “De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação” (Idem, p. 10-12).

¹⁰² “Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a ampliação do rol de direitos, observa-se crescente aumento da quantidade e complexidade dos litígios. De acordo com o Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, enquanto em 1990 o Judiciário recebeu 3,6 milhões de processos, na década de 2000 esse volume ultrapassou o patamar de 20 milhões de ações” (SCHNEIDER, Gabriela. A (incessante) busca pela garantia da celeridade processual: possibilidades e desafios. In: SILVEIRA, V. (Coord.). *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, ano 3, v. 4, p. 466, jan.-abr. 2013).

¹⁰³ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 128.

¹⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* cit., p. 68.

Apesar das dificuldades para definir a expressão “acesso à justiça”, Cappelletti e Garth assim o fazem:¹⁰⁵

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Atualmente, defende-se a ideia de que medidas ligadas às diversas ondas fluem simultaneamente, o que acaba aprimorando o sistema com certa frequência. Essa nova visão demonstra a importância de certas observações no presente estudo, inclusive para reconstrução do conceito.¹⁰⁶

Após estudo e levantamento de soluções práticas para os problemas de acesso à justiça realizado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, as reformas de acesso à justiça foram divididas em três ondas: (i) a primeira dizia respeito à tentativa de superação dos óbices econômicos, também conhecido por assistência judiciária (exemplos: gratuidade do acesso ao Judiciário; acesso a serviços legais de orientação e representação); (ii) a segunda referia-se à necessidade de reformas para dar representação aos direitos “difusos”¹⁰⁷ (também conhecidos como metaindividuais), superando técnicas de processo civil estritamente individual.¹⁰⁸

Contudo, ainda permaneceu a ideia de acesso à justiça limitado ao acesso ao Judiciário, ou seja, conceito muito limitado e reducionista quando se trata de um direito fundamental tão importante para a sociedade. Na época, portanto, o interesse maior da pesquisa foi o desenvolvimento de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar ou prevenir disputas, o que ficou conhecido como “enfoque do

¹⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* cit., p. 8.

¹⁰⁶ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 33.

¹⁰⁷ “Interesses ‘difusos’ são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* cit., p. 26).

¹⁰⁸ Idem, p. 31-67.

acesso à Justiça” (ou terceira onda, que, além de incluir os pensamentos das ondas anteriores, os ultrapassam).¹⁰⁹

Essas reformas centram sua preocupação na representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representados, sendo que a “terceira onda” realça a importância do uso de meios alternativos, como a conciliação, a arbitragem e os acordos extrajudiciais por incentivos econômicos. Esse movimento busca, assim, “fazer efetivos os direitos de indivíduos e grupos que, durante muito tempo, estiveram privados dos benefícios de uma justiça igualitária”.¹¹⁰

Efetividade, adequação e *tempestividade* são características essenciais ao provimento jurisdicional que possibilitam a concretização do acesso à justiça.¹¹¹ O fato de essa tutela jurisdicional não estar sendo suficiente no provimento adequado e satisfatório do verdadeiro acesso a uma ordem jurídica justa faz com que se repense a utilização de meios alternativos.

O aumento do número de casos solucionados extrajudicialmente e a consequente diminuição da quantidade de processos sujeitos à apreciação do Poder Judiciário podem representar uma significativa redução da carga de trabalho e maior rapidez no proferimento das decisões, viabilizando um acesso à justiça concreto e efetivo.

Diante de todas essas constatações e da realidade socioeconômica-política do Brasil, Kazuo Watanabe defende a leitura ampliada do termo acesso à justiça para que seja reinterpretado como “acesso à ordem jurídica justa”, preocupando-se com o direito substancial aplicado à realidade social e de maneira correta. Para tanto, o autor inclui nessa nova perspectiva a organização de instrumentos de solução de conflitos adequados às suas peculiaridades, destacando o uso dos meios alternativos.¹¹²

Conclui-se do exposto que a busca por meios alternativos de solução de conflitos atende, sobretudo, a um ditame democrático, caracterizado pela necessidade de

¹⁰⁹ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 33.

¹¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* cit., p. 68.

¹¹¹ LEAL JÚNIOR, João Carlos. Os impactos da morosidade judicial na atividade empresária e a efetivação do acesso à justiça em um diálogo com o sistema processual civil inglês. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 424, p. 75, fev. 2013.

¹¹² WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna* cit., p. 128-133.

dar efetividade aos direitos fundamentais¹¹³ e de prover a sociedade de um aparato administrativo mais célere e menos burocrático, dirigido a satisfazer os interesses do mundo contemporâneo e da realidade brasileira.¹¹⁴

1.3.1 O novo enfoque da garantia: compreensão contemporânea

Em recente escrito,¹¹⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso analisa as consequências de o sistema jurídico brasileiro contar com uma concepção de acesso à justiça restritiva em relação aos meios (limitada ao Judiciário) e, por outro lado, com abrangência ampla concernente à incondicionabilidade do acesso. Tal contradição mostra-se principalmente interessante ao ser abordada a relação entre Judiciário e Administração Pública.

Embora o acesso à justiça não faça distinção entre pessoas de direito público ou privado, existe o que o autor denomina *divisão de trabalho*, cujo fundamento é a separação de poderes. Nesse sentido, à Administração Pública está reservada, primária e imediatamente, a gestão do interesse social (por meio da aplicação da lei e da adoção de condutas discricionárias), enquanto ao Judiciário cabe o papel de intervenção posterior.¹¹⁶

Um motivo de muita preocupação, segundo o entendimento de Mancuso, diz respeito ao contexto de recursos escassos em que se encontra a Administração, incapaz de atender às necessidades da sociedade diante da complexidade da vida contemporânea. Como consequência, (i) danos temidos ou sofridos não são levados à instância administrativa e, quando o são, a solução é recusada ou insuficiente, ocasionando

¹¹³ “Há um itinerário obrigatório a ser percorrido pelo ente estatal, mormente em respeito aos valores fundamentais do Estado Brasileiro dispostos no art. 10 da Lei Maior. Isso significa que mesmo diante da escassez de recursos públicos – fato que eventualmente pode ser tido como obstáculo para a efetivação de direitos sociais pela via direta da prestação de serviços públicos – o Estado não pode isentar-se de suas responsabilidades nesse campo. A ele cumpre levar a cabo uma série de outras ações (v.g., fomento, regulação, incentivo, parcerias), as quais visam promover esses valores fundamentais. Basicamente, tais medidas ou providências tendem a perseguir o desenvolvimento, o qual tem em seu cerne a valorização da pessoa humana” (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas cit.*, p. 255).

¹¹⁴ “E assistiremos, com toda a certeza, à profunda transformação do nosso país, que substituirá a atual ‘cultura da sentença’ pela ‘cultura da pacificação’, disso nascendo, como produto de suma relevância, a maior coesão social” (WATANABE, Kazuo. *Política de conciliação desafoga o Judiciário e pacifica as relações sociais*, 2011. Disponível em: <<http://www.direitolegal.org/diario-forense/politica-de-conciliacao-desafoga-o-judiciario-e-pacifica-as-relacoes-sociais/>>. Acesso em: 13 jul. 2017).

¹¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 926, p. 135-176, dez. 2012.

¹¹⁶ Idem, p. 140.

insatisfação; (ii) forte cultura demandista; (iii) visão do acesso à justiça como acesso ao Judiciário.¹¹⁷

Todos esses fatores interagem e acabam determinando uma leitura exacerbada da garantia do acesso à justiça, passando a mensagem para a população de que o normal é a judicialização dos conflitos e, por conseguinte, fazendo com que se gere uma expectativa de presteza e efetividade da prestação jurisdicional que posteriormente não é atendida pelo Estado de forma satisfatória.¹¹⁸

Considerando esse aspecto operacional, a justiça brasileira tem focado suas preocupações apenas na consequência, qual seja a crise numérica de processos, e se esquece do principal: a causa (cultura demandista arraigada na sociedade). Portanto, infelizmente, percebe-se que a preocupação do Judiciário com aspectos quantitativos deixa a desejar no critério qualitativo, reduzindo a qualidade da prestação jurisdicional.¹¹⁹

Para Mancuso, esse fenômeno tem como reflexo direto e mais perverso a sobrecarga do litigante eventual, em descompasso com a oneração sobre o litigante habitual, porquanto este, muitas vezes, conta com departamento jurídico bem estruturado, não lhe causando grandes danos a ineficiência e a morosidade da estrutura judiciária.¹²⁰

Outro ponto de vista interessante sobre o assunto é trazido por Maria Cecília de Araújo Asperti ao abordar a existência de um lado positivo nas questões que envolvem o aumento da litigiosidade. Para a autora, se essa elevação representasse também o crescimento do acesso da população à justiça e das informações sobre seus direitos seria um dado positivo. No entanto, o que se observa é “a falta de opções extrajudiciais de

¹¹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal cit., p. 140-141.

¹¹⁸ Segundo Mancuso, essa *judicialização do cotidiano* gera o afluxo de lides longe do ponto de maturação e tem como efeitos: acirramento da contenciosidade social; retardamento dos ritos processuais; crescente crise numérica de processos; desestímulo à solução consensual; protraimento do desfêcho da causa a um ponto futuro indefinido (Idem, p. 141).

¹¹⁹ “Exemplo disso são as metas estipuladas pelo Conselho Nacional de Justiça para julgamento de processos em atraso no Judiciário brasileiro. A Meta 2, instituída em 2010, por exemplo, determinou como prioridade ‘julgar todos os processos de conhecimento distribuídos (em 1.º grau, 2.º grau e tribunais superiores) até 31 de dezembro de 2006 e, quanto aos processos trabalhistas, eleitorais, militares e da competência do Tribunal do Júri, até 31 de dezembro de 2007’. Embora compreensível a pressão feita pelo órgão para que problemas mais antigos fossem solucionados, o critério exclusivamente numérico adotado causou algumas distorções, tais como a busca da extinção do processo pelos juízes” (BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 35).

¹²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal cit., p. 143.

solução de conflitos ou o excesso de entraves burocráticos embutidos nas relações consumidor-fornecedor e cidadão-Estado, fazendo com que uma dessas partes tenha de inevitavelmente recorrer à via judicial”.¹²¹

Diante do aumento do volume de ações ajuizadas, o Judiciário vem adotando “medidas para reduzir o volume de demandas e recursos (filtros processuais ou pré-processuais), facilitar a tramitação processual, gerenciar e julgar processos de forma agregada”. Além disso, vem ofertando ao jurisdicionado outros mecanismos de solução de disputas que não o processo judicial adjudicatório.¹²²

Parece óbvio, entretanto, que todas essas medidas devem ser analisadas sob uma ótica cautelosa, uma vez que não basta resolver o problema da quantidade apenas. O que se almeja é uma efetiva melhora do sistema judiciário no que se refere ao efetivo acesso à ordem jurídica justa com o auxílio desses importantes meios consensuais, sem querer, de forma alguma, sugerir a substituição ou extinção da função decisória exercida pelo Estado.

Também Rodolfo de Camargo Mancuso concorda com o posicionamento ao diagnosticar que não é exatamente a maior conscientização da população que aumenta a litigiosidade, e sim problemas internos. Diante de tais constatações, o autor afirma que a *manifestação de cidadania* se dá, em um primeiro momento, quando os interessados interagem para resolver da melhor maneira seus conflitos.¹²³

Certo de que o demandismo judiciário pronto e imediato faz com que muitas ações cheguem ao Judiciário antes de seu ponto de maturação, gerando desgastes desnecessários e o adiamento do desfecho da lide, o que Mancuso propõe é uma releitura – atualizada e contextualizada – do disposto no inciso XXXV do artigo 5.º da Constituição Federal.¹²⁴

Dessa forma, a primeira proposta de reformulação reside no plano teórico-dogmático (simples interpretação normativa) ao estabelecer que o *direito de ação* não pode

¹²¹ ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a negociação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário* cit., p. 73.

¹²² Idem, p. 73-74.

¹²³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal cit., p. 145.

¹²⁴ Idem, p. 144.

ser entendido como algo absoluto e sem restrições, pois, apesar de ofertado genericamente, o não atendimento a certas exigências pode inclusive desonerar o Estado-juiz.¹²⁵

O segundo argumento de Mancuso é de ordem prática. Para o autor, o verdadeiro acesso à justiça não é garantido por um enunciado normativo (ainda que de extração constitucional), sendo imprescindível a fixação de uma política pública nos moldes do que preconiza a Resolução n. 125/2010 do CNJ – que estabelece a *Política Judiciária Nacional* –, no intuito de capacitar a justiça estatal a desempenhar com eficiência suas atribuições.¹²⁶

Entretanto, Mancuso destaca uma incoerência: em alguns casos (em especial nos que envolvem a Administração Pública), a eficiência da justiça pode se tornar um complicador ao se tornar um fator de sua sobrecarga. Assim, essa facilidade exacerbada de acesso pode desestimular as partes à composição ou à procura de outros meios de resolução, “*preferindo judicializar desde logo suas pendências*”.¹²⁷

Para corroborar a necessidade de reformulação do inciso XXXV do art. 5.º da CF/1988, Mancuso acrescenta:

A tendência a desjudicializar conflitos é irreversível e crescente, justificando o reconhecimento de que já se instalou dentre nós um ambiente de *jurisdição compartilhada*, incompatível, por definição, com a defasada e hoje impraticável ideia de *monopólio estatal de distribuição da Justiça*. Dito de outro modo, a *condição legitimante* da jurisdição – antes atrelada às ideias de Poder e de Autoridade – foi gradualmente se deslocando para outro paradigma, qual seja o da efetiva aptidão e idoneidade de uma dada instância, órgão ou agência, no setor público ou privado, para prevenir ou dirimir conflitos em modo justo e num tempo razoável.

Tal modelo encontra-se em consonância com o sugerido na terceira onda de Cappelletti e Garth, ou seja, de expansão das formas de manifestação do *acesso à justiça*.

¹²⁵ Para Mancuso, o que se vislumbra no inciso XXXV do art. 5.º da CF/1988 é uma diretriz ou, se se quiser, uma mensagem dirigida ao legislador, avisando-o para que se exima de positivar situações e ocorrências desde logo e *a priori* excluídas de uma passagem judiciária na qual um órgão judicial competente e imparcial tomará conhecimento do histórico de dano temido ou sofrido (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal cit., p. 144-146).

¹²⁶ Para exemplificar, o autor cita a experiência com os Juizados Especiais ao constatar o êxito da sua implantação e posterior proliferação: iniciou-se com os Juizados Estaduais (Lei n. 9.099/1995); seguindo-se os Federais (Lei n. 10.259/2001); os de violência doméstica (Lei n. 11.340/2006) e os da Fazenda Pública (Lei n. 12.153/2009) (Idem, p. 147).

¹²⁷ Idem, ibidem.

Guardadas as devidas particularidades de cada sistema, também Frank Sander, na já mencionada *Pound Conference*, relata sua preocupação com a extensão da garantia constitucional de julgamento das causas por um júri¹²⁸ e como isso poderia limitar o uso de mecanismos alternativos de soluções de conflitos.¹²⁹

De acordo com Sander, apesar de a restrição não impedir o alcance de bons resultados, questiona-se se a exigência de um julgamento por júri faz sentido na maioria dos casos ordinários, especialmente no que diz respeito ao tempo e custo expendidos, propondo que seja discutido em que casos faz sentido ou não haver júri. Com tais pensamentos, não está o autor diminuindo a importância das Cortes, pelo contrário, defende sua utilização apenas nos casos em que são mais adequadas, o que evitaria sua paralisação desnecessária.¹³⁰

Finalizando sua concepção de reformulação, Mancuso sugere um fundamento de ordem técnico-jurídica, reconhecendo que a decisão judicial de mérito nem sempre é adequada ao considerar certas circunstâncias e peculiaridades dos casos concretos. Para exemplificar, o autor lembra o conflito multiplexo, ou seja, envolve crises de natureza diversa e que ultrapassam os limites da controvérsia propriamente jurídica.¹³¹

Parece claro que a sentença de mérito pode, muitas vezes, se mostrar reducionista, ao não abarcar todos os reais motivos do conflito, limitando-se a julgar apenas os elementos jurídicos. Tal situação fica evidente quando se analisa um conflito familiar em que os sentimentos envolvidos e as emoções são esquecidos (mágoas, ressentimentos, raiva, traições) para se julgar apenas o objeto do pedido em questão (exemplo: quem ficará com os bens materiais, pensão alimentícia, regulamentação da guarda dos filhos).

De acordo com José Antônio Dias Toffoli, não se pode perder de vista que, ao entregar a lide à resolução pelo Estado (jurisdição), cada parte deve ter ciência de que a solução encontrada pela decisão judicial pode não lhe ser verdadeiramente efetiva (no

¹²⁸ Emenda n. 7 à Constituição dos Estados Unidos da América: “Nos processos de direito consuetudinário, quando o valor da causa exceder vinte dólares, será garantido o direito de julgamento por júri, cuja decisão não poderá ser revista por qualquer tribunal dos Estados Unidos senão de acordo com as regras do direito costumeiro”.

¹²⁹ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 38.

¹³⁰ SANDER, Frank E. A. *Varieties of dispute processing* cit., p. 86.

¹³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal* cit., p. 153.

sentido de atender às expectativas) e, de qualquer modo, ser-lhe-á sempre imposta, já que prolatada, em regra, sem a sua participação.¹³²

Nessas situações, na maioria dos casos, a decisão imposta põe fim ao conflito, mas não consegue satisfazer verdadeiramente nenhuma das partes. E dessa insatisfação nasce o inadimplemento das decisões judiciais, uma vez que as reais motivações para o conflito não foram solucionadas.¹³³ Assim, para se alcançar o efetivo acesso à ordem jurídica justa propõe-se uma reformulação de conceitos, permitindo a instalação de um ambiente de jurisdição compartilhada entre nós a partir da constatação, pela sociedade, de que a justiça estatal não é o único meio para solução dos seus conflitos.

1.3.2 *Obstáculos para realização do acesso à justiça*

A ideia de acesso à justiça diretamente atrelada ao mero acesso aos tribunais não mais representa uma realidade satisfatória nos dias de hoje. Pelo fato de esse modelo tradicional não ser capaz de, por si só, efetivar a concretização da justiça, atualmente, é preciso uma visão mais ampla, por meio do redimensionamento da importância dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal.

Vive-se um momento de reflexão acerca do papel do Judiciário ante esse aumento de litigiosidade e demanda pela tutela jurisdicional. A consagração de novos direitos e a ampliação do acesso, aliadas a outros fatores como a dinamização das relações interpessoais e do fluxo de informações, a proliferação de normas etc., viabilizaram e incentivaram um aumento considerável do contingente de demandas no Judiciário enfatizando a incapacidade das estruturas judiciárias.¹³⁴

Nesse sentido, o fomento de meios alternativos de solução de conflitos, além de estar em consonância com a terceira onda renovatória de acesso à justiça, está alinhada

¹³² TOFFOLI, José Antônio Dias. Movimento conciliatório e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF): breves considerações. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 50, jul.-set. 2016.

¹³³ “Com efeito, a decisão judicial de mérito, por resultar de um processo orientado sob uma lógica reducionista (restrições à cumulação de certos pedidos; vedação de certos meios de prova; sujeição do juiz à legalidade estrita; vedação da decisão *ultra, citra* e *extra petita*; limites subjetivos, objetivos e temporais da coisa julgada) não se preordena a abarcar um plexo muito largo de pontos conflitivos, donde, não raro, em casos de conflitos multiplexos registra-se parca eficiência da decisão condenatória, a qual vai sendo solapada e postergada de muitas maneiras” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal cit., p. 153-154).

¹³⁴ ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a negociação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário* cit., p. 73.

com compreensões atuais sobre a garantia. A própria Resolução n. 125/2010 do CNJ,¹³⁵ em sua Justificativa, estabelece uma nova compreensão sobre a garantia e propõe maior regularidade à mediação e à composição.¹³⁶

Ainda do texto da referida Resolução pode-se inferir o dever do Estado de organizar o acesso à ordem jurídica justa, fazendo referência, inclusive, aos meios alternativos de solução de conflitos. Percebe-se, assim, a ampliação da concepção da garantia, sem esquecer, contudo, o dever estatal de organizar e viabilizar tais funções.¹³⁷

Importa lembrar que essa intervenção do Conselho Nacional de Justiça é fundamental, uma vez que o órgão possui competência para zelar pelo disposto no artigo 37 da CF/1988, o qual determina a *eficiência* na atividade estatal, o que, obviamente, inclui a prestação jurisdicional.¹³⁸

Também Frank Sander já dispunha no mesmo sentido, ao apontar que a utilização de múltiplas vias de tratamento de conflitos traz como consequência a instauração de instâncias mais adequadas para a solução dos conflitos (o que significa mais meios de acesso à justiça) e, em decorrência, o aperfeiçoamento da prestação da justiça. Esse quadro melhora não apenas os conflitos que vão à justiça, como também aqueles que, por alguma razão, permaneciam adormecidos.¹³⁹

Cappelletti e Garth¹⁴⁰ apontam como principais óbices do acesso à justiça: (i) *as custas judiciais*, eis que a resolução de litígios pelo Estado é demasiadamente dispendiosa na maior parte das sociedades modernas; (ii) *o excesso de tempo*, isto é, a morosidade do Estado em julgar e concretizar o comando judicial, decorrente de uma grande variedade de

¹³⁵ “CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa; CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios.”

¹³⁶ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 40.

¹³⁷ Idem, *ibidem*.

¹³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011. p. 24.

¹³⁹ SANDER, Frank E. A. *Varieties of dispute processing* cit., p. 65.

¹⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* cit., p. 20.

fatores; e (iii) a ausência de técnicas/instrumentos adequados à tutela de determinados interesses/direitos.

Além disso, a forte presença da “cultura da adversariedade” e a existência infundada de inúmeros recursos e incidentes processuais de cunho meramente procrastinatório, ainda nos dias atuais, geram o abarrotamento do Poder Judiciário e extrema lentidão na prestação jurisdicional, o que constitui verdadeiro óbice da justiça, da eficiência e do desenvolvimento econômico.

Em entrevista à imprensa, em 11.08.2010, em São Paulo, o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, afirmou:

A litigiosidade é um vício que prende a mentalidade tanto da sociedade quanto dos magistrados. Até a economia foi entorpecida, uma vez que muitos estudantes de Direito veem no litígio uma forma de ganhar dinheiro, movimentando uma verdadeira fábrica de advogados. A única cura para a dependência é a adoção de métodos alternativos de solução de conflitos. Sim, o acordo pacífico sem solução judicial corta o mal pela raiz, porque não resolve apenas a demanda, mas também desestimula novos conflitos.¹⁴¹

Para Mancuso, o *modus procedendi* no manejo da questão judiciária focado no ataque obsessivo ao acervo de milhões de processos pendentes projeta deletérias consequências: duração excessiva dos feitos; exasperação das partes (ante a demora, custos e imprevisibilidade dos julgamentos); distribuição desigual dos ônus e encargos entre os litigantes habituais e eventuais; tratamento anti-isonômico aos jurisdicionados; crescente desconfiança da população na função judicial do Estado.¹⁴²

Analisando todos os fatores que se mostram verdadeiras barreiras ao acesso, pode-se concluir que seguem um padrão: tais obstáculos criados pelo sistema jurídico são mais acentuados nas pequenas causas¹⁴³ e para autores individuais (especialmente quando

¹⁴¹ Texto extraído da revista eletrônica *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-ago-11/entrevista-cezar-peluso-presidente-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

¹⁴² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas* cit., p. 27.

¹⁴³ “Os dados reunidos pelo projeto de Florença mostram claramente que a relação entre os custos a serem enfrentados nas ações cresce na medida em que se reduz o valor da causa. Na Alemanha, por exemplo, as despesas para intentar uma causa cujo valor corresponda a US\$ 100, no sistema judiciário regular, estão estimadas em cerca de US\$ 150, mesmo que seja utilizada apenas a primeira instância, enquanto os custos de uma ação de US\$ 5.000, envolvendo duas instâncias, seriam de aproximadamente US\$ 4.200 – ainda muito elevados, mas numa proporção bastante inferior, em relação ao valor da causa” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* cit., p. 19).

se trata de pessoas com poucos recursos financeiros), isto é, as vantagens sempre permanecem com os litigantes organizacionais e habituais.¹⁴⁴

Ao tratar do tema das reformas da “terceira onda”, cabe analisar o ponto de vista trazido por alguns autores, tais como Kim Economides (que trabalhou com Mauro Cappelletti) e Owen Fiss. Kim Economides, em seu escrito “Lendo as ondas do ‘Movimento de Acesso à Justiça’: epistemologia *versus* metodologia?” relata que em muitos países da Europa Ocidental as reformas não representam um desejo de valorizar a cidadania nem uma reação a uma crise de confiança nos ideais profissionais, sendo o principal objetivo a redução dos custos da oferta de serviços jurídicos.¹⁴⁵

O fato de a inclusão das ADRs ser vista como meio que realmente promova “acesso à justiça” causa certo receio para Kim Economides. Para o autor, portanto, o problema existe ao fornecer aos cidadãos soluções pacíficas aquém do resultado que poderia ser obtido caso houvesse a intervenção do sistema judiciário formal. O que existe é um perigo real nessa tendência ao informalismo judicial, qual seja, negar muito dos valores, da importância e da significação histórica do formalismo da justiça.¹⁴⁶

De acordo com André Luis Bergamaschi, tal posicionamento é pertinente, pois existe o risco de ser oferecida aos cidadãos, ainda que sem sua percepção, uma solução de qualidade inferior pela utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, facilitar a violação de direitos assegurados pelo Estado, ou até mesmo impedir o progresso do reconhecimento de direitos pela via da justiça formal.¹⁴⁷

¹⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* cit., p. 15-29.

¹⁴⁵ “As despesas com assistência jurídica, no Reino Unido, têm crescido nos últimos anos a uma taxa que tem sido o dobro da taxa de inflação anual, embora haja sinais de que a política governamental esteja agora começando a exercer algum controle sobre esses custos” (ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia *versus* metodologia? In: PANDOLFI, Dulce et al. *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 61-76. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/produção_intelectual/arq/39.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2018).

¹⁴⁶ Idem, p. 71-72.

¹⁴⁷ Como exemplo pode-se citar a discussão sobre a possibilidade de utilização da mediação ou conciliação nos casos que envolvem violência doméstica. A própria Lei 9.099/95 objetivou desformalizar a justiça estimular a resolução consensual de conflitos, inclusive no âmbito penal (infrações penais de menor potencial ofensivo passaram a ser passíveis de composição civil de danos ou de transação penal). Essa situação poderia dificultar ou até impedir o reconhecimento pela justiça formal da realidade vivida por muitas mulheres em ambiente doméstico. Diante disso, a Lei 11.340/2006 (‘Maria da Penha’) criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e excetua crimes envolvendo violência doméstica ou familiar do âmbito da Lei 9.099/95. Por não se constatar a realização da justiça em acordos feitos nos casos de violência doméstica, tal possibilidade foi vetada (BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 42).

Comungando desse mesmo receio, Owen Fiss¹⁴⁸ afirma que o fato de as partes entrarem em acordo não significa necessariamente que houve justiça, dado que entrar em acordo significa aceitar menos que o ideal. De fato, a oposição entre meios alternativos e justiça formal levanta a questão do risco de direitos serem negados ou terem seu desenvolvimento restringido ao não serem julgados por um sistema formal de justiça.¹⁴⁹

Para Paulo Eduardo Alves da Silva, as ADRs que atualmente são objeto de discussão seriam tão somente o resultado do impulso mais recente em direção à justiça informal, uma vez que esses mecanismos não jurisdicionais de solução de conflitos estão longe de ser uma criação do século XX. Ao concordar com a opinião de Owen Fiss, o autor explica que no sistema jurídico brasileiro imperam a desigualdade entre os litigantes e a primazia da lei, o que dificulta o alcance da verdadeira justiça pela utilização dos meios consensuais de solução de conflitos.¹⁵⁰

De acordo com Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

Finalmente, como fator complicador dos esforços para atacar as barreiras do acesso, deve-se enfatizar que esses obstáculos não podem simplesmente ser eliminados um por um. Muitos problemas de acesso são inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro.¹⁵¹

Refletindo sobre essa situação, é evidentemente uma tarefa árdua transformar direitos em vantagens concretas para as pessoas. “Supondo que haja vontade política de mobilizar os indivíduos para fazerem valer seus direitos – ou seja, supondo que esses direitos sejam para valer – coloca-se a questão fundamental de como fazê-lo.”¹⁵²

Para Kim Economides, apesar da inegável importância da elaboração de declarações de direitos, o desafio atual não consiste na ampliação dos direitos, mas sim em

¹⁴⁸ FISS, Owen. Against settlement. In: RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute resolution and lawyers*. 2. ed. Saint Paul: West Group, 2004. p. 1085-1086.

¹⁴⁹ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 42.

¹⁵⁰ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados* cit., p. 7.

¹⁵¹ “Por exemplo, uma tentativa de reduzir custos é simplesmente eliminar a representação por advogado em certos procedimentos. Com certeza, no entanto, uma vez que litigantes de baixo nível econômico e educacional provavelmente não terão a capacidade de apresentar seus próprios casos, de modo eficiente, eles serão mais prejudicados que beneficiados por tal ‘reforma’” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* cit., p. 29).

¹⁵² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* cit., p. 29.

encontrar meios e recursos para tornar tanto “efetivos” quanto “coativos” os direitos já conquistados pelos cidadãos.¹⁵³

Assim, Dias Toffoli afirma que não se descuida, portanto, da importância da jurisdição para a garantia da pacificação social, pois o monopólio jurisdicional representa uma verdadeira conquista histórica. O que não se deve fazer é atribuir ao método adversarial a condição de rota principal de resolução das lides. É preciso, pois, assegurar o acesso à justiça sem descuidar da possibilidade de que a justiça não apenas incorpore – mas também valorize – outras formas de solução de conflitos que permitam maior aproximação das partes e melhor equacionamento desses conflitos. “O processo será tão mais efetivo quanto mais pacificadora for a solução por ele encontrada.”¹⁵⁴

O que se defende não é a substituição da justiça formal pelos meios consensuais, e sim a inserção de formas diferentes da adjudicação na nova compreensão da garantia “acesso à ordem jurídica justa”. Nesse contexto, cabe lembrar que, da mesma maneira que se observa a inadequação dos meios adjudicatórios para resolução de determinados conflitos, também os meios consensuais possuem suas “faixas de insindicabilidade”, que tornam sua utilização inadequada e incapaz de prover as melhores soluções.¹⁵⁵

Tendo em vista que, hodiernamente, a demora na entrega do bem da vida pretendido constitui um dos maiores óbices à concretização do acesso à ordem jurídica justa (conforme preconizado pelo CNJ), torna-se imprescindível uma mudança na postura dos legisladores e dos operadores do direito,¹⁵⁶ ampliando as formas de resolver os conflitos pela disponibilidade dos meios consensuais de solução de conflitos aos cidadãos e preservando a justiça tradicional quando necessário.

¹⁵³ ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia *versus* metodologia? cit., p. 71.

¹⁵⁴ TOFFOLI, José Antônio Dias. Movimento conciliatório e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF): breves considerações cit.

¹⁵⁵ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 44.

¹⁵⁶ “Observa-se que os bons advogados, em geral, procuram prevenir as disputas, só recorrendo aos tribunais quando não conseguem encontrar solução satisfatória para os conflitos. Para confirmar a necessidade de formação profissional mais ampla e adequada, convém lembrar que, nos EUA, apenas 5% das demandas judiciais obtêm sentença conclusiva de um juiz. 50% terminam abandonadas pelas partes, sendo que os 45% restantes são resolvidos por acordo entre as partes, após a negociação, ou pelo uso de meios alternativos” (COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática*. Tradução de Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 63).

1.3.3 Acesso à justiça e as discussões acerca do conceito de jurisdição

Considerando a frequente existência de conflitos de interesses na sociedade e o monopólio estatal da jurisdição, é imprescindível que o processo civil se articule de forma ágil e eficaz, a fim de proporcionar efetivo acesso à justiça aos jurisdicionados.¹⁵⁷

Visando ao alcance da verdadeira justiça sem impor sacrifícios injustificados para as partes, é preciso assegurar que o processo tenha duração suficiente apenas para a prática dos atos necessários. O direito à duração razoável, a celeridade e a eficiência na prestação da tutela jurisdicional são, pois, direitos fundamentais, implícitos em todo Estado Democrático de Direito e que, atualmente, não são alcançados pela realidade da justiça brasileira.

Nesse sentido, Carlos Alberto de Salles avulta a necessidade de revisitar o conceito de jurisdição, uma vez que, diante das novas formas hetero e autocompositivas de solução de conflitos, nem sempre a justiça tradicional se mostra a mais adequada para o caso concreto. Em sua obra *Arbitragem em contratos administrativos*, Salles ressalta a importância de discutir o papel da jurisdição estatal para entender sob quais condições a Administração pode afastá-la por força de contratos firmados com particulares.¹⁵⁸

Mancuso também entende que “a jurisdição, tradicionalmente conectada à prestação outorgada pelo braço judiciário do Estado”, é um conceito que exige atualização e contextualização, pois sua acepção tradicional atrelada à simples aplicação da lei aos fatos mostra-se defasada e insuficiente, cedendo espaço à concepção de que o direito há de ser satisfeito quando um conflito resulte efetivamente prevenido ou composto de forma justa, tempestiva, permanente, numa boa equação entre custo-benefício, seja por meio de auto ou heterocomposição.¹⁵⁹

Para Cintra, Grinover e Dinamarco, a jurisdição, ao lado da legislação, é considerada uma *função* do Estado, responsável pela pacificação quando do surgimento de

¹⁵⁷ LEAL JÚNIOR, João Carlos. *O direito à razoável duração do processo e os impactos econômicos da morosidade processual nos negócios empresariais* cit., p. 18.

¹⁵⁸ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos* cit., p. 87.

¹⁵⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas* cit., p. 22.

conflitos na sociedade.¹⁶⁰⁻¹⁶¹ Os mesmos autores apontam que, além de *função*, jurisdição é também *poder e atividade*:

Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões [...] E como atividade, ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.¹⁶²

A afirmação tradicional apontada pela doutrina de processo institui essa noção trifacetada de jurisdição, conceituando-a como poder, função e atividade.¹⁶³ Ao analisar o tema, Salles propõe que, no Estado contemporâneo, a ideia de poder absoluto encontra-se ultrapassada por não admitir a concepção de um poder “desconectado do exercício de uma função determinada – ou inteiramente abstrato – não representativo de uma atividade específica”. De acordo com o autor, portanto, mostra-se mais adequado limitar o conceito de jurisdição a *poder*.¹⁶⁴

Ainda, ao destacar sua opinião, Salles faz questão de ressaltar sua concordância com a doutrina tradicional ao afirmar ser o núcleo do poder jurisdicional a “capacidade de decidir imperativamente controvérsias”. A partir dessa constatação, tanto juízes estatais integrantes do Poder Judiciário quanto árbitros e órgãos administrativos exercem jurisdição.¹⁶⁵

Para Mancuso, o direito, por não ser uma ciência exata, é um *produto cultural*. Tanto a expressão *jurisdição* como *acesso à justiça* acabaram perdendo um pouco sua identidade conceitual e densidade ao longo do tempo e com as modificações ocorridas no

¹⁶⁰ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover asseveram que: “Com a jurisdição, cuida o Estado de buscar a realização prática das normas nos casos de conflitos, declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente ao caso concreto (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que este preceito reste efetivado (processo de execução). Nesse quadro, a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo do país” (*Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 38).

¹⁶¹ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 44.

¹⁶² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo* cit., p. 131.

¹⁶³ “Poder de decidir imperativamente, isto é, com capacidade de gerar o cumprimento de suas decisões. Função de pacificar conflitos. Atividade referindo àquela exercida pelo juiz estatal na realização das duas primeiras tarefas” (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos* cit., p. 89).

¹⁶⁴ Salles acredita que perde sentido destacar os elementos da função e da atividade, mais evidentes no modelo exclusivamente judicial de solução de controvérsias, tendo em vista serem ínsitos à própria definição contemporânea de poder (Idem, *ibidem*).

¹⁶⁵ Idem, p. 89-90.

cenário sociopolítico-econômico. Seguindo a linha do estabelecido pela Resolução n. 125/2010 do CNJ, busca-se estimular um ambiente de *jurisdição compartilhada*.¹⁶⁶

Os meios consensuais, portanto, não se enquadram no conceito de “jurisdição”, uma vez que esta é a “manifestação de poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões”.¹⁶⁷ Analisados sob esse panorama, os meios consensuais são uma forma de justiça consensual em que as próprias partes buscam uma decisão com o objetivo de atingir a pacificação social. Diante disso, resta claro que se inserem num movimento de transformação das formas de distribuição de justiça.¹⁶⁸

Portanto, para que a finalidade constitucional seja atingida na sede ordinária de resolução de conflitos – a jurisdição –, impõe-se que o processo judicial se desenvolva por meio de uma cognição adequada e que tenha razoável duração em seu trâmite, evitando o perecimento do direito, acarretado pela morosidade da prestação jurisdicional.¹⁶⁹

Nesse sentido, mostram-se produtivos e importantes tais questionamentos que não buscam esgotar o tema trazendo um conceito definitivo, e, sim, atualizar e contextualizar o conceito de jurisdição para melhor compreensão das novas formas de composição de conflitos.

¹⁶⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas* cit., p. 331-337.

¹⁶⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo* cit., p. 131-132.

¹⁶⁸ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 47.

¹⁶⁹ LEAL JÚNIOR, João Carlos. *O direito à razoável duração do processo e os impactos econômicos da morosidade processual nos negócios empresariais* cit., p. 34.

2 MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Primeiramente, interessante fazer uma observação acerca do significado da expressão “meios alternativos de solução de conflitos”. Oriunda da correspondente em língua inglesa ADR (*Alternative Dispute Resolution*), representa uma variedade de métodos de solução de conflitos, distintos e substitutivos da sentença proferida na adjudicação estatal tradicional, tendo como exemplos: a arbitragem, a mediação, a conciliação, a negociação, entre outros.¹⁷⁰

Diversamente do processo judicial, tais mecanismos “alternativos” de resolução de disputas “não possuem um corpo estruturado de regras de manuseio. O que pauta sua operação são regras básicas e princípios gerais derivados de sua natureza e características peculiares”.¹⁷¹ Apesar do crescente uso desses meios, ainda há certo desconhecimento e uma resistência quanto à sua utilização e adequada aplicação nos casos concretos.

Em 1976, Frank Sander foi quem primeiro mencionou a expressão “alternative dispute resolution” ao defender a diversificação de meios de solução de disputas e também salientar o caráter de contraposição à justiça estatal. Nessa época, já se observava o crescimento da insatisfação popular com as instituições legais tradicionais e essa demanda social por um efetivo acesso à ordem jurídica justa impulsionou o interesse por tais meios.

Ao tratar das soluções alternativas, Cândido Rangel Dinamarco assevera que tais mecanismos têm o intuito de evitar as dificuldades que atrapalham a tutela jurisdicional, a saber: a) o custo financeiro do processo (taxas judiciárias, honorários de advogados, perícias); b) a excessiva duração dos trâmites processuais, que muitas vezes causa a diluição da utilidade do resultado final; c) o necessário cumprimento das formas processuais, com a irracional tendência de muitos a favorecer o formalismo.¹⁷²

Atualmente, existe discussão acerca da utilização do termo. Maurício Morais Tonin defende o uso da expressão e não a considera equivocada ou ultrapassada, pois, de acordo com o autor: (i) tais meios citados são efetivamente alternativos ao processo

¹⁷⁰ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados cit.*, p. 4.

¹⁷¹ Idem, *ibidem*.

¹⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 143.

judicial; (ii) a utilização da expressão é amplamente difundida e conhecida; (iii) porque nem sempre será simples e unânime identificar qual é o meio mais adequado para a solução de determinado conflito.¹⁷³

O autor explica que esses meios alternativos são, na verdade, meios mais adequados para a solução de controvérsias, uma vez que é possível verificar que, para determinados tipos de conflitos, a solução tradicional pelo Poder Judiciário não se mostra conveniente, de forma que outros meios são capazes de fornecer melhor resposta aos interessados, ou seja, uma solução mais adequada e mais eficiente.

Também Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco referem-se a esses mecanismos como “meios alternativos de pacificação social”.¹⁷⁴

A própria Lei da Mediação (Lei n. 13.140/2015) preferiu não adotar posicionamento a respeito, não utilizando nem o termo *alternativo* nem *adequado*. Assim, ao tratar do mecanismo da mediação, apenas adota “meio de solução de controvérsias”.

O uso do termo “meios consensuais de solução de conflitos” pode ser escolhido, uma vez que a expressão “meios alternativos” pode remeter à ideia equivocada de substituição da jurisdição estatal. Nesse sentido, tais meios jamais podem ser encarados como mecanismos para acelerar a solução dos conflitos ou para desafogar a estrutura do Judiciário, pois sua principal missão é a viabilização da verdadeira justiça por meio da promoção do entendimento entre as partes envolvidas.

Tais mecanismos, portanto, não podem ser encarados como uma solução milagrosa para enfrentar os problemas do Poder Judiciário nem como uma válvula de escape na tentativa de solucionar o abarrotamento do Judiciário, e, sim, como um reforço capaz de complementar os mecanismos judiciais já existentes, tendo como finalidade a busca pelo bem comum¹⁷⁵ e a concretização do acesso à justiça.¹⁷⁶

¹⁷³ “Se por um lado, é possível afirmar que o Judiciário é meio adequado para solução de uma série de conflitos, por outro lado, a conciliação, a mediação, a negociação e a arbitragem são meios alternativos ao Judiciário para a solução de controvérsias” (TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 33-34).

¹⁷⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo* cit., p. 31.

¹⁷⁵ “Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o *bem comum* e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem-comum nessa área é a *pacificação com justiça*” (Idem, *ibidem*).

A justiça consensual não pode ser encarada como a alternativa para um Poder Judiciário moroso e ineficiente, mas é, simplesmente, uma alternativa. Se a justiça estatal sair da crise, melhor será para a justiça consensual, mas muitos veem a justiça consensual como uma solução alternativa ao Poder Judiciário em crise. Para esses, significa que, se a justiça melhorar, será decretada a extinção da justiça consensual. Lamentável posicionamento.¹⁷⁷

Sobre o assunto, Maurício Morais Tonin assevera que os meios consensuais não podem ser encarados como métodos praticados fora do Judiciário, como sugere o adjetivo “alternativo”, mas devem ser vistos como importantes instrumentos à disposição do próprio Poder Judiciário, para a realização do princípio constitucional do acesso à justiça, havendo complementaridade entre a solução adjudicada e as soluções não adjudicadas.

Petrônio Calmon defende que não adianta criar um sistema de resoluções consensuais de conflitos sem os consequentes fortalecimento e aperfeiçoamento da justiça tradicional. Essa afirmação é válida, uma vez que jamais se cogitou a substituição de um sistema pelo outro, mas defende-se o fortalecimento dos dois sistemas para que operem simultaneamente e representem duas alternativas distintas e complementares.¹⁷⁸

Fernanda Tartuce, por sua vez, explica que a sigla em inglês ADR (*alternative dispute resolution*) vem sendo repensada para que a letra A passe a significar *appropriate*, pois, mais do que meramente alternativos, esses mecanismos devem ser adequados para a composição da controvérsia considerando o caso concreto (tipo de litígio e as condições dos envolvidos).¹⁷⁹

Apesar de todas essas reflexões, Maurício Morais Tonin conclui que, pelo fato da maioria dos litígios serem levados para o Judiciário e os outros mecanismos estarem em processo de implantação e desenvolvimento, ainda é cabível o uso da denominação original.¹⁸⁰ Portanto, para fins deste estudo, ambas as expressões serão utilizadas.

¹⁷⁶ “E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva – não apenas formal – é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior ‘beleza’ – ou melhor qualidade – do que aquele de que dispomos atualmente” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* cit., p. 165).

¹⁷⁷ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e conciliação* cit., p. 4.

¹⁷⁸ Idem, p. 5.

¹⁷⁹ TARTUCE, Fernanda. Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar? In: SALLES, C. A.; LORENCINI, M. A. G. L.; SILVA, P. E. A. (Coord.). *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 149-150.

¹⁸⁰ TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 35.

Superada tal questão, cabe lembrar que o objetivo do presente trabalho será abordar apenas os meios autocompositivos de solução de conflitos, e os meios heterocompositivos serão apenas mencionados quando conveniente,¹⁸¹ em virtude da extensão e complexidade do assunto.

2.1 Desenvolvimento dos mecanismos autocompositivos de solução de conflitos

A *jurisdictio* é uma palavra composta de *jus*(direito) e do verbo *dicere* (dizer, declarar, proclamar).¹⁸² Como a ninguém é lícito fazer justiça pelas próprias mãos – conforme estabelece o art. 345 do Código Penal –, ao Estado cumpre, como dever primordial, a solução dos litígios que se manifestarem entre os sujeitos, como também o de esclarecer certas situações jurídicas obscuras ou perplexas, para dirimir possíveis incertezas relativas ao direito do titular ou à existência ou inexistência de determinados documentos.¹⁸³

A partir do momento que os órgãos estatais se viram abarrotados, morosos e ineficientes na função de realizar a justiça em tempo razoável e diante da constatação do seu alto custo, uma linha moderna de processualistas vem buscando a diminuição desses problemas pelo estudo de novos meios capazes de solucionar tais conflitos.¹⁸⁴

Nesse sentido, os meios consensuais (englobando tanto os autocompositivos como os heterocompositivos) conseguem proporcionar a *justiça restauradora*, o que oferece remédio para o dano e para o sofrimento. Vai, assim, ganhando significado a consciência de que o que importa é pacificar, sendo irrelevante que essa pacificação se dê por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes e adequados.¹⁸⁵

¹⁸¹ “No caso da mediação, da conciliação e da negociação, a busca é pela autocomposição do conflito, isto é, as próprias partes chegam à solução do impasse, com ou sem a ajuda de um mediador ou conciliador. Por outro lado, na decisão judicial e na arbitragem, ocorre a heterocomposição, quando um terceiro neutro e imparcial não envolvido nos interesses conflitantes, determina quem tem razão no caso concreto, com força de título executivo judicial” (TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 37).

¹⁸² Cf. LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 47, p. 76; v. 16, p. 335; VIEIRA, Raimundo de Menezes. Tribunal de Contas: jurisdição especial. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, v. 12, p. 6, 1982. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/app/biblioteca/pdf/PE500272.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

¹⁸³ VIEIRA, Raimundo de Menezes. Tribunal de Contas: jurisdição especial cit., p. 6.

¹⁸⁴ TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 45.

¹⁸⁵ Idem, *ibidem*.

A busca do consenso e de mecanismos que o possibilitem consiste em objetivo que vem sendo perseguido por organizações, pela legislação e na atuação dos órgãos estatais na administração da justiça em decorrência de todas as vantagens provenientes dessa comunicação estabelecida pelas partes para a superação do impasse.¹⁸⁶

Como exemplo, em 2014, a Fiesp/Ciesp firmou o Pacto Nacional de Mediação e reconheceu que negociação, mediação e conciliação se mostram adequadas aos mais diversos tipos de conflitos de interesse e evidenciam vantagens quando comparadas à solução judicial. Nesse sentido, a resolução de disputas por tais mecanismos consensuais revela-se uma prioridade a curto e a longo prazo.¹⁸⁷

Os meios consensuais integram os meios autocompositivos, meios estes em que “os próprios sujeitos envolvidos no conflito, ou um deles unilateralmente, encontram caminho apto à pacificação”.¹⁸⁸ Subdividem-se em unilaterais,¹⁸⁹ que são aqueles cuja solução do conflito se faz a partir da vontade de um só participante, independentemente da manifestação de vontade da outra parte, e bilaterais ou multilaterais, que necessitam da participação e encontro de vontades de todos os envolvidos.¹⁹⁰

Fernanda Tartuce estabelece que ocorrerá autocomposição unilateral quando “depender de ato a ser praticado exclusivamente por uma das partes em sua seara de disponibilidade”, podendo o interessado protagonizar: (i) renúncia (abre-se mão do direito material a que pode ou poderia fazer jus); (ii) desistência (o autor manifesta seu intuito de não mais prosseguir na demanda); (iii) reconhecimento jurídico do pedido (réu admite a procedência da pretensão deduzida pelo autor).¹⁹¹

O que nos interessa no presente trabalho diz respeito à autocomposição bilateral, que transparece na figura da *transação* (art. 840 do CC),¹⁹² podendo ser espontânea (ocorre

¹⁸⁶ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008. p. 47.

¹⁸⁷ NALINI, José Renato. Justiça pacificadora: um ideal bem possível. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 12, v. 45, p. 335, abr.-jun. 2015.

¹⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 122.

¹⁸⁹ “A autocomposição unilateral dá-se nas modalidades de *renúncia* ou *submissão* (reconhecimento do pedido). Essas são as formas legítimas, sendo a *autotutela* uma espécie egoísta de autocomposição unilateral (antissocial e incivilizada)” (Idem, p. 122-124).

¹⁹⁰ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 109.

¹⁹¹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* cit., p. 53-58.

¹⁹² Artigo 840 do Código Civil: “É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”. A transação é instituto tratado no Código Civil como um contrato em espécie. Da definição legal extrai-se que tal negócio jurídico existe como forma de solução amigável de um conflito,

entre as próprias partes, por meio da negociação) ou induzida (tem a interferência de um terceiro, que pode ser o conciliador ou mediador),¹⁹³ motivo pelo qual serão mencionadas de maneira mais específica adiante.

Antes de estudar cada uma das formas de autocomposição bilateral, interessa citar uma interessante observação feita por Cândido Rangel Dinamarco ao analisar a questão da equivalência entre os meios não judiciais e a atividade estatal denominada jurisdição. Segundo o autor, do ponto de vista jurídico, as diferenças são óbvias e suficientes para afastar a ideia de equivalência, uma vez que apenas a jurisdição tem como objetivo dar efetividade ao ordenamento jurídico.

Contudo, pelo aspecto social, o escopo magno da jurisdição é a busca da pacificação pela eliminação de conflitos que envolvem as pessoas, elemento presente também nos outros meios. Tal perspectiva sugere a existência de equivalência funcional entre essa pacificação estatal imperativa e as outras atividades, buscando-se os mesmos objetivos e a mesma utilidade social.¹⁹⁴

Tratando do tema sob a ótica do processo civil, resta interessante também discutir a autocomposição do ponto de vista de seus resultados. Os resultados da conciliação ou mediação podem ser: se *extraprocessual*, podem ocasionar submissão, renúncia ou transação, que pode ou não ser homologada pelo juiz ou referendada pelo Ministério Público ou Defensoria Pública (artigo 515, II, do NCPC); se *endoprocessual*, pode conduzir, além dos resultados já citados no âmbito extraprocessual, à desistência da ação.¹⁹⁵

mediante concessões mútuas. Portanto, transação é ato jurídico material, não processual (TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 40).

¹⁹³ “Quando encaminham a composição por si própria, sem a intermediação de um terceiro, as partes encerram uma negociação. Se são auxiliadas em sua comunicação por um facilitador neutro que não propõe alternativas, valem-se da mediação. Finalmente, se o acordo é obtido pela intervenção de um agente que interfere mais ativamente junto às partes até indicando saídas para a celebração da transação, opera-se a conciliação. Em tais hipóteses, a definição do conflito não é imposta por um terceiro (figura exterior ao conflito), mas pelos próprios envolvidos na controvérsia, que reorganizam suas posições” (TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* cit., p. 59).

¹⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 126.

¹⁹⁵ Idem, p. 127.

Uma visão interessante sobre o assunto é revelada por André Luis Bergamaschi, ao questionar a análise dos meios autocompositivos sob o ponto de vista dos resultados alcançados:¹⁹⁶

O problema em analisar a autocomposição do ponto de vista de seus resultados no processo judicial contencioso é conceber a autocomposição a partir da *posição* que as partes adotam ou adotariam em um processo judicial, de forma que os resultados da autocomposição são sempre vistos como uma maneira de “abrir mão” de algo. Essa visão revela uma lógica adversarial e posicional. A autocomposição pode, de fato, resultar num ato de renúncia (de um interesse, de todo o direito tutelado juridicamente, de parte dele, da posição adotada processualmente, da defesa etc.), como acontece em grande parte das vezes. Contudo, essa suposição não comporta o integral potencial dos meios consensuais e, portanto, essa “renúncia” não pode fazer parte da definição.

Na visão do autor, portanto, os meios consensuais devem ser analisados sob uma perspectiva muito mais abrangente, considerando o fato de os objetivos almejados serem muito mais relevantes do que a simples renúncia de direitos. Tal abordagem, ainda, facilitará a compreensão de discussões posteriores, uma vez que a admissão dessa renúncia poderia dificultar o reconhecimento pela Administração Pública da utilização dos meios consensuais ao pressupor que se estaria abrindo mão de parte do bem ou interesse público.¹⁹⁷

Em razão de tais argumentos, assim como defende André Luis Bergamaschi, é preferível adotar uma visão sobre os meios consensuais partindo da ideia de composição do acordo, ou seja, uma relação construída pelas partes pelo diálogo, que depende do encontro de suas vontades, independentemente do resultado alcançado.¹⁹⁸

Essas questões apenas evidenciam ainda mais as marcantes diferenças entre os meios adjudicatórios e os meios consensuais, servindo de base para confirmar a relevância dos últimos. A possibilidade de continuidade das relações e a maior efetividade do cumprimento dos acordos são, portanto, a óbvia consequência do fato de os meios consensuais abordarem inclusive matéria não juridicamente tutelada.

Na sequência, serão discutidas as três espécies de meios autocompositivos que interessam.

¹⁹⁶ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 110.

¹⁹⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁹⁸ Idem.

2.1.1 Negociação

A negociação ocorre quando as próprias partes envolvidas na relação ou situação jurídica podem reorganizar suas posições, obtendo uma saída para o impasse.¹⁹⁹ Como as relações tendem a caminhar no sentido inverso de mecanismos tradicionais de força, poder e autoridade, nesse processo de comunicação os envolvidos buscam a realização de um acordo de forma negociada, restando conscientes dos benefícios obtidos a partir de métodos que os ancaminham para o diálogo e a autocomposição.

Assim, é importante identificar a negociação como mecanismo de solução de conflitos, que visa a autocomposição, caracterizado pela conversa direta entre as partes, ou seja, sem a intervenção de terceiro como auxiliar ou facilitador, sendo uma das formas mais simples de resolução de controvérsias e que apresenta inúmeras vantagens.²⁰⁰

Esse mecanismo pode ser considerado o mais básico e elementar meio de resolver conflitos, além de ser o menos custoso, uma vez que não envolve os gastos decorrentes da contratação de outras pessoas.²⁰¹ Para André Luis Bergamaschi, a negociação é trivial e manifesta-se nas situações mais corriqueiras,²⁰² afinal, as pessoas negociam o tempo todo, nas mais diversas situações.

Apesar de ser indiscutível que na interação social a negociação sempre se faz presente, não há uma única fórmula para lidar com conflitos. Por envolver seres humanos com as mais diferentes emoções e situações, cada caso apresenta um contexto diverso e complexo.

¹⁹⁹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* cit., p. 60.

²⁰⁰ TONIN, Maurício Moraes. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 47.

²⁰¹ “A existência de uma disputa e as alternativas à negociação disponíveis às partes criam oportunidades de *geração de valor*. A possibilidade de um longo e desgastante processo ou de uma custosa arbitragem, bem como a incerteza de resultados destes, podem fazer com que as partes vislumbrem um interesse comum em não deixar que a controvérsia seja resolvida por terceiros. Além disso, nada impede que, na negociação da resolução da disputa, sejam buscadas oportunidades de ganho conjunto” (SIOUF FILHO, Alfred Habib. *Negociação para resolução de controvérsias*. In: SALLES, C. A.; LORENCINI, M. A. G. L.; SILVA, P. E. A. (Coord.). *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 88).

²⁰² “A negociação é trivial e se expande para as mais diversas situações de escassez: colegas de trabalho, por exemplo, negociam sobre o horário de uma reunião ou a posição das escrivatinhas, assim como filhos negociam com os pais quando poderão utilizar o *tablet* para jogos de diversão. A negociação pode também ter contornos afetivos quando, por exemplo, namorados negociam sobre o uso do celular no tempo livre que passam juntos. Ela também pode focar o âmbito dos interesses econômicos: vendedor e comprador negociam porque um deseja o objeto que pertence ao outro, enquanto o outro deseja obter dinheiro se desfazendo do mesmo objeto” (BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 111-112).

O que facilmente se percebe é que o ato de negociar implica necessariamente atingir um interesse (qualquer que seja a sua natureza) que pode ser alcançado com a colaboração do outro. A negociação, ainda, pode se dar em contextos litigiosos ou não, o que não significa a inexistência de questões a se responder e opções a fazer.²⁰³

Um ponto que deve ser abordado ao se discutir o tema da negociação diz respeito às *bases* em que a negociação se concretiza.

De acordo com a obra *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*, de Roger Fischer, William Ury e Bruce Patton, uma das recomendações do Projeto de Negociação de Harvard para se chegar a um acordo sensato e que atenda aos interesses dos envolvidos consiste em se pautar por critérios objetivos, discutindo sua validade e aplicação ao caso.²⁰⁴

Assim, propõe os autores a “insistência em critérios objetivos para as negociações”, em vez de negociar de acordo com a vontade, característica típica da barganha posicional e que tem se mostrado muitas vezes um método ineficiente e injusto.²⁰⁵ O êxito nessas situações, portanto, importa na adoção de alguns princípios no método de negociação: não se basear em posicionamentos fechados, mas focar os interesses envolvidos; separar as pessoas dos problemas;²⁰⁶ criar opções alternativas que representem ganhos recíprocos.²⁰⁷

²⁰³ “Mesmo para a tomada de decisão sobre onde almoçar com a família no domingo, certamente haverá pontos a serem definidos – ainda que nenhum dos envolvidos assuma a postura de adversário dos demais. Existem até mesmo conflitos que têm como pretexto a distribuição de valores escassos, mas que, no fundo, são apenas impasses aparentes ocasionados por falhas de comunicação ou questões emocionais” (BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 112).

²⁰⁴ FISHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce. *Getting to yes: negotiation agreement without giving in*. 3. ed. New York: Penguin Books, 2011. p. 82-95.

²⁰⁵ Idem, *ibidem*.

²⁰⁶ “Para entender a pessoa do outro lado, é preciso colocar-se no lugar do outro e tentar enxergar a situação a partir de seu ponto de vista. É possível, então, discutir abertamente as diferentes posições, sem que cada um tenha que abandonar sua posição e concordar com a do outro. O interessante é que não é necessário que as percepções das partes sejam idênticas para se conseguir um acordo” (SIOUF FILHO, Alfred Habib. *Negociação para resolução de controvérsias* cit., p. 92).

²⁰⁷ “Um exemplo que bem elucida esse tipo de negociação é quando dois homens, sentados na mesma mesa de uma biblioteca, não conseguem entrar em acordo sobre se a janela acima da mesa deve ficar aberta ou fechada. Em vez de discutir a validade de suas posições, seria importante que cada um deflagra-se o motivo pelo qual assume sua posição. O homem que quer a janela aberta deseja ar fresco. O homem que quer a janela fechada visa a evitar uma corrente de vento. De posse de tais informações, seria possível chegar a uma solução: abrir uma janela em uma sala vizinha. Tal saída atende aos interesses das duas partes; saliente-se que tal não teria sido possível se as partes simplesmente tivessem continuado a negociar em função de suas posições fechadas” (TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* cit., p. 61).

A partir desse ponto de vista, foi desenvolvido no projeto de Harvard um método denominado “criação de valor”, que significa um tipo de negociação no qual as partes buscam aumentar o valor para ambas antes de dividir o valor entre elas. Para negociar criando valores é fundamental *identificar corretamente os interesses*, em vez de se concentrar apenas nas posições.²⁰⁸

A adoção dessa postura de buscar o real interesse envolvido no intuito de obter um acordo sensato e com perspectiva de durabilidade e efetivo cumprimento mostra-se viável a partir da reorganização das posições dos envolvidos.²⁰⁹ Essa nova visão da negociação como instrumento eficaz na pacificação de conflitos revela a atual tendência de mudança de paradigmas, com o crescimento do enfoque cooperativo e a diminuição do antagonismo (ganha-perde), baseado na satisfação de interesses e no fortalecimento dos vínculos interpessoais.²¹⁰

Para Roger Fischer, William Ury e Bruce Patton,²¹¹ portanto:

Every negotiation is different, but the basic elements do not change. Principled negotiation can be used whether there is one issue or several; two parties or many [...]. The method applies whether the other side is more experienced or less, a hard bargainer or a friendly one. Principled negotiation is an all-purpose strategy.

Sobre o tema, André Luis Bergamaschi faz interessante observação ao explicar que, no caso específico de conflitos que envolvem a Administração Pública, deve se dar não só a aplicação de tais critérios objetivos, mas também, ainda mais importante, a aplicação dos critérios legais estabelecidos. O que não se pode pressupor é que, pelo fato de a Administração estar adstrita a essa legalidade, fatalmente está impossibilitada de,

²⁰⁸ “Quando uma parte na negociação diz ‘querer’ alguma coisa, ela está revelando sua posição, mas não seu interesse. Pode-se dar a ela o que ela está pedindo, ou perguntar: ‘Por que você quer isso?’. A resposta pode revelar o interesse que está por trás daquela posição. Conhecendo o interesse, este pode ser atendido de outra forma, não necessariamente dando-lhe o que pede” (SIOUF FILHO, Alfred Habib. *Negociação para resolução de controvérsias* cit., p. 89).

²⁰⁹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* cit., p. 61.

²¹⁰ COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática* cit., p. 19.

²¹¹ FISHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce. *Getting to yes: negotiation agreement without giving in* cit., introduction (xxix).

consensualmente, construir sentidos possíveis para as normas, sobretudo no caso de conceitos indeterminados e princípios.²¹²

Diante do que foi discutido, é possível perceber o crescimento da negociação como mecanismo auxiliar do Poder Judiciário, eficiente para atenuar as resistências e convencer os envolvidos acerca da adequação da composição do conflito em bases consensuais. Sua realização, em regra, exige o contato entre as partes, que devem estar abertas para a comunicação.²¹³

Enfim, cabe destacar que a distinção desse importante mecanismo consensual dos demais meios de autocomposição é simples: inexistência de terceiro imparcial.²¹⁴ Contudo, para o estudo dos outros meios alternativos de solução de conflitos – como a conciliação e a mediação – mostra-se indispensável conhecer as técnicas e ferramentas de negociação, o que demonstra a relevância desse método.²¹⁵

2.1.2 Conciliação

Dependendo do caso concreto, por causa das emoções em jogo, muitas vezes os envolvidos não são capazes de estabelecer um diálogo entre si de forma eficiente e não conseguem encontrar uma resposta que leve à composição do acordo. Conforme destacado, uma negociação depende da disposição das partes para colaborar com o outro. Nesses casos, a ajuda de um terceiro facilitador que auxilie as partes pode ser necessária para se chegar a composição amigável.²¹⁶

Nesse contexto, uma das opções é utilizar a técnica autocompositiva da conciliação, em que um profissional imparcial intervém para, mediante atividades de escuta e investigação, auxiliar as partes a chegar a um acordo. Caso haja necessidade, o conciliador pode expor as vantagens e desvantagens e propor saídas viáveis para a controvérsia, sem, contudo, forçar a realização do pacto.²¹⁷

²¹² BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 112-113.

²¹³ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* cit., p. 63.

²¹⁴ O que se permite e normalmente ocorre é o auxílio de negociadores profissionais e/ou a presença de advogados para obter vantagens (TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 48).

²¹⁵ TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 48.

²¹⁶ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* cit., p. 65.

²¹⁷ Idem, p. 66.

O termo “conciliação” advém do direito italiano (*conciliazione*)²¹⁸ e pode ser tanto judicial/processual quanto extrajudicial. Na primeira situação conta-se com a autoridade judiciária, na figura do juiz ou de seus auxiliares,²¹⁹ ou pelo menos na validação do resultado final.²²⁰ Por sua vez, a extrajudicial verifica-se no âmbito de instituições privadas voltadas à solução de controvérsias (a exemplo das “câmaras de conciliação e arbitragem”).²²¹

No Brasil, quantitativamente, verifica-se um maior número de conciliações como fenômeno judicial, ou seja, quando as partes são auxiliadas por um terceiro rumo à obtenção de um acordo com a consequente extinção do processo.²²² O próprio Código de Processo Civil traz diversas previsões: art. 139, V,²²³ sendo sua tentativa missão do magistrado; art. 334,²²⁴ como providência a ser tomada na audiência; art. 359,²²⁵ como providência a ser tomada no início da audiência de instrução e julgamento.

Ada Pellegrini Grinover oferece uma definição interessante de conciliação ao conceituá-la como um método de solução de conflitos com intermédio de terceiro facilitador, para incentivar, facilitar e auxiliar os envolvidos na busca da autocomposição,

²¹⁸ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 120.

²¹⁹ “Art. 149 do CPC. *São auxiliares da Justiça*, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.” Esse artigo representa uma inovação da Lei n. 13.105/2015, ao listar conciliadores e mediadores como auxiliares da Justiça, pois o antigo CPC era omissivo quanto a esses personagens.

²²⁰ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 120.

²²¹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* cit., p. 66.

²²² Idem, *ibidem*.

Segundo dados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 2015, os Cejuscs realizaram 122 mil sessões pré-processuais, obtendo índice de acordos, de 67%, bem como 113 mil sessões na fase processual, com índice de acordos de 49%, concluindo-se que mais de 100 mil ações deixaram de ser propostas e que, considerando que cada processo tem no mínimo duas partes, 200 mil pessoas foram atendidas e saíram satisfeitas. Notícia veiculada no *site* do Conselho Nacional de Justiça (Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 9 mar. 2016).

²²³ “Art. 139 do CPC. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.”

²²⁴ “Art. 334 do CPC. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.”

²²⁵ “Art. 359 do CPC. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.”

podendo ter uma postura ativa (apresentar propostas) mas sem impor sua opinião. O conciliador, assim, analisa os aspectos objetivos do conflito e sugere opções para sua solução, estimulando as partes para chegarem a um acordo.²²⁶

No tocante à forma de atuação, a conciliação caracteriza-se por não exigir conhecimento aprofundado da relação entre as partes, e, na maior parte dos casos, tal relação não é preexistente. Em regra, ocorre nos casos de relacionamentos ocasionais (exemplos: acidentes de trânsito, relações de consumo etc.), pois após o término do conflito o convívio não mais existirá.²²⁷

Sobre essa característica Ada Pellegrini Grinover conclui ser a conciliação mais útil para solução rápida e objetiva de problemas superficiais, exatamente por não envolverem relacionamento entre as partes, e a solução encontrada também não terá repercussão no futuro das vidas dos envolvidos.²²⁸ O próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 165, § 2.º, prevê que o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes.

Em razão de todas essas características, a conciliação geralmente acontece em apenas uma reunião por tratar-se de procedimento simplificado. Outro traço marcante é a presença de terceiro, cuja função é ajudar as partes a chegar à autocomposição e alertá-los sobre eventuais riscos da via heterocompositiva. A respeito desse aspecto, alguns doutrinadores guardam certo receio.

Fernanda Tartuce estabelece certos cuidados que o conciliador deve ter para não incorrer em excessos.²²⁹ Sobre esse cuidado, a autora assevera que a conciliação pode ser atraente por liberar o magistrado de uma análise mais aprofundada do litígio, e tal postura não condiz com a promessa de proteção judiciária estatal. Quando a autocomposição é

²²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: _____ et al. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 4.

²²⁷ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 120-121.

²²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC cit., p. 4.

²²⁹ Na década de 1940, Francesco Canelutti destacou a realidade italiana de fomentar a autocomposição pela maior comodidade ao Judiciário, valendo-se da conciliação mais como um meio para se livrar do estudo do processo do que visando obter a justa composição do litígio. “En realidad, sucede que el órgano jurisdiccional encargado del oficio conciliador ve en él más bien un medio para librar-se del estudio de la controversia, que no de obtener a través de la voluntad de las partes la justa composición del litigio, y por ello ejerce, con frecuencia incluso sin habilidad, simple oficio de mediador” (*Sistema de derecho procesal civil*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944. v. 1, p. 204).

imposta, gera resultados perversos às partes, perde sua legitimidade e compromete a credibilidade do Judiciário.²³⁰

Até mesmo no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis há previsão de realização de conciliação prévia, impondo seríssimas sanções aos litigantes que deixarem de comparecer à sessão de conciliação: impondo ao réu os efeitos da revelia e ao autor a extinção do processo sem julgamento do mérito.²³¹

Nos Estados Unidos, Owen Fiss, na contramão da tendência de estimular a realização de acordos, afirma que o consenso acaba, irremediavelmente, sendo fruto de coerção.²³² Realmente pode haver intimidação incisiva do conciliador em nome desse “esforço conciliatório”, excedendo os limites inerentes à sua necessária imparcialidade, o que acaba comprometendo a credibilidade da conciliação.

Fernanda Tartuce identifica tal conduta com o que ela denominou *pseudoautocomposição*, como forma de afirmar que, quando isso acontece, apenas aparentemente o litígio foi composto. Na verdade, ocorre o inverso: piora a desconfiança quanto à eficiência do Judiciário e motiva a propositura de futuros processos. Daí a importância de identificar e banir essas condutas errôneas que nada têm a ver com a conciliação e seus propósitos.²³³

Em 2001, Fátima Nancy Andrigli, em palestra proferida na IV Jornada Brasileira de Direito Processual Civil, em Fortaleza, já ressaltava a importância de implementar nas faculdades de direito a cultura de que o Poder Judiciário só deverá ser acionado após fracassadas as tentativas extrajudiciais de solução de conflitos. Ao enumerar exemplos de resultados exitosos, considera que a prática efetiva da conciliação pode contribuir para a reforma interna do Poder Judiciário.²³⁴

²³⁰ TARTUCE, Fernanda. Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar? cit., p. 167.

²³¹ Art. 21 da Lei n. 9.099/1995. “Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3.º do art. 3.º desta Lei.”

Art. 20 da Lei n. 9.099/95. “Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do Juiz.”

²³² FISS, Owen. *Against settlement* cit., p. 18.

²³³ TARTUCE, Fernanda. Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar? cit., p. 167.

²³⁴ ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Conciliação judicial*. Palestra proferida na IV Jornada Brasileira de Direito Processual Civil. Fortaleza, 9 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

Segundo a autora, o ensino da ciência do direito nas faculdades é pautado pelo incentivo à beligerância,²³⁵ doutrinando os alunos no sentido de, ao se depararem com qualquer ofensa ao direito subjetivo, o único caminho a ser trilhado será o ajuizamento de ações. A imagem passada aos alunos é a do advogado sempre na posição de ataque; urge que esse modelo de ensinamento seja adaptado à realidade do século XXI, e é nas faculdades de direito que se encontra a sede mais fecunda para plantar a cultura da pacificação.²³⁶

Ademais, Nancy Andrighi destaca outros elementos que podem reverter o habitual desinteresse dos advogados pela conciliação: além da conveniência que o método representa diante da sobrecarga e morosidade do Judiciário, traz celeridade e segurança, pois a homologação do acordo e posterior extinção do processo permitem o recebimento mais rápido dos honorários e evitam muitas surpresas que podem advir de um julgamento.²³⁷

De acordo com José Renato Nalini, a conciliação pressupõe a obtenção do acordo entre pessoas em posições antagônicas por meio da harmonização e pacificação, sendo, portanto, uma estratégia mais eficiente e muito mais ética quando comparada à decisão judicial. Esta pode desagradar ambas as partes envolvidas e é heterônoma, ou seja, a vontade do Estado se sobrepõe à vontade dos interessados (Estado-juiz, com sua soberania e autoridade, tarifa o sofrimento, a honra, a liberdade e o patrimônio das

²³⁵ “A conciliação e a mediação poderiam ser incentivadas desde logo em escolas e, principalmente, em faculdades de direito. Infelizmente, ainda não o são” (ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. *Gerenciamento do processo e o acesso à justiça* cit., p. 15).

Sobre o tema, Kazuo Watanabe menciona que, além da questão cultural, outro grande obstáculo à utilização da conciliação e mediação é a formação acadêmica dos nossos operadores do direito, voltada, fundamentalmente, para a solução adjudicada dos conflitos. É esse o modelo ensinado em todas as faculdades de direito do País, sem exceção. Quase nenhuma faculdade oferece aos alunos, em nível de graduação, disciplinas obrigatórias voltadas à solução não contenciosa dos conflitos (Cultura da sentença e cultura da pacificação cit., p. 685).

“Embora em número crescente, ainda compõem minoria os cursos de direito que oferecem na grade curricular o tema meios consensuais; entre os que o fazem alguns os apresentam em disciplina optativa e, mesmo aqueles em que a matéria é obrigatória, o tempo para desenvolver o assunto costuma ser exíguo (geralmente um semestre) em contraposição aos quatro anos (ou mais!) em que o aluno estuda o sistema contencioso. Vale ainda apontar o momento de estudo: em algumas instituições, a disciplina sobre os meios diferenciados é ministrada no último ano, após muito tempo de abordagem de técnicas antagonistas” (TARTUCE, Fernanda. *Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar?* cit., p. 152-153).

²³⁶ ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Conciliação judicial* cit.

²³⁷ Idem, *ibidem*.

pessoas). A conciliação, por sua vez, é autônoma, pois reflete a capacidade de cada um escolher o que é melhor para si.²³⁸

Apesar da falta de informações e aprendizado sobre as técnicas da conciliação, os jurisdicionados e seus representantes têm o dever de tentar conciliar as partes, com o devido encaminhamento ao setor correspondente ou a pessoas capacitadas para a promoção da autocomposição. Apesar do contexto de crise em que se encontra o Poder Judiciário, o instituto da conciliação deve ser estudado com base na sua real eficiência no tratamento das controvérsias visando alcançar efetivo, adequado e tempestivo acesso à justiça.²³⁹

Assim, para mudar o padrão de comportamento faz-se essencial um grande esforço coletivo. Para tanto, não basta modificar um dos elos; a adoção de mecanismos diferenciados exige a mudança de postura de todos os integrantes da cadeia do conflito, o que envolve tanto o operador do direito como o jurisdicionado, bem como o administrador da justiça.²⁴⁰

2.1.3 Mediação

O instituto da mediação possui marco teórico no ano de 1976, na Escola de Direito da Universidade de Harvard, onde se realizou um estudo conhecido como *Multidoor Courthouse* – Tribunal ou Fórum de Múltiplas Portas. Segundo essa proposta, “um Tribunal poderia receber demandas por programas distintos, pois além do processo judicial tradicional haveria os meios alternativos, tais como a conciliação, mediação e arbitragem”.

Com esses estudos, iniciou-se um processo cujo principal escopo era tornar a mediação uma teoria, com mecanismos e técnicas de comunicação para a sua implantação institucional como forma de solução de conflitos.²⁴¹

Por meio da análise do grau de aplicação da mediação e das políticas de incentivo em países como Estados Unidos, França, Canadá, Argentina e Inglaterra,²⁴²

²³⁸ NALINI, José Renato. *Justiça pacificadora: um ideal bem possível* cit., p. 334.

²³⁹ TARTUCE, Fernanda. *Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar?* cit., p. 155-174.

²⁴⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 153.

²⁴¹ BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos no contexto comunitário. *Revista Síntese Direito de Família*, São Paulo, n. 58, p. 63, 2010.

²⁴² “Os estudos sobre mediação e políticas de incentivo à sua utilização na Inglaterra merecem especial atenção devido às inovações trazidas pelas Regras de Processo Civil de 1998 (CPR). Nesse particular, a

percebem-se as vantagens advindas do seu uso em ordenamentos estrangeiros e os motivos que ensejaram essas modificações, e tais exemplos podem servir de referência para o Brasil.

Tendo em vista que a insatisfação constitui um fator antissocial não só no Brasil, mas também em muitos outros países,²⁴³ busca-se a eliminação desses conflitos da vida em sociedade por meio das formas alternativas de resolução de conflitos.

Fernanda Tartuce define a mediação como uma atividade que visa facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que elas mesmas possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual. Para tanto, os envolvidos deixam de focar somente nas suas posições para prestar atenção nos verdadeiros interesses envolvidos.²⁴⁴

Para Petrônio Calmon, mediação é a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, que auxilia os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução aceitável para as partes. A mediação realiza-se por

propósito, vê-se que, na atualidade, o ordenamento jurídico inglês dá prioridade absoluta para as *alternative dispute resolution* (ADR), o que faz com que haja drástica diminuição do número de processos tramitando no Poder Judiciário. O novo Código alterou de forma significativa a cultura litigiosa dos tribunais ingleses, reconhecendo-se o potencial da mediação para concretização de acordos. Nesse sentido, logo no início das CPR, prevê-se, como dever do juiz, ‘encorajar as partes a utilizar mecanismos alternativos de solução de conflitos, se o juiz considerar isso apropriado, e facilitar o uso do respectivo meio’ (Regra n.º 1.4, 2, e)” (ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: RT, 2009. p. 28-29). “Além disso, fatores econômicos vêm influenciando o aumento considerável pela escolha das vias alternativas, transformando o processo judicial na última opção para os litígios ingleses. Essa aversão aos altos custos é sentida tanto no caso das empresas privadas como no caso do governo, que precisa conter os gastos públicos. Na Inglaterra, estudo publicado na revista *LordChancellor*, em 2001, demonstra que um conflito trabalhado pela mediação é valorado em \$550.00 *pounds*, em vez de \$1.656.00 *pounds* nos processos judiciais (média calculada pelo *Legal AidFund*)” (PARAÍSO, Taritha Meda Caetano. *Panorama do direito civil na atualidade e a mediação de conflitos como instrumento pacificador no cenário jurídico brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina. Londrina, p. 70).

²⁴³ “A *Law Society* da Inglaterra e do País de Gales, em 2005, emitiu uma ‘sugestão de práticas’ recomendadas no sentido de que os advogados devem considerar rotineiramente se as ações de seus clientes podem ser substituídas por ADR. A Comissão Europeia também adotou a mediação e propôs uma diretiva sobre o assunto” (ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra cit.*, p. 270).

²⁴⁴ “Como exemplo, imaginemos uma discussão familiar sobre o valor da pensão alimentícia: o conflito geralmente é marcado pelas posições de resistência (do alimentante) e insistência (da responsável legal do alimentado) quanto a certo valor. Caso ambos, consensualmente, se comuniquem para formar o valor devido, listando as despesas da criança e sua pertinência, visualizarão cada gasto e decidirão sobre sua realização ou não. Tal situação permite perceber que mais importante do que a simples posição de cada um é o atendimento do melhor interesse da criança” (TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis cit.*, p. 208).

meio de um procedimento voluntário e confidencial, que conta com um método próprio, informal, porém coordenado.²⁴⁵

A mediação representa um meio alternativo de solução de controvérsias na medida em que se insere em um modelo consensual em que não existe a característica de conflituosidade do modelo tradicional de jurisdição,²⁴⁶ permitindo a preservação e o aperfeiçoamento das relações sociais.

Desde que conduzida da maneira adequada por um terceiro capacitado, a abordagem do conflito pode proporcionar inúmeros benefícios aos litigantes, tornando-se um verdadeiro meio de conhecimento, amadurecimento e aproximação entre indivíduos, de forma a impulsionar relevantes alterações na manutenção futura dos relacionamentos.²⁴⁷

As técnicas para a condução da mediação são variadas e têm como núcleo principal a provocação da reflexão dos envolvidos, uma vez que eles mesmos procuram a melhor solução por meio do diálogo. O mediador tem o papel de dirigir as regras de comunicação entre os indivíduos, sem, contudo, impor suas decisões. Por conseguinte, a responsabilidade e a autoridade para chegar à composição competem as próprias partes.²⁴⁸

Apesar de não possuir formas rígidas, sua realização pressupõe métodos elaborados e comprovados com rigor científico. Por isso, qualifica-se como um mecanismo. Suas principais características são a cooperação entre as partes, a confidencialidade, a ênfase no futuro e a economia de dinheiro, tempo e energia.²⁴⁹

Além do problema imediato que se apresenta, há outros fatores que pautam um conflito, tais como o relacionamento anterior das partes, as suas necessidades e interesses, o tipo de personalidade das partes envolvidas no conflito, os valores das partes e a forma como elas se comunicam. Muitos desses elementos considerados secundários por alguns

²⁴⁵ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e conciliação* cit., p. 113.

²⁴⁶ “É costume arraigado da sociedade brasileira tratar das controvérsias como uma disputa entre partes em busca de uma decisão (modelo conflitual – ganha/perde), mesmo que gere prejuízo aos laços fundamentais e eventualmente afetivos existentes entre elas” (BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 95, p. 128, jul.-set. 1999).

²⁴⁷ AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 28.

²⁴⁸ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* cit., p. 208.

²⁴⁹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e conciliação* cit., p. 115.

operadores do direito estão, na verdade, na origem do conflito e, por isso, devem ser levados em conta na solução do problema.²⁵⁰

Essa análise mais aprofundada do conflito que considera outros aspectos além do objeto litigioso traz como consequência positiva uma possibilidade muito maior de cumprimento do que ficou estabelecido entre as partes. Diferentemente do que acontece no processo judicial, em que a decisão é imposta pelo juiz sem levar em consideração tais fatores, na mediação as partes realmente ficam satisfeitas com os resultados, pois suas desavenças são verdadeiramente resolvidas.

Para os especialistas em psicologia jurídica, Osmir Fiorelli e Rosana Cathya Ragazzoni Mangini, a mediação busca promover: a) o deslocamento de emoções negativas para positivas; b) a facilidade para migrar das posições enunciadas para fazer emergir os reais interesses dos participantes; c) a concentração nas emoções positivas; d) o desenho do futuro com base no sucesso das ações relacionadas com essas emoções.²⁵¹

Maurício Morais Tonin destaca que um exemplo bem-sucedido que envolveu o Poder Público foi o determinado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux. A ação foi proposta pelo Ministério Público Federal em 2014 e tratava da captação de águas do Rio Paraíba do Sul pelo Estado de São Paulo para o abastecimento do Sistema Cantareira.²⁵² O rio sempre foi utilizado, principalmente, com o objetivo de produção de energia elétrica, entretanto, a crise hídrica (falta de água na região Sudeste provocada pela falta de chuvas na região) fez com que o Governo de São Paulo desse início ao projeto de captação.²⁵³

²⁵⁰ AZEVEDO, André Gomma de. Panorama do processo de mediação. In: _____ (Org.). *Manual de mediação judicial*. Brasília, 2009, p. 55. Disponível em: <<http://www.youblisher.com/p/51028-Manual-de-Mediacao/>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

²⁵¹ FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 392.

²⁵² Ação Civil Originária – ACO n. 2536, proposta pelo MPF em 2014, para proibir que a Agência Nacional de Águas (ANA) autorize o Estado de São Paulo a realizar obras com o intuito de captar águas do Rio Paraíba do Sul para o abastecimento do Rio Cantareira. O MPF alega que a realização dessas obras oferece sérios riscos ao meio ambiente, bem como à vida e à saúde das populações dos Estados, e sustenta a necessidade de estudos adicionais para a exata aferição dos efeitos dos impactos ambientais decorrentes da redução da vazão do Rio, decorrente da possível transposição. Na ACO, o MPF pede que a ANA não autorize a realização das obras ou que suspenda eventual autorização até que sejam feitos estudos ambientais pelo Ibama – com a participação dos órgãos estaduais de licenciamento ambiental de Minas Gerais e do Rio de Janeiro. Pede, ainda, que seja feita consulta pública a todas as comunidades que seriam afetadas pela diminuição da vazão do rio.

²⁵³ Ao indeferir o pedido liminar do MPF, o Ministro marcou audiência de mediação entre o MPF, a União Federal, a ANA, o Ibama e o Estado de São Paulo. Isso porque a solução do caso demandava não apenas uma análise técnica, como também, um “imprescindível diálogo propositivo entre os estados da

Durante a realização da audiência de mediação, o Ministro identificou que as partes não estavam predispostas ao litígio, pelo contrário, o interesse era construir a solução para o caso de maneira conjunta, razão pela qual foi estabelecido um acordo que disciplinou os passos para a solução do problema. Diante disso, efetuou-se um trabalho conjunto em prol da melhor solução e, em 2015, firmou-se um acordo entre os envolvidos com o objetivo de disciplinar as regras para uma gestão compartilhada do rio, que abastece os Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais, permitindo a transposição dele para o sistema Cantareira, que abastece a Grande São Paulo.²⁵⁴

Assim, entre as inúmeras vantagens decorrentes do uso da mediação, André Gomma de Azevedo destaca: a resolução de disputas de forma construtiva, o fortalecimento das relações sociais, a promoção de relacionamentos cooperativos, a exploração de estratégias que possam prevenir ou resolver futuras controvérsias, a humanização das disputas, entre outras.²⁵⁵

Além de ser muito menos custosa e desgastante, a mediação tem em vista o acordo pela liberdade da escolha e consensualidade, possibilitando, assim, a pacificação social e a continuidade de relacionamentos futuros²⁵⁶ por meio da prevenção de possíveis controvérsias. Entretanto, enfatiza-se que o acordo constitui um resultado da mediação, e não o seu objetivo primordial.²⁵⁷

Por todas essas razões, Roberto Portugal Bacellar conclui que a verdadeira justiça só é alcançada mediante consenso que resolva não só a parte do problema em

federação diretamente afetados pelo problema, especialmente porque todos os entes envolvidos buscam um mesmo objetivo: a melhor maneira de fornecer água para as suas populações”. O Ministro salientou que, pela mediação, poder-se-ia evitar um desnecessário conflito, o que representaria um desperdício de energia, para focar a resolução técnica da dificuldade a ser enfrentada (TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 52).

²⁵⁴ TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 52-53.

²⁵⁵ AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista cit., p. 20.

²⁵⁶ Nessa medida, deve-se destacar a vantagem da mediação indicada pelo *site* da American Bar Association: Em prol de uma relação contínua: vizinhos, pais divorciandos, supervisores e seus empregados, parceiros comerciais e membros da família devem continuar a lidar uns com os outros cooperativamente. Ir à corte pode desunir as pessoas e aumentar a hostilidade. A mediação visa ao futuro. Ajuda a finalizar o problema, não o relacionamento (Tradução livre de What are the advantages to mediation? Disponível em: <http://www.abanet.org/publiced/courts/mediation_advantages.html>, realizada por TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* cit., p. 209).

²⁵⁷ “A mediação objetiva a facilitação do diálogo, solucionando e prevenindo conflitos, pacificando e incluindo. O acordo pode vir ou não, desde que o diálogo tenha efetivamente ocorrido” (SALES, Lília Maia de Morais. *Mediação de conflitos: família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 34).

discussão, como também todas as outras questões que dizem respeito ao relacionamento dos interessados. Com a implementação de um “modelo mediacional” de resolução de conflitos, o Estado estará mais próximo da pacificação social e da harmonia entre os seres humanos.²⁵⁸

2.1.4 Diferenças entre conciliação e mediação

Os institutos da conciliação e da mediação são classificados como meios autocompositivos de solução de conflitos. Ambos foram abordados em outra oportunidade, mas cabe realizar uma breve comparação entre os institutos, salientando suas peculiaridades e especificando as características que os diferenciam, em razão de algumas discussões que surgem a respeito do tema.

Por serem práticas muito próximas, em algumas situações são levantados questionamentos a respeito de sua diferenciação e sobre a relevância de realizar esse estudo. Até pouco tempo, não existia um conceito normativo de “conciliação” e “mediação”, e os debates aconteciam apenas entre os práticos dos meios consensuais.²⁵⁹

No direito italiano, do qual herdamos o termo *conciliazione*,²⁶⁰ foi aprovado o Decreto Legislativo n. 28, de 04.03.2010,²⁶¹ que assim estabeleceu:

Art. 1.

1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per:

a) mediazione: *l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una per la risoluzione della stessa;*

b) mediatore: *la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolati per i destinatari del servizio medesimo;*

c) conciliazione: *la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione;*

Art. 2.

²⁵⁸ BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos cit., p. 130.

²⁵⁹ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 113.

²⁶⁰ Idem, p. 114.

²⁶¹ Disponível em: <<http://www.camara.it/parlam/leggi/deleghe/10028dl.htm>>. Acesso em: 20 out. 2018.

1. Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritto disponibili, seconde le disposizioni del presente decreto

Infere-se dessas disposições que a conciliação ou é confundida com composição ou significa o produto do processo de mediação, não se caracterizando a diferenciação entre os procedimentos.²⁶²

A celeuma acontece porque alguns doutrinadores consideram os institutos sinônimos imperfeitos, por serem apenas distintas orientações de desenvolvimento profissional relativo à autocomposição.²⁶³ Como no movimento norte-americano da ADR (*Alternative Dispute Resolution*), tal distinção entre os mecanismos não existe, o que o legislador brasileiro chama de “conciliação” também está sob a denominação de *mediation*.²⁶⁴

O fato de a distinção não ser clara faz com que uma parcela da doutrina entenda-a como artificial, com base na inexistência de diferenciação na literatura norte-americana e pelo fato de que as técnicas são usadas de acordo com as necessidades de cada caso concreto, não havendo prévia determinação segundo um rótulo nominal.²⁶⁵

Apesar dos motivos que explicam essa confusão entre a conciliação e a mediação, parece mais interessante fazer a distinção entre os mecanismos, destacando as diferenças das técnicas empregadas, o tipo de abordagem e os objetivos esperados, para que se evite a indevida utilização de cada um dos métodos.²⁶⁶

A confusão entre os procedimentos da conciliação e da mediação é cada vez mais comum, a ponto de muitos não compreenderem que existem diferenças entre os procedimentos, pois para eles o que importa é o resultado. Não percebem que cada um dos institutos apresenta características próprias agregadas a regras mínimas de conduta ética do

²⁶² BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 114.

²⁶³ Essa é a posição do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, que se vale das lições de estudiosos americanos como Leonard R. Riskin e L. R. Singer (AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Glossário: métodos de resolução de disputas – RDS*. In: _____ (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. v. 3, p. 308-309).

²⁶⁴ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 113.

²⁶⁵ *Idem*, p. 114.

²⁶⁶ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* cit., p. 72.

terceiro, imparcial e facilitador da comunicação entre as partes, motivo pelo qual possuem requisitos mínimos muito diferentes para sua realização.²⁶⁷

Luciane Moessa de Souza explica que a distinção mais relevante é a abordagem, mais rasa ou mais profunda, do conflito e das suas razões. Para a autora, a conciliação conta com uma abordagem superficial em virtude da inexistência de relacionamento prévio, enquanto a mediação tem uma análise aprofundada, valorizando o aspecto pedagógico para preservação do relacionamento.²⁶⁸

Outra diferença diz respeito à extensão da atuação do mediador e do conciliador na formação da vontade das partes. O mediador estimula o diálogo para que as próprias partes elaborem suas respostas, e o conciliador possui uma postura mais ativa, auxiliando na formulação, sugerindo soluções e até mesmo propondo o conteúdo do acordo.²⁶⁹⁻²⁷⁰

Nesse aspecto, há quem defenda inexistir diferença entre a conciliação e a mediação, argumentando que o mediador também pode intervir a ponto de formular respostas. Fernanda Tartuce discorda de tal posicionamento ao afirmar que é essencial diferenciar os mecanismos para preservar ao máximo a posição de protagonista dos litigantes, pois a conciliação (dependendo da forma como é praticada em algumas instâncias) acaba centralizando o poder decisório no terceiro, e não nas partes.²⁷¹

Quanto à forma de realização, também existem diferenças. A mediação geralmente necessita de várias sessões para possibilitar essa aproximação do mediador com as partes (que viabiliza domar as resistências dos litigantes para que eles possam

²⁶⁷ BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Fortaleza: ABC Editora, 2003. p. 22.

²⁶⁸ SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público: caminho possível e adequado, com o devido respeito às peculiaridades do regime jurídico-administrativo. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 123, p. 167-168, ago. 2014.

²⁶⁹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* cit., p. 72.

²⁷⁰ “Tanto na mediação como na conciliação, o terceiro imparcial vai colaborar para que as partes consigam identificar os interesses envolvidos na disputa. Considere um conflito sobre o valor do aluguel: o locador exige reajuste segundo o índice contratual e o locatário afirma não ter como arcar com o aumento. Apesar de as posições de ambos revelarem preocupações puramente econômicas, outros interesses estão envolvidos na negociação (como a manutenção do contrato, as boas condições do imóvel...). Tanto o mediador quanto o conciliador podem colaborar para que os indivíduos identifiquem a importância dos interesses e cogitem sobre alternativas para o impasse. No que tange a propostas é que sua atuação difere: enquanto o conciliador pode propor saídas, o mediador deve colaborar para que as próprias partes formulem alternativas de forma a preservar sua autoria na construção da resposta” (TARTUCE, Fernanda. *Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar?* cit., p. 150-151).

²⁷¹ Idem, p. 151.

protagonizar uma saída consensual para o impasse); a conciliação é tentada, como regra, em uma única sessão para efetivação do acordo.²⁷²

Para Carnelutti, a nota diferencial entre as duas formas de atividade (conciliação e mediação) refere-se à finalidade, uma vez que a mediação busca uma composição contratual qualquer, enquanto a conciliação aspira a justa composição. Nesse sentido, a conciliação encontra-se entre a mediação e a decisão judicial: possui a forma da primeira e a substância da segunda.²⁷³

Também tratando dos objetivos, Lília Maia de Moraes Sales assim diferencia os mecanismos: na conciliação, o objetivo é o acordo para evitar um processo judicial; na mediação, o acordo é a consequência da real comunicação estabelecida entre as partes, dado que estas não são entendidas como adversárias.²⁷⁴

Juan Carlos Vezzulla ressalta que a mediação não deve ser confundida com a conciliação nem com o objetivo de conciliar, que remete mais a procedimentos que desejam chegar a um acordo negociado por meio de concessões mútuas. Na mediação, o objetivo é conseguir cooperativamente a programação do futuro da relação entre os participantes, que atenda todas as necessidades em jogo, com a consciência da responsabilidade mútua.²⁷⁵

Diversamente dos sistemas italiano e norte-americano, a prática brasileira atual revela duas linhas de atuação bem distintas e um consenso relativamente difundido: a conciliação normalmente encontra-se ligada ao Judiciário, é indicada para solucionar problemas objetivos com a interferência de um terceiro visando ao acordo; a mediação busca o restabelecimento da comunicação no tratamento de conflitos intersubjetivos que envolvem uma carga maior de questões pessoais.²⁷⁶

²⁷² TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* cit., p. 72-73.

²⁷³ “La nota diferencial, frágil y valiosa, entre las dos formas de actividad se refiere, por el contrario, a la finalidad, puesto que la mediación persigue una *composición contractual cualquiera*, sin preocuparse de su justicia, mientras que la conciliación aspira a la *composición justa*. En este sentido, la conciliación se encuentra en medio de la mediación y de la decisión: pose ella forma de la primera y la sustancia de la segunda” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil* cit., p. 203).

²⁷⁴ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 38.

²⁷⁵ “Perceba-se que não se pretende resolver um problema do passado, mas sim o de trabalhar desde o presente, contando com a experiência passada, o relacionamento, o modo de estarmos e sermos juntos no futuro nas questões que nos unem” (VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação responsável e emancipadora: reflexões sobre a atuação dos advogados*. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 123, p. 58, ago. 2014).

²⁷⁶ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 114-115.

Tal assertiva advém não só da linguagem corrente, mas também da presença dessa diferenciação feita no ensino jurídico brasileiro, e também na forma como o próprio Poder Judiciário e outros atores institucionais importantes vêm apresentando o tema.²⁷⁷

A própria redação da Resolução n. 125/2010 do CNJ, antes de ser alterada pela Emenda n. 1, de 31.01.2013, já diferenciava os institutos. Em seu Anexo I (Cursos de Capacitação e Aperfeiçoamento), exigia apenas dos mediadores, além do módulo de conciliação, um módulo extra que contava com etapas e técnicas próprias, pressupondo a maior complexidade exigida na mediação.²⁷⁸ Com a alteração feita pela Emenda n. 1, o conteúdo dos cursos de capacitação passou a constar no Portal da Conciliação do CNJ, mas a diferenciação persistiu.²⁷⁹

Também o Código de Processo Civil, em seu artigo 165 e parágrafos,²⁸⁰ ao focar a atuação do terceiro e os tipos de conflitos adequados a cada um dos mecanismos, claramente distinguiu a conciliação da mediação.

Diante disso, pode-se afirmar que no Brasil, tanto do ponto de vista cultural quanto normativo, existe essa diferenciação entre conciliação e mediação. Apesar das celeumas entre os doutrinadores, Paulo Eduardo Alves da Silva argumenta que, do aspecto prático e operacional, diferenciar tais mecanismos deve levar a um uso inteligente dos

²⁷⁷ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 115.

²⁷⁸ Idem, *ibidem*.

²⁷⁹ Site do CNJ: “A conciliação tem como sua principal missão a realização do acordo, evitando, assim, a continuidade do conflito. A mediação é uma forma de solução de conflitos por meio de uma terceira pessoa (facilitador) que não está envolvida com o conflito. A proposta é que o facilitador favoreça o diálogo entre as partes, para que elas mesmas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. A Mediação pode ser mais demorada e até não terminar em acordo, como *sempre* acontece na Conciliação. Mas, mesmo assim, as partes têm considerado a Mediação bastante positiva, pois, ao final dos debates, os envolvidos estão mais conscientes e fortalecidos” (Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao>>. Acesso em: 25 out. 2018).

²⁸⁰ Artigo 165 do CPC. “[...]”

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

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

mesmos, isto é, sabendo usar as técnicas que cada um deles propõe e aplicando-as de acordo com as necessidades do caso concreto.²⁸¹

Para o autor, entre os critérios para diferenciá-los estão:²⁸²

- (i) a mediação é indicada para conflitos envolvendo relações continuadas, enquanto a conciliação é indicada para conflitos que só têm em comum entre si o próprio conflito;
- (ii) a mediação serviria para conflitos não patrimoniais e a conciliação para conflitos patrimoniais;
- (iii) a conciliação serviria para definição de um valor de acordo, enquanto a mediação faria uma composição mais completa do conflito;
- (iv) a intervenção da conciliação é superficial e não trabalha as causas do conflito, enquanto a mediação busca a descoberta e o tratamento das causas do conflito.

Euclides de Oliveira conclui que, contra a lógica da força advinda de uma sentença judicial, e quando impotente a conciliação, decorrente de acordo que não aborda questões mais profundas, surge a lógica da mediação, que busca o ponto de equilíbrio, contando com o auxílio de terceiro, para que as próprias partes, conscientes e responsáveis, consigam encontrar uma solução duradoura e efetiva, fornecendo condições para projeção de um futuro saudável e feliz.²⁸³

A despeito de todas as críticas feitas à diferenciação dos institutos em razão da inexistência de distinção na literatura estrangeira, André Luís Bergamaschi defende que

[...] o Brasil possui cultura jurídica e de tratamento de conflitos suficientemente típica a embasar o desenvolvimento próprio e autônomo de suas categorias de intervenção consensual, bem como que a forma como os métodos consensuais vêm se desenvolvendo em nossa prática mostra que a distinção se afigura útil do ponto de vista de suas funcionalidades.²⁸⁴

No tocante à Administração Pública, em que se observa que a necessidade de garantir a isonomia impõe o limite à consideração de elementos subjetivos, exige-se ainda

²⁸¹ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 123, p. 41, ago. 2014.

²⁸² Idem, p. 41.

²⁸³ OLIVEIRA, Euclides de. O percurso entre o conflito e a sentença nas questões de família. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 62, p. 107, mar. 2001.

²⁸⁴ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 118.

mais precaução. Em um primeiro momento, nas demandas que envolvem relações pontuais e questões patrimoniais, é aconselhável que as intervenções direcionem mais o foco para a solução do conflito e menos para a construção da relação entre as partes.²⁸⁵

Por outro lado, admite-se a possibilidade de existência de zonas cinzentas entre as intervenções, causadas pelos próprios conflitos, o que pode surpreender o conciliador/mediador na condução do procedimento. Assim, por exemplo, conflitos tipicamente patrimoniais e que envolvam relações efêmeras podem revelar algum elemento de reconhecimento pessoal ou coletivo que justifique uma intervenção mais aprofundada.²⁸⁶

Com base no critério de *utilidade* da diferenciação dos mecanismos, a proposta é, em um primeiro momento, identificar as características comuns a ambos: negociação como base e acordo como finalidade; intervenção de terceiro apto a identificar uma zona de convergência de interesses. E seria nessa atividade do terceiro (mais precisamente a função e as atividades que ele desempenha) para obtenção do consenso que se terá a diferença entre eles.²⁸⁷

No Brasil, portanto, o que existe é uma diferenciação cultural e um tratamento diferenciado pelos órgãos responsáveis pela solução de conflitos, sobretudo pelo Poder Judiciário. Tal distinção, a partir do tipo de relação entre as partes (se preexistente ou ocasional) e no tocante ao grau de interferência do terceiro, é útil *do ponto de vista de construção e adoção de técnicas*. Por outro lado, não parece correto tratar as figuras de forma estanque, uma vez que o tratamento adequado de cada conflito pode revelar a necessidade do uso de técnicas mistas, e cabe ao terceiro utilizar as técnicas que tem à sua disposição.²⁸⁸

A conciliação e a mediação não podem ser rigorosamente definidas, uma vez que suas técnicas são praticamente as mesmas e seus conceitos se inter-relacionam, cabendo ao conciliador/mediador, devidamente qualificado, definir qual método melhor se aplica ao caso concreto. Enfim, a distinção é importante na medida em que cada método é

²⁸⁵ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 118.

²⁸⁶ Idem, *ibidem*.

²⁸⁷ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Mediação e conciliação, produtividade e qualidade* cit., p. 42.

²⁸⁸ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 120.

mais adequado para determinado tipo de conflito, e se o terceiro tiver capacidade apenas para conciliar, não saberá mediar.²⁸⁹

Considerando um aspecto menos imediatista, não se pode medir o resultado de justiça produzido por um ou outro método de solução de conflitos com base em critérios quantitativos, por exemplo, o número de acordos celebrados ou a redução de estoques de processos. Tais critérios são a parte menos importante tratando-se de justiça/valor, ideal. Mediadores e conciliadores, litigantes, gestores, devem buscar a *qualidade* de justiça produzida.²⁹⁰

Assim, a partir de uma perspectiva mais ampla, *do ponto de vista meramente teórico* tal distinção não tem relevância. Para que tais mecanismos sejam bem-sucedidos, deve-se considerar a utilidade na diferenciação dos institutos visando à sua melhor aplicação ao caso concreto, o papel do terceiro e os resultados almejados (a elaboração de respostas conjuntas negociadas e o senso de compromisso com o objetivo de alcançar a pacificação social).

2.2 Políticas de estímulo aos meios alternativos

O homem, por sua própria natureza, tende a se defender quando acredita estar sob ameaça. A formação da vida em sociedade e os inevitáveis conflitos sociais decorrentes das relações humanas fizeram surgir a necessidade de regulamentação para viabilizar essa convivência. No início, prevalecia a lei do mais forte, ou seja, admitia-se o uso da força para determinar aquele que seria o vencedor em detrimento do mais fraco.

Sobre essa época ensinam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:²⁹¹

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens

²⁸⁹ LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. O novo paradigma de solução dos conflitos: juízes e advogados estão preparados? In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Processo em jornadas*. Salvador: JusPodium, 2016. p. 989.

²⁹⁰ “Em outras palavras, visto em perspectiva menos imediatista, mais valerão para clientes e advogados acordos bem celebrados do que uma quantidade maior de acordos sem o mesmo padrão de qualidade” (SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Mediação e conciliação, produtividade e qualidade cit.*, p. 44-45).

²⁹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo cit.*, p. 27.

e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter, haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de vingança privada e, quando o Estado chamou a si o *jus punitiois*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas. A esse regime chama-se autotutela (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto de vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou o mais tímido.

Longe de alcançar os parâmetros estabelecidos pela dignidade da pessoa humana, esse método de resolução de conflitos conhecido como autotutela inevitavelmente levaria ao caos, pois sua aplicação se orienta em sentido diametralmente oposto da consecução da justiça. Por isso, apesar de restarem resquícios dessa modalidade no atual ordenamento jurídico brasileiro – legítima defesa, estado de necessidade, entre outros –, o Código Penal, em seu artigo 345,²⁹² é taxativo ao proibir expressamente a autotutela.²⁹³

Passada essa fase, surge a autocomposição dos interesses. Conforme esse método, ambas as partes, no todo ou em parte, reconheciam o direito alheio, ainda que essa ação representasse o sacrifício do seu próprio interesse. Com relação a esse período, Rozane da Rosa Cachapuz e Wilson Euclides Guazzi Massali:²⁹⁴

[...] é a forma pela qual as partes, com ou sem a interferência de um terceiro, chegam a um consenso quanto ao conflito, resolvendo-o, seja através de concessões mútuas, reconhecimento do pedido da parte adversa ou renúncia ao direito objeto da controvérsia. [...] A autocomposição pode ser espontânea ou induzida. A primeira ocorre quando as partes

²⁹² “Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.”

²⁹³ “A autotutela, método em que o indivíduo se vale de sua própria força para, subjugando o outro, fazer valer sua pretensão, foi execrada com o advento dos Estados de Direito, que monopolizam o uso da força, não obstante a existência, no Brasil, dos institutos da legítima defesa (art. 23, inciso II, do Código Penal) e do desforço imediato da posse (art. 1.210, § 1.º, do Código Civil)” (FREITAS, Danielli Xavier. Da solução de conflitos da administração pública por meio da arbitragem, 2014. Disponível em: <<https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/138425424/da-solucao-de-conflitos-da-administracao-publica-por-meio-da-arbitragem>>. Acesso em: 13 nov. 2017).

²⁹⁴ CACHAPUZ, Rozane da Rosa; MASSALI, Wilson Euclides Guazzi. Arbitragem: uma saída liberal à crise do Judiciário. *Scientia Juris*, Londrina, v. 15, n. 2, p. 165-183, dez. 2011, p. 167.

envolvidas no conflito encontram, sem o auxílio ou interferência de terceira pessoa, um caminho apto à solução do litígio. A segunda é aquela onde a pacificação é obtida mediante a intercessão de outrem, alheio ao conflito, como são exemplos o conciliador e o mediador.

Assim, segundo esse método autocompositivo, o conflito era solucionado sem a presença do exercício coercitivo ou imposição de vontades de um sobre o outro, o que se mostrava uma técnica eficiente na composição de controvérsias, pois refletia a disposição dos envolvidos de chegarem a um acordo.

Finalmente, os indivíduos preferiram buscar a solução dos seus conflitos por meio da heterocomposição. De acordo com essa forma, não caberia mais às partes envolvidas buscar uma solução, mas tal tarefa passaria a ser desempenhada por um terceiro, alheio ao conflito. Esses árbitros, então, deveriam ser pessoas de confiança mútua, pois sua decisão vinculava as partes ao seu cumprimento.

Em um primeiro momento, a escolha desse árbitro se verificava entre sacerdotes ou anciãos, caracterizando a modalidade de heterocomposição arbitral. Mais tarde e à medida que o Estado se fortalecia perante os particulares, surgiu a modalidade de heterocomposição jurisdicional estatal, “fruto do poder que é conferido ao Estado para dizer coercitivamente o direito, o que faz através do Poder Judiciário”.²⁹⁵

A atividade desenvolvida pelo magistrado, em que ocorrem a análise das pretensões e a consequente resolução dos conflitos, denominou-se jurisdição. O fato de as partes serem substituídas pelos juízes estatais por meio da função jurisdicional acaba com a possibilidade de fazer justiça com as próprias mãos. Assim, caso exista um conflito, o direito impõe que se chame o Estado-juiz, o qual dirá a vontade do ordenamento jurídico de acordo com cada caso concreto.²⁹⁶

Após essa breve análise histórica acerca do desenvolvimento dos métodos de solução de conflitos, percebe-se que a função precípua do direito é harmonizar as relações entre os indivíduos no intuito de garantir a concretização dos valores humanos. A vida não

²⁹⁵ CACHAPUZ, Rozane da Rosa; MASSALI, Wilson Euclides Guazzi. Arbitragem: uma saída liberal à crise do Judiciário cit., p. 167-168.

²⁹⁶ “Não se tem dúvida de que é a jurisdição estatal a mais utilizada forma de solução de conflitos, o que, não obstante, revelou-se uma das maiores chagas do direito brasileiro, notadamente em razão de nossa cultura de acentuada litigância. Um Judiciário abarrotado de incontáveis processos se afigura ineficiente, moroso e, nessa medida, incapaz de realizar a efetiva justiça” (FREITAS, Danielli Xavier. Da solução de conflitos da administração pública por meio da arbitragem cit.).

é estanque, sendo quase impossível que as relações humanas sejam sempre resolvidas de maneira consensual.

Muito pelo contrário, na maioria das vezes, e por mais afinidade e afeto que existam nas relações interpessoais, algum dissenso, algum conflito, mostrar-se-á presente.²⁹⁷ Nesse ponto, portanto, reside a importância de compreender os motivos que geraram o conflito e de tentar desenvolver soluções, se possível autocompositivas, para acabar com o confronto e a violência que dele podem suceder.

Conforme aventado, nem todas as controvérsias encontram sua melhor solução nos meios consensuais de solução de conflitos. Adotando esse posicionamento acertado, Ada Pellegrini Grinover ensina que, quando se trata de conflitos complexos, cujo tratamento dependa de perícia ou do exame aprofundado de matéria de direito, por exemplo, os meios consensuais podem não representar uma boa opção em substituição ao processo estatal.²⁹⁸

De acordo com a autora, ainda, para que a utilização desses mecanismos consensuais seja adequada, é essencial que exista equilíbrio entre os envolvidos (considerando que o terceiro facilitador terá mais dificuldades que o juiz para superar diferenças econômicas, sociais, psicológicas), de modo a viabilizar uma verdadeira composição.²⁹⁹

Nesse ponto, a crise enfrentada pelo Judiciário não pode jamais servir de alicerce para a difusão dos meios alternativos. De acordo com Petrônio Calmon, o fato de um mecanismo não apresentar resultados satisfatórios não significa que outro funcionará melhor.³⁰⁰ Também o mencionado professor da Universidade de Yale, Owen Fiss, em seu artigo intitulado “Contra o acordo”, sustentou que, apesar de chegarem a um acordo amigavelmente, muitas vezes não se faz justiça, especialmente em casos de desequilíbrio econômico e social entre as partes.³⁰¹

²⁹⁷ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008. p. 19.

²⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC cit., p. 3.

²⁹⁹ Idem, p. 5.

³⁰⁰ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e conciliação* cit., p. 42-43.

³⁰¹ FISS, Owen. *Against settlement* cit., p. 123-125.

Apesar de todas essas considerações, constata-se que o uso dos meios consensuais de solução de conflitos vem crescendo em sistemas de justiça de todo o mundo, e essa possibilidade de se chegar à justiça por outros caminhos não é novidade.

O Código de Processo Civil de 1973 já previa em seu artigo 125, inciso IV,³⁰² o dever do juiz de *tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes*. Também o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) dispõe sobre o assunto, ao prever em seu artigo 3.º, § 2.º, que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Ainda no mesmo artigo, § 3.º, dispõe que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Corroborando esse pensamento de estímulo aos meios consensuais, os artigos 139, V,³⁰³ 334³⁰⁴ e parágrafos, e 359³⁰⁵ do referido diploma dispõem no mesmo sentido, demonstrando a preocupação do legislador para fazer com que o juiz seja forçado a implementá-los a todo momento.

Diante disso, Ada Pellegrini Grinover ressalta a existência do que ela denomina de *minissistema brasileiro de métodos consensuais de solução judicial de conflitos*, acrescentando ao novo CPC a Resolução n. 125/2010 do CNJ e a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015), naquilo em que não conflitarem.³⁰⁶

Lília Maia de Moraes Sales cita um Projeto transdisciplinar da Unesco, o qual determinava a Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz, enfatizando a necessidade do compromisso com a solução pacífica de conflitos, entendimento mútuo, possibilidade de as pessoas desenvolverem aptidões para o diálogo, negociação e consenso, e que apoiava medidas para incentivar a compreensão, a tolerância e a solidariedade.³⁰⁷

³⁰² Inciso acrescido pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994.

³⁰³ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.”

³⁰⁴ “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.”

³⁰⁵ “Art. 359. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.”

³⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC cit., p. 1-2.

³⁰⁷ SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos e a pacificação social. In: _____ (Org.). *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Fortaleza: ABC Editora, 2003. p. 135.

Kazuo Watanabe faz referência a uma memorável decisão por unanimidade entre as Diretorias da Federação das Indústrias de São Paulo (Fiesp) e do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (Ciesp), reunindo cerca de 130 sindicatos patronais e mais de nove mil empresas industriais, respectivamente, que, inspirados no modelo do International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR Institute), lançaram o *Pacto de Mediação*, comprometendo-se a privilegiar a negociação, a mediação e a conciliação na resolução de suas controvérsias.³⁰⁸

Esse Pacto representou um esforço importante no sentido de mudança de mentalidade do empresariado brasileiro, o que contribuiu para a transformação cultural do País, pois, de acordo com o texto do Pacto há o reconhecimento de que:³⁰⁹

(i) a resolução de disputas por mecanismos consensuais é uma prioridade de nossa empresa a curto e longo prazo;

(ii) se comparados com a prática contenciosa, tais mecanismos oferecem vantagens, entre as quais se destacam a economia de dinheiro e tempo, a diminuição de dedicação de funcionários às atividades contenciosas, a redução de danos a relacionamentos importantes para os negócios e a minimização quanto às incertezas dos resultados;

(iii) a adoção organizada e sistemática de melhores práticas e métodos adequados para o gerenciamento e resolução de disputas, com a participação e o engajamento de escritórios de advocacia devidamente preparados, é a melhor maneira de atender aos nossos interesses e aos daqueles com quem nos relacionamos, nacional e globalmente;

(iv) a constante inovação e o aprimoramento desses mecanismos constituem aspirações de nossa sociedade;

(v) métodos consensuais são formas de engajamento da sociedade civil na resolução de suas próprias disputas e representam a quebra de paradigma da dependência do Estado para a pacificação social; o uso desses métodos deve nortear a conduta de todo cidadão, motivo pelo qual deve ser ensinada e praticada nas escolas e universidades.

Outro exemplo de incentivo à utilização de meios alternativos é citado por Maurício Morais Tonin: o Compromisso Público TJSP n. 01/2015, firmado entre a Prefeitura do Município de São Paulo e o Tribunal de Justiça de São Paulo, no contexto do “Programa Município Amigo da Justiça”, visando a redução da quantidade de ações

³⁰⁸ Para a aprovação do Pacto, tiveram papel decisivo: Paulo Skaf (presidente da Fiesp e do Ciesp), Ministro Sydney Sanches e Ministra Ellen Gracie Northfleet (respectivamente presidente e vice-presidente da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp). A elaboração do texto esteve a cargo da comissão composta por Diego Faleck, Daniela Gabbay, Fernanda Levy, Fernanda Tartuce, Marco Lorencini e Kazuo Watanabe (WATANABE, Kazuo. *Mediação como política pública social e judiciária. Revista do Advogado*, São Paulo, n. 123, p. 38, ago. 2014).

³⁰⁹ Idem, p. 38-39.

judiciais em que o Município figure como autor ou réu, mediante a adoção de mecanismos alternativos e de medidas destinadas a viabilizá-los.³¹⁰

Em 2018, o prefeito Bruno Covas renovou o compromisso com o “Programa Município Amigo da Justiça” e afirmou:³¹¹

Essa medida é importante para o Tribunal de Justiça, para a Prefeitura, mas principalmente para toda a população, não apenas para os que aderem a solução na área de mediação de conflito, mas para toda a população, que irá ter uma prestação jurisdicional mais rápida pela resolução de tantos processos que podem ser resolvidos com acordos. Estamos somando esforços e revendo procedimentos para podermos ter uma prestação de serviço mais rápida.

Também o presidente do TJSP, o Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, elogiou a parceria com a Prefeitura, que conseguiu alcançar o percentual de 95% de acordos nas tentativas de conciliação do Cejusp/PMSP, considerado o melhor índice de todos os centros de mediação de conflitos do Estado de São Paulo.³¹²

Além de vários outros compromissos, compete ao TJSP promover, periodicamente, em conjunto com o Município, mutirões de conciliação e mediação nos casos de interesse do Poder Público Municipal, selecionados e relacionados a tema específico; já ao Município cabe manter e ampliar os meios alternativos de cobrança e convocação administrativa, conciliação e mediação, parcelamento e protesto extrajudicial de Certidão de Dívida Ativa.³¹³

Partindo dessas mesmas premissas, o Ministério da Justiça lançou a Estratégia Nacional de Não Judicialização (Enajud), reunindo instituições dos setores público e

³¹⁰ TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 62.

³¹¹ Prefeitura renova compromisso com Programa “Município Amigo da Justiça”. *Site* da Prefeitura de São Paulo (1.º.08.2018). Disponível em: <<http://www.capital.sp.gov.br/noticia/prefeitura-renova-compromisso-com-programa-201cmunicipio-amigo-da-justica201d>>. Acesso em: 2 dez. 2018.

³¹² *Idem*.

³¹³ “Entre outros compromissos do Município, podemos citar: estipular, em pelo menos 10% (dez por cento), nos próximos 12 (doze) meses, a meta de redução do número total de execuções fiscais atualmente em andamento na Vara das Execuções Fiscais Municipais; não proceder o ajuizamento de cobranças antieconômicas e continuar evitando a cobrança judicial das multas de trânsito, dando total prioridade à cobrança extrajudicial; esclarecer dúvidas e facilitar o acesso a informações por diversos meios; buscar parcerias com o TJSP, com vistas a promover a solução pacífica de demandas por meio da conciliação e mediação de conflitos” (*Idem*, p. 62).

privado no intuito de evitar que conflitos que podem ser resolvidos por mecanismos alternativos (negociação, conciliação, mediação) cheguem ao Judiciário.³¹⁴

A implementação dessas políticas de incentivo e de projetos sociais sérios, públicos ou privados, compromissados com a inclusão e solidariedade sociais, por meio do estímulo ao uso desses meios alternativos de solução de controvérsias, representam um instrumento democrático de responsabilidade social dos indivíduos e de comprometimento com a paz social,³¹⁵ razão pela qual a seguir serão especificados alguns deles.

2.2.1 Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n. 125, que estabeleceu a “Política Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”, cujo objetivo era assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.³¹⁶ Diante disso, cabe ao Judiciário organizar não apenas os serviços processuais, como também os serviços de solução de conflitos pelos meios alternativos e aqueles que atendam aos cidadãos de modo mais abrangente (orientação jurídica, assistência social, obtenção de documentos essenciais ao exercício da cidadania).³¹⁷

Para melhor explicar a importância dessa Resolução, que representou verdadeiro marco no âmbito do sistema multiportas, Kazuo Watanabe enumera como pilares dessa Resolução:³¹⁸

³¹⁴ “A Enajud integra o Ministério da Justiça (por meio da Secretaria de Reforma do Judiciário), a Advocacia-Geral da União e o Ministério da Previdência Social. Conta também com a colaboração do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e de instituições do Sistema de Justiça e instituições privadas” (TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 62-63).

³¹⁵ SALES, Lília Maia de Morais. *A mediação de conflitos e a pacificação social* cit., p. 137.

³¹⁶ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 12 nov. 2018. Art. 1.º da Resolução n. 125 do CNJ. “Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.”

³¹⁷ TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 63.

³¹⁸ WATANABE, Kazuo. *Mediação como política pública social e judiciária* cit., p. 37.

a) mudança do paradigma de serviços judiciários, fazendo-os abrangentes também dos mecanismos de solução consensual de conflitos de interesses;

b) assegurar serviços de qualidade, exigindo que os mediadores e conciliadores sejam devidamente capacitados e treinados;

c) centralização dos serviços de conciliação, mediação e orientação, com organização de Centro de Resolução de Conflitos e de Cidadania (Cejusc), assegurando-se o aperfeiçoamento permanente das práticas e seu controle e avaliação mediante a organização de banco de dados e cadastro de mediadores e conciliadores.

Uma das responsáveis pela elaboração da minuta da Resolução, Valeria Ferioli Lagrasta Luchiari, sustenta que entre os objetivos da Resolução podem-se citar: a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, no âmbito do Poder Judiciário e sob a fiscalização deste; tornar efetivo o acesso à justiça qualificado, com prestação de serviços de informação e orientação aos jurisdicionados para possibilitar o pleno exercício da cidadania; mudar a mentalidade dos operadores do direito e da comunidade com relação aos meios consensuais; e assegurar a qualidade do serviço prestado por conciliadores e mediadores, o que envolve sua capacitação, treinamento e constante aperfeiçoamento.³¹⁹

A Resolução, ainda, prevê a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.³²⁰ Os Núcleos Permanentes são formados por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, sendo responsáveis pela implementação, manutenção e aperfeiçoamento de ações voltadas ao cumprimento da política pública e suas metas. Cabe aos Núcleos, ainda, a instalação e fiscalização dos Centros Judiciários.³²¹

O Relatório Justiça em Números do CNJ de 2015 ressalta a importância dessas medidas diante do crescente número de processos na justiça.³²² De acordo com o Relatório,

³¹⁹ LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. Formação de mediadores e conciliadores – Resolução n. 125 do CNJ e a proposta da Enam. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 123, p. 48, ago. 2014.

³²⁰ Sobre os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos, vide item 2.2.2.

³²¹ “Para tanto, deverá promover capacitação, treinamento e atualização permanentes de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores em métodos consensuais de solução de conflitos, com a realização de cursos e seminários, criar e manter cadastro de conciliadores e mediadores que atuem em seus serviços, regulamentando o processo de inscrição e de desligamento, além de regulamentar a remuneração de conciliadores e mediadores, nos termos da legislação específica” (TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem cit.*, p. 64-65).

³²² “O aumento contínuo de casos novos é um desafio que deve buscar soluções alternativas, tais como os empreendimentos de conciliação e mediação. A Resolução CNJ 125/2010, que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário,

a criação desses Núcleos e dos Centros constitui uma alternativa capaz de solucionar conflitos antes mesmo da instauração do processo, além de ser uma política alinhada com o que estabelece o Novo Código de Processo Civil.³²³

Analisando também o relatório anual de 2016 do CNJ, foram introduzidas inovações, e uma delas é o índice de homologação de acordos, que busca revelar o alcance das políticas de estímulo à conciliação e mediação no Brasil, uma das mais antigas linhas de atuação do CNJ desde a sua instauração. Ademais, esse índice de conciliação servirá como referência inicial apta a avaliar o impacto das recentes alterações advindas do Novo Código de Processo Civil, o que confere ainda mais importância ao relatório dentro do novo contexto legal.³²⁴

Nesse sentido, os presidentes ou representantes dos tribunais do País, durante o 9.º Encontro Nacional do Poder Judiciário, aprovaram oito Metas Nacionais para o Judiciário brasileiro alcançar em 2016, quais sejam: (i) a produtividade; (ii) a celeridade na prestação jurisdicional; (iii) o aumento dos casos solucionados por conciliação; (iv) a priorização no julgamento das causas relacionadas à improbidade administrativa e aos crimes contra a administração pública; (v) o impulso aos processos na fase de cumprimento de sentença e execução não fiscal e de execução fiscal; (vi) as ações coletivas; (vii) o julgamento de processos dos maiores litigantes e dos recursos repetitivos; e (viii) a implementação de práticas de justiça restaurativa.³²⁵

Outra inovação foi um projeto denominado “Ouvidorias de Justiça: potencializadores da mediação e da conciliação”, que considera tais Ouvidorias canais de interlocução com a sociedade que representam espaços de efetiva construção da cidadania. Assim, como ambientes de diálogo direto e personalizado com os demandantes, estimulam

representa iniciativa em busca de uma justiça com o protagonismo das partes, constituindo uma política de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos” (Relatório CNJ 2015, p. 484).

³²³ “Os 58 Núcleos e os 362 Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania em atividade nos tribunais brasileiros já evidenciam o poder da conciliação e da mediação como mecanismos profícuos de autocomposição dos conflitos e de pacificação social” (TONIN, Maurício Moraes. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 65).

³²⁴ Cf. Justiça em Números, relatório de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/relatorios-publicacoes#Justia-em-Numeros>>. Acesso em: 1.º nov. 2018, p. 37.

³²⁵ Cf. Idem, p. 60.

o uso dos meios consensuais de solução de litígios e a disseminação da cultura da solução pacífica dos conflitos.³²⁶

O CNJ também inovou ao editar a Emenda n. 2 à Resolução n. 125/2010, cujo objetivo foi adequar o Judiciário às novas leis que consolidam o tema no País: a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) e o Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015). Tal Emenda estabelece a criação do Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, visando apoiar tribunais que não tenham desenvolvido o cadastro estadual. O diferencial reside na possibilidade de as partes (com seus advogados) escolherem mediadores com base no histórico de casos do mediador, bem como no seu patamar de remuneração.³²⁷ A mesma Emenda criou o “Sistema de Mediação Digital para resolução pré-processual de conflitos”. O sistema permite acordos, elaborados de forma virtual, de partes do processo que estejam distantes fisicamente, por exemplo, entre consumidores e empresas.³²⁸

O verdadeiro objetivo dessa Resolução instituída pelo CNJ³²⁹ é promover efetiva, adequada e tempestiva tutela dos direitos, o que tem como consequência o alcance da paz social e a obtenção de um efetivo acesso à ordem jurídica justa, cujo reflexo

³²⁶ O projeto propõe aproveitar esse canal de comunicação, estabelecido com quem apresenta demandas às Ouvidorias Judiciais, para estimular e promover a resolução consensual de conflitos. O projeto obteve, até o momento, a adesão de 18 Ouvidorias dos Tribunais de Justiça, dos Estados do Amapá, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Goiás, Espírito Santo, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Pará, Piauí, Paraná, Rio Grande do Sul, Roraima, Santa Catarina, Sergipe e Tocantins. Cf. Justiça em Números, relatório de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/relatorios-publicacoes#Justia-em-Numeros>>. Acesso em: 1.º nov. 2018, p. 97.

³²⁷ O banco de dados do cadastro terá contatos e informações sobre desempenho dos mediadores que atenderem os padrões definidos pelo CNJ, e o valor médio das mediações. O Cadastro estará disponível para Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc), Câmaras Privadas de Mediação, mediadores e conciliadores. Juízes e partes poderão selecionar mediadores com base no desempenho e no custo. Cf. Justiça em Números, relatório de 2015. Disponível em: <<<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/relatorios-publicacoes#Justia-em-Numeros>>. Acesso em: 1.º nov. 2018, p. 98.

³²⁸ Cf. Justiça em Números, relatório de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/relatorios-publicacoes#Justia-em-Numeros>>. Acesso em: 1.º nov. 2018, p. 98.

³²⁹ “O objetivo da resolução não é o de resolver a crise de desempenho da justiça, de reduzir o monumental acervo de processos do Judiciário pátrio, de mais de 92 milhões, e sim o de dar tratamento adequado aos conflitos de interesses. Certamente, com a utilização mais intensa dos mecanismos consensuais, muitos processos serão solucionados com maior brevidade, mas esse resultado é uma decorrência direta da correta política pública de tratamento dos conflitos de interesses, e não seu objetivo imediato” (WATANABE, Kazuo. Mediação como política pública social e judiciária cit., p. 37).

(objetivo secundário, mas não menos importante) é a contribuição para amenizar a crise que enfrenta o Poder Judiciário.³³⁰⁻³³¹

Portanto, após a efetiva e correta implementação da Resolução em questão, ter-se-á a atualização do conceito de acesso à justiça, deixando de representar o mero acesso aos órgãos judiciários para significar acesso à ordem jurídica justa. Não será mais apropriado referir-se à mediação e conciliação como mecanismos “alternativos”, devendo ser consideradas “meios adequados” de resolução de controvérsias.³³²

2.2.2 Centros judiciários de Solução Consensual de Conflitos (Cejuscs)

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos são unidades ou “células” onde se dará o efetivo funcionamento da Política Judiciária Nacional. Tais unidades nasceram com a nomenclatura de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, sendo modificada no Novo Código de Processo Civil e, mais recentemente, na Lei de Mediação, mantendo-se, entretanto, tanto a sua estrutura como seu funcionamento, conforme previstos na Resolução n. 125 do CNJ.³³³

O artigo 8.º da referida Resolução estabelece:

Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente,³³⁴ responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de

³³⁰ TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 63-64.

³³¹ O autor afirma que, considerando a realidade brasileira de total ausência de planejamento e coordenação, tanto em relação à atividade jurisdicional quanto em relação aos demais meios de solução de conflitos, é que se propõe a formulação de uma política nacional de incentivo aos mecanismos para a obtenção da autocomposição. Reconhece, ainda, a importância da Resolução, mas ressalta sua limitação, pois trata apenas do papel do Judiciário. Para ele, a iniciativa deveria partir do Poder Executivo, a quem cabe planejar os rumos do País e pôr o tema na pauta política (CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e conciliação* cit., p. 198 e 206).

³³² WATANABE, Kazuo. *Mediação como política pública social e judiciária* cit., p. 37.

³³³ LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. *Os centros judiciários de solução consensual de conflitos (CEJUSCS) e seu caráter de tribunal multiportas* cit., p. 95.

³³⁴ “Importante salientar que o uso da palavra “preferencialmente” se explica pelo fato de a maioria dos Tribunais já contar com alguma estrutura, ao menos de conciliação (exemplo: unidade do Juizado Especial Cível). O objetivo da Resolução era realizar todas as sessões de conciliação e mediação nos CEJUSCs, mas, diante das estruturas já existentes, optou-se por permitir que as sessões possam ser realizadas em outras unidades do Poder Judiciário, exigindo-se apenas que o sejam por mediadores e conciliadores capacitados, selecionados e cadastrados junto ao respectivo Tribunal” (Idem, p. 96).

conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

No mesmo sentido, a disciplina do artigo 165 do Novo Código de Processo Civil:

Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Além da Resolução n. 125/2010 do CNJ e do Novo CPC, a Lei Federal n. 13.140/2015 também previu os Cejuscs em seus artigos 24³³⁵ a 29, em redação quase idêntica à do Código de Processo Civil, acrescentando que as sessões e as audiências de conciliação e mediação poderão ser pré-processuais e processuais.

Assim, quando se pensa na criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos, dois parâmetros vêm à mente: gerenciamento do processo e os Setores de Conciliação e Mediação do TJSP; e o Fórum de Múltiplas Portas (*Multidoor Courthouse*) do direito norte-americano. Com relação ao primeiro parâmetro, cita-se o bem-sucedido exemplo de Patrocínio Paulista e Serra Negra (gerenciamento de casos com estímulo à solução consensual). No tocante ao segundo, o *ADR Movement* (Movimento dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos) resultou na criação do tribunal multiportas.³³⁶

Em meados de 2003, o Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (Cebepej) elaborou um projeto e criou um modelo de gerenciamento do processo, acompanhando a conformação do Estado Democrático de Direito (que exige que o juiz não seja um mero repetidor da lei, mas um agente de transformação da sociedade, conduzindo

³³⁵ Art. 24 da Lei n. 13.140/2015. “Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.”

³³⁶ “Diferentemente do processo judicial (sistema de uma única porta), o Tribunal Multiportas constitui uma forma de organização judiciária na qual o Poder Judiciário funciona como um centro de resolução de disputas, com vários e diversos procedimentos, cada qual com suas vantagens e desvantagens, que devem ser levadas em consideração, no momento da escolha, em função das características específicas de cada conflito e das pessoas nele envolvidas. O Tribunal Multiportas apresenta como diferencial a triagem pela qual as partes necessariamente devem passar antes de iniciarem qualquer um dos procedimentos colocados à sua disposição pelo Tribunal” (TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem cit.*, p. 66).

o processo de forma mais ativa), cujo objetivo era divulgar os métodos consensuais de solução de conflitos e mudar a mentalidade dos operadores do direito.³³⁷

Após sua implantação experimental nas Comarcas de Serra Negra e Patrocínio Paulista, com a apresentação de dados estatísticos,³³⁸ o “Projeto de Gerenciamento de Casos” foi aprovado pelo TJSP, que estendeu a utilização da mediação e da conciliação às demais unidades judiciárias do Estado de São Paulo, a fim de que conseguissem solucionar com mais eficácia social e temporal os feitos em trâmite, autorizando a implantação dos Setores de Conciliação e Mediação³³⁹ em todas as Comarcas do Estado.³⁴⁰

Enfim, nessas Comarcas verificou-se que a combinação entre a atuação mais ativa do juiz no processo e o incentivo à utilização dos meios consensuais e sua estruturação (com a criação dos Setores de Conciliação e Mediação) viabiliza a redução do número de processos distribuídos, do seu prazo de duração, do número de execuções e recursos propostos e da pauta de audiências, o que se traduz na eficiência da prestação jurisdicional e consequente pacificação social (acesso à ordem jurídica justa).³⁴¹

2.2.3 *Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF)*

Atualmente, percebe-se um movimento no sentido da conciliação. E nessa campanha os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário têm prestado sua colaboração: no âmbito do Poder Judiciário, por meio da citada Resolução n. 125 do CNJ, que instituiu a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos”; no âmbito do Poder Legislativo, representada pela Lei de Mediação, que significou verdadeiro marco

³³⁷ LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. Os centros judiciários de solução consensual de conflitos (CEJUSCS) e seu caráter de tribunal multiportas cit., p. 96.

³³⁸ “Nessas Comarcas os resultados foram significativos: constatou-se a redução do número de processos distribuídos (em média de 34%); do tempo de duração do processo (com a redução da pauta de audiências para 30 dias); obtenção de elevado índice de acordos (nas conciliações realizadas na área cível na fase processual 32% e nas mediações realizadas na área de família 55,52%; e na fase pré-processual 81,92%” (Idem, p. 100).

³³⁹ “O que se verificou, considerando essa experiência, é que esse Setor de Conciliação e Mediação possui grande importância no gerenciamento do processo, pois auxilia o juiz, na medida em que, recebendo um caso previamente estudado e no qual há possibilidade de composição, através de mediadores e conciliadores capacitados, conduz às partes à resolução do conflito” (Idem, p. 96).

³⁴⁰ Idem, ibidem.

³⁴¹ Idem, p. 99.

regulatório da mediação; e pelo Novo Código de Processo Civil, o qual trouxe diversos artigos que representam grande avanço no tema da conciliação.

No tocante ao Poder Executivo (mais especificamente com relação à Administração Pública Federal), apesar de a União e seus órgãos da Administração Direta e Indireta serem considerados grandes litigantes, tanto no âmbito judicial como extrajudicialmente, estão sendo incentivadas medidas de redução da litigiosidade e o aumento da prática conciliatória, principalmente na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), órgão que pertence à Advocacia-Geral da União.³⁴²

A CCAF é um órgão da Consultoria-Geral da União (órgão de direção superior da Advocacia-Geral da União), criado pelo Ato Regimental n. 05/2007, que estabelece em seu artigo 17:

Compete à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF: I – identificar as controvérsias jurídicas entre órgãos e entidades da Administração Federal, bem como entre esses e os Estados ou Distrito Federal, e promover a conciliação entre eles; II – manifestar-se quanto ao cabimento e à possibilidade de conciliação; III – sugerir ao Consultor-Geral da União, se for o caso, a arbitragem das controvérsias não solucionadas por conciliação; IV – supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito de outros órgãos da Advocacia-Geral da União.

Sua forma de atuação é regulamentada pelo Decreto n. 7.392/2010 e pela Portaria AGU n. 1.281/2007, que “dispõe sobre o deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União”.³⁴³ Ainda, em seu artigo 9.º, essa Portaria dispõe: “O conciliador e os representantes dos órgãos e entidades em conflito deverão, utilizando-se dos meios legais e observados os princípios da Administração Pública, envidar esforços para que a conciliação se realize”.

³⁴² TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 67.

³⁴³ “A Advocacia-Geral da União (AGU) é uma instituição criada pela CF/88 e, como função essencial à justiça, é uma das grandes responsáveis pela viabilização de políticas públicas e garantidora do Estado Democrático de Direito. Uma de suas atribuições é a representação judicial e extrajudicial da União e as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. O dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei Complementar n. 73/93 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União)” (COSTA, Helena Dias Leão. Os meios alternativos na solução de conflitos e a experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF. In: GABBAY, D. M; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 605).

Considerando a importância desse órgão, vale ressaltar alguns casos solucionados no âmbito da CCAF. O primeiro conflito resolvido pela CCAF resultou em um acordo entre o Estado de Alagoas e a Caixa Econômica Federal (CEF), permitindo o repasse de recursos públicos à Secretaria de Estado de Agricultura. Outro exemplo interessante foi a conciliação que permitiu a continuidade das obras do Programa de Aceleração do Crescimento na BR 319, que liga Manaus (AM) a Porto Velho (RO), as quais foram paralisadas em virtude de um impasse entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte (DNIT) e o Ibama. A CCAF mediou as negociações e o DNIT passou a seguir as obrigações ambientais fixadas pelo Ibama durante a execução das obras.³⁴⁴

Outra conciliação de destaque ocorreu entre o Ministério Público Federal (MPF) e a União, em razão de controvérsia acerca da construção pelo Comando do Exército de uma estrada no Parque Nacional do Pico da Neblina, que passaria pelas terras indígenas Yanomami e ligaria a BR 307 ao 5.º Pelotão Especial de Fronteira do Exército. Já havia decisão da Justiça determinando a suspensão da obra. Levado para o âmbito da CCAF, houve conciliação que resultou na assinatura de acordo de cooperação para adoção de medidas ambientais compensatórias da parte já construída. Posteriormente, o Exército perdeu o interesse em continuar as obras.³⁴⁵

Houve também a conciliação feita pela CCAF entre a Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) e entidades da Administração Pública Federal Direta e Indireta relativamente a desacordos sobre cláusulas do contrato-padrão de prestação de serviços postais. Foi assinado Termo de Conciliação que prevê um novo modelo de contrato a ser adotado entre a ECT e a Administração Pública Federal.³⁴⁶

Apesar de serem várias as missões da AGU, nesse trabalho deu-se especial enfoque a uma das atribuições de relevância, qual seja a de resolver conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Federal,³⁴⁷ que está sendo desempenhado pela CCAF.

³⁴⁴ TOFFOLI, José Antônio Dias. Movimento conciliatório e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF): breves considerações cit.

³⁴⁵ Idem, *ibidem*.

³⁴⁶ Idem.

³⁴⁷ “E são muitos os conflitos dentro da Administração Direta e desta com a Administração Indireta. Os conflitos se avolumam na medida em que cresce a complexidade do Estado, suas competências, atribuições e campo de atuação” (COSTA, Helena Dias Leão. Os meios alternativos na solução de conflitos e a experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF cit., p. 607).

Como se pode perceber, a CCAF tem se consolidado como uma instância administrativa de solução de conflitos entre entes públicos, sem a necessidade de judicialização, obtendo, em alguns casos, até mesmo a extinção de ações anteriormente ajuizadas.³⁴⁸

Sobre tais Câmaras e sua atuação, Dias Toffoli explica que, entre os anos de 2007 e 2009 foi realizado um levantamento da Advocacia-Geral da União que identificou 400 processos em tramitação no STJ envolvendo disputas entre órgãos federais, o que representa grande desperdício de tempo e dinheiro público. Na época, essa realidade mudou com a instalação de 200 Câmaras de Conciliação no âmbito da AGU, que ficaram incumbidas de resolver administrativamente os litígios internos entre a União, as autarquias e fundações. O resultado foi que, além de desafogar o Judiciário, geraram uma economia de quase R\$ 2 bilhões (ao evitar gastos com a tramitação de processos em juízo e otimizar o tempo tanto dos advogados da União quanto dos procuradores federais), além de ter assegurado maior celeridade na concretização de políticas públicas, muitas vezes paralisadas por causa de divergências em âmbito administrativo.³⁴⁹

Admite-se que os envolvidos na conciliação fazem uma releitura das normas e princípios que eventualmente se chocam, o que estimula a criatividade e a construção de um novo direito aplicado com singularidade ao caso específico. Com relação ao tema, Helena Dias Leão Costa conclui que muitas são as vantagens desse ambiente de resolução de conflitos, entre as quais destacam-se: rápida solução do conflito, especialmente quando comparado ao tempo de ações judiciais; redução dos gastos suportados pelas partes; e redução do número de conflitos levados ao Judiciário, que assim ganha condições de julgar mais rapidamente os conflitos que nele permanecem.³⁵⁰

Portanto, é inegável que a instituição da CCAF representa um verdadeiro avanço na busca de superação da cultura do litígio no País. Em verdade, devem-se evitar, ao máximo, as demandas judiciais, viabilizando-se políticas públicas dentro dos parâmetros da legalidade. E a instituição da CCAF simboliza essa mudança de postura não apenas dos

³⁴⁸ TOFFOLI, José Antônio Dias. Movimento conciliatório e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF): breves considerações cit.

³⁴⁹ Idem, *ibidem*.

³⁵⁰ COSTA, Helena Dias Leão. Os meios alternativos na solução de conflitos e a experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF cit., p. 612.

órgãos que representam a União em juízo, mas de toda a Administração Pública Federal, servindo também de exemplo a todos os entes federativos.³⁵¹

2.2.4 Câmaras especializadas

A Lei Federal n. 13.140/2015 representa um marco muito importante na história dos meios consensuais, pois regulamenta a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Além disso, alterou os artigos 1.^o³⁵² e 2.^o³⁵³ da Lei Federal n. 9.469/1997 e, com isso, facultou a criação de *câmaras especializadas*, compostas por servidores públicos ou empregados efetivos das administrações federais direta e indireta, com o objetivo de analisar e formular propostas de acordos ou transações para prevenir ou encerrar litígios, inclusive os judiciais.

Nesse momento, cabe uma breve explicação acerca da competência para transacionar. Como já discutido anteriormente, a transação é um contrato e, por isso, para que seja válido deve ser celebrada por pessoas capazes (artigo 104, I Código Civil). Ao desempenharem o poder, os governantes exercitam competências, não direitos subjetivos. Assim, o juiz, o legislador, o administrador não detém o *direito* de, julgar, legislar, administrar, mas, sim, *competência*³⁵⁴ para tanto.

No caso da Administração Pública, portanto, o representante poderá realizar o negócio desde que tenha competência, de acordo com o que estabelece a legislação. Nesse sentido, a Lei Federal n. 9.469/97, que regulamenta o artigo 4.^o, inciso VI³⁵⁵ da Lei

³⁵¹ TOFFOLI, José Antônio Dias. Movimento conciliatório e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF): breves considerações cit.

³⁵² Art. 1.^o da Lei n. 9.469/1997. “O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.

§ 1.^o Poderão ser criadas câmaras especializadas, compostas por servidores públicos ou empregados públicos efetivos, com o objetivo de analisar e formular propostas de acordos ou transações.”

³⁵³ Art. 2.^o da Lei n. 9.469/1997. “O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil e os dirigentes das empresas públicas federais mencionadas no *caput* do art. 1.^o poderão autorizar, diretamente ou mediante delegação, a realização de acordos para prevenir ou terminar, judicial ou extrajudicialmente, litígio que envolver valores inferiores aos fixados em regulamento.”

³⁵⁴ Art. 4.^o da Lei n. 73/1993. “São atribuições do Advogado-Geral da União: VI – desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente.”

³⁵⁵ “A competência é o poder conferido pelo ordenamento. Seu exercício só é lícito se realizado: a) pelo sujeito previsto; b) sobre o território sob sua jurisdição; c) em relação às matérias determinadas pela norma; d) no momento adequado; e) no caso de ocorrência de fatos indicados na norma; f) visando

Complementar n. 73/93, atribuiu ao Advogado-Geral da União poderes para realizar acordos ou transações em juízo.

Como a atribuição de competência administrativa é matéria reservada à lei, deve o administrador estar devidamente investido na função pública prevista em lei. Frise-se que a competência, apesar de inderrogável, pode ser delegada, bem como avocada pelo agente público superior.³⁵⁶⁻³⁵⁷

Ainda de acordo com o artigo 1.º, § 3.º, da Lei n. 9.469/1997:

Regulamento disporá sobre a forma de composição das câmaras de que trata o § 1.º, que deverão ter como integrante pelo menos um membro efetivo da Advocacia-Geral da União ou, no caso das empresas públicas, um assistente jurídico ou ocupante de função equivalente.

Portanto, se o objetivo dessas Câmaras é analisar e formular propostas de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais, é lícito às Câmaras obter a autocomposição pela negociação. Corroborando o argumento, a lei prevê (artigo 1.º, § 1.º, da Lei n. 9.469/1997) que as Câmaras serão compostas por servidores públicos ou empregados públicos efetivos das administrações federais direta e indireta, ou seja, pessoas vinculadas à própria Administração, e não um terceiro neutro e independente.³⁵⁸

Conclui-se que, por se tratar de um excelente mecanismo criado pelo legislador para estimular a solução consensual de conflitos, essas Câmaras especializadas devem ser utilizadas tanto pela Administração Pública quanto pelo particular que com ela litigia.³⁵⁹

atingir a finalidade que levou à concessão do poder” (TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem cit.*, p. 43).

³⁵⁶ Idem, p. 44.

³⁵⁷ “As características da competência são: a) de *exercício obrigatório* para os órgãos e agentes públicos; b) *irrenunciáveis*, sendo que seu titular não pode abrir mão delas enquanto as titularizar; c) *intransferíveis*, cabendo, tão somente nos casos previstos em lei, delegação de seu exercício, sem que o delegante perca, com isso, a possibilidade de retomar-lhes o exercício, retirando-o do delegado; d) *imodificáveis* pela vontade do próprio titular; e e) *imprescritíveis*, isto é, incorrendo hipóteses de sua utilização, não importa por quanto tempo, nem por isto deixarão de persistir existindo” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 140-150).

³⁵⁸ TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem cit.*, p. 69.

³⁵⁹ Idem, p. 127.

2.2.5 Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos

O capítulo II da Lei n. 13.140/2015 traz como título “Da Autocomposição de Conflitos em que for Parte Pessoa Jurídica de Direito Público”, e em seu artigo 32 e incisos prevê a possibilidade de criação pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios de Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da advocacia pública, onde houver, com competência para: I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Note-se que o campo de atuação dessas Câmaras é semelhante à da CCAF, mas agora com o devido respaldo legal.

Interessante observar que, apesar de esse artigo 32 denominar as Câmaras como *de prevenção e resolução administrativa de conflitos*, e não como *de mediação*, ele as insere no contexto de autocomposição de conflitos. Ressalta-se que, conforme a redação do artigo 1.º, a mesma Lei “dispõe sobre a *mediação* como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”. Também o artigo 33 estabelece que: enquanto não forem criadas as câmaras de *mediação*, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto nos artigos 14 a 21 da Lei.

À primeira vista, pode-se inferir dos textos que a intenção do legislador foi criar tais Câmaras como exclusivamente de mediação. Entretanto, por meio de interpretação extensiva, percebe-se que o legislador também admite a realização da conciliação e da negociação como forma de autocomposição por essas Câmaras.³⁶⁰

Para concordar com esse argumento, o artigo 174 do NCPC prevê: 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,

³⁶⁰ TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem cit.*, p. 70.

no âmbito da administração pública; III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Analisando a redação do artigo supracitado, percebe-se que as Câmaras de Mediação e Conciliação a que ele se refere são as mesmas previstas na Lei de Mediação. A diferença é que o Novo Código de Processo Civil preferiu utilizar o imperativo “criarão”, em vez da expressão “poderão criar”, e, por outro lado, a Lei n. 13.140/2015 previu que tais Câmaras serão criadas no âmbito dos órgãos da Advocacia Pública, enquanto o Novo Código de Processo Civil silenciou a respeito.³⁶¹

O que se propõe, finalmente, é que seja feita uma interpretação ordenada dos dispositivos do Novo Código de Processo Civil e da Lei n. 13.140/2015. Nesse sentido, o artigo 32, § 1.º, determina: “O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o *caput* será estabelecido em regulamento de cada ente federado”. Assim sendo, para que essa interpretação seja colocada em prática, basta que o regulamento preveja a possibilidade de autocomposição por mediação, conciliação ou negociação, para os casos que especificar.³⁶²

³⁶¹ TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem cit.*, p. 70.

³⁶² *Idem*, p. 70-71.

3 RELAÇÕES JURÍDICAS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O direito administrativo (encarado sob a perspectiva de ramo autônomo do direito público) tem suas origens no direito francês pós-revolucionário.³⁶³ Antes desse período, era possível identificar que a Administração Pública deveria se submeter a algumas regras que, entretanto, não indicavam sequer a existência de um direito administrativo nos moldes como conhecemos atualmente, em razão da enorme disparidade que separava o Estado do cidadão. Naquela época eram praticamente insignificantes os limites para o Estado, figurando este em posição hierarquicamente superior.

Com o advento da Revolução Francesa, altera-se substancialmente o conceito de Estado de Direito, sendo estabelecidos limites à atuação estatal. A partir desse momento, dá-se início ao direito administrativo,³⁶⁴ decorrente da necessidade de regulamentar as relações entre o Poder Público e os administrados.³⁶⁵ Considerando esse período histórico, Marcelo Harger comenta:³⁶⁶

Rousseau entende que a vontade popular legitima o poder de um governante, que nada mais é do que um mandatário dos interesses do povo. Por essa razão, o poder somente é legítimo quando for exercido em nome do povo. Montesquieu, por sua vez, criou a célebre teoria da tripartição dos poderes. Segundo o ilustre pensador francês todo homem que detém o poder tende a abusar dele. O poder vai até onde encontra limites. [...] A junção dos pensamentos dos dois filósofos dá origem aos elementos centrais de um Estado de Direito, que é aquele onde o governante se submete às leis e deve governar em benefício do povo.

³⁶³ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: JusPodium, 2017. p. 31.

³⁶⁴ “Direito administrativo é o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 48).

³⁶⁵ “Daí que era preciso aplicar um Direito ‘novo’, ainda não legislado (ou que mal iniciava a sê-lo). É que as normas do Direito até então existentes disciplinavam as relações entre particulares, inadaptadas, pois, para reger vínculos de outra índole, ou seja: os intercorrentes entre o Poder Público e os administrados, já agora submissos a uma ordem jurídica” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 39).

³⁶⁶ HARGER, Marcelo. O direito administrativo e o regime jurídico administrativo. In: _____ (Coord.). *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 1.

Posteriormente, uma nova linha de pensamento surgida com León Duguit³⁶⁷ rejeitava essa perspectiva autoritária e de superioridade do Estado. Em posição totalmente oposta, defendia a ideia de que o

[...] Direito Administrativo e seus institutos organizam-se em torno do dever de servir à coletividade, do encargo de atender a necessidades gerais, sendo elas – e só elas – as justificativas para o exercício da autoridade.³⁶⁸

Pelo fato de o direito administrativo ter surgido como um ramo excepcional (que se diferenciava do direito comum), restou até os dias atuais uma errônea impressão de ser este um direito concebido em favor da Administração, com o intuito de subjugar os administrados. Tal concepção mostra-se equivocada, na medida em que o direito administrativo deve ser encarado “como um conjunto de deveres da Administração em face dos administrados”.³⁶⁹

Até hoje, as formulações doutrinárias tendem a reforçar essa concepção autoritária do direito administrativo ao tratar dos “Poderes da Administração”, “poder hierárquico” ou “poder discricionário”. Entretanto, esse tipo de construção mostra-se indesejada, uma vez que a melhor compreensão é aquela que enxerga o direito como regulador do comportamento da Administração. Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello:³⁷⁰

Portanto, o Direito Administrativo não é um Direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É, pelo contrário, um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal. *Ele é, por excelência, o Direito defensivo do cidadão...*

Tal acepção atual se justifica inclusive constitucionalmente, pois a própria Constituição da República Federativa do Brasil não apenas disciplina e limita os poderes do Estado, mas tem como principal escopo reconhecer e assegurar os direitos conquistados

³⁶⁷ “Para Duguit e seus discípulos, a noção-chave, a ideia central do Direito Administrativo, verdadeiramente capaz de explicar as peculiaridades de seus institutos e justificar sua aplicação, seria a noção de ‘serviço público’, isto é, de serviços prestados à coletividade pelo Estado, por serem indispensáveis à coexistência social” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 45).

³⁶⁸ Idem, *ibidem*.

³⁶⁹ Idem, p. 44.

³⁷⁰ Idem, p. 47.

pelos cidadãos. Nesse sentido, em seu artigo 1.º, *caput*, preconiza valores pertencentes ao Estado Democrático de Direito, entre os quais: (i) soberania; (ii) cidadania; (iii) dignidade da pessoa humana; (iv) valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa; e (v) pluralismo político.

A promulgação do atual diploma constitucional significou a redemocratização do Estado, trazendo em sua essência os anseios dos variados segmentos do povo brasileiro e assumindo inúmeros compromissos voltados à transformação concreta da vida dos cidadãos. A Constituição atual acompanhou o fenômeno verificado mundialmente³⁷¹ e passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico pátrio, de forma que todos os demais atos normativos devem a ela se adequar.³⁷²

Analisando a história da humanidade, percebe-se que se trata, na realidade, da luta da sociedade contra aqueles que detinham o poder, sendo o direito público um ramo que estuda as garantias do indivíduo contra os que exercem o poder. Nesse sentido, as bases ideológicas do direito administrativo são o resultado das fontes que inspiraram o Estado de Direito.³⁷³

Após breve análise da origem histórica e evolução da Administração Pública, importa trazer neste capítulo questões relativas ao regime jurídico administrativo e suas

³⁷¹ As concepções de *Estado em rede* e de *Governança Pública* revelam-se adequadas para a contextualização da Administração Consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI. As formulações “sociedade em rede” e “Estado em rede” são de elaboração originária de Manuel Castells, e têm como cenário a Era da Informação, com surgimento a partir do fim dos anos 1960 e início da década de 1970 “na coincidência histórica de três processos independentes: revolução da tecnologia da informação; crise econômica do capitalismo e do estatismo e a conseqüente reestruturação de ambos; e apogeu de movimentos sociais culturais, tais como libertarismo, direitos humanos, feminismo e ambientalismo”. Segundo o autor, “A interação entre esses processos e as reações por eles desencadeadas fizeram surgir uma nova estrutura social dominante, a sociedade em rede; uma nova economia, a economia informacional/global; e uma nova cultura, a cultura da virtualidade real. A lógica inserida nessa economia, nessa sociedade e nessa cultura está subjacente à ação e às instituições sociais em um mundo interdependente” (Cf. CASTELLS, Manuel. *A era da informação: fim de milênio*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 3, p. 412); OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In: XVII ENCONTRO DO CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. Tema: Cidadania e efetividade dos direitos. *Anais...* Salvador, v. 104, p. 306, jan.-dez. 2009.

³⁷² LEAL JÚNIOR, João Carlos. *O direito à razoável duração do processo e os impactos econômicos da morosidade processual nos negócios empresariais* cit., p. 13-15.

³⁷³ “Dessarte, o Estado de Direito é exatamente um modelo de organização social que absorve para o mundo das normas, para o mundo jurídico, uma concepção política e a traduz em preceitos concebidos expressamente para a montagem de um esquema de controle do Poder. Ninguém ignora que o Estado de Direito é um gigantesco projeto político, juridicizado, de contenção do Poder e de proclamação da igualdade de todos os homens” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 49).

peculiaridades, uma vez que o direito administrativo se subordina a diversos princípios, sendo voltado às necessidades da coletividade.

3.1 Regime jurídico administrativo

O termo “regime jurídico” sugere uma quantidade de normas dentro do conjunto de normas que representam o ordenamento jurídico, isto é, pode ser considerado um subsistema normativo. Quando se trata do direito administrativo, a expressão regime jurídico administrativo³⁷⁴ significa o “conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa”.³⁷⁵

Assim, de acordo com Marcelo Harger:³⁷⁶

O regime jurídico administrativo é o conjunto de princípios e regras que regem a atividade administrativa delineando os contornos do Direito Administrativo e tornando-o um sistema coerente e lógico. Esses princípios estão previstos na Constituição Federal...

Também Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:³⁷⁷

O denominado “regime jurídico-administrativo” é um regime de direito público, aplicável aos órgãos e entidades que compõem a Administração Pública e à atuação dos agentes administrativos em geral. Baseia-se na ideia de existência de poderes especiais passíveis de serem exercidos pela Administração Pública, contrabalançados pela imposição de restrições especiais à atuação dessa mesma Administração [...]. Essas prerrogativas e limitações traduzem-se, respectivamente, nos princípios da *supremacia do interesse público* e da *indisponibilidade do interesse público*.

Pode-se afirmar, então, que o direito administrativo originou-se e desenvolveu-se a partir de duas noções opostas: de um lado, a tutela dos direitos dos indivíduos nas suas relações com o Estado; de outro lado, a satisfação dos interesses da coletividade. “Daí a

³⁷⁴ “O regime jurídico administrativo tem grande valor metodológico porque explica cada um dos institutos do Direito Administrativo e permite a compreensão da respectiva disciplina. Consiste em valioso material para conduzir a vida na Administração Pública e orientar os aplicadores do Direito” (MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 59).

³⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 64.

³⁷⁶ HARGER, Marcelo. O direito administrativo e o regime jurídico administrativo cit., p. 4.

³⁷⁷ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 7.

bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da administração; *restrições e prerrogativas*.³⁷⁸

Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro:³⁷⁹

Ao mesmo tempo em que as *prerrogativas* colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as *restrições* a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e conseqüente nulidade dos atos da Administração.

Para o reconhecimento do direito administrativo como disciplina autônoma, devem-se observar esses princípios, os quais não podem ser escolhidos aleatoriamente, jamais devem ser considerados isoladamente, devem atender aos seus objetivos e guardar uma relação de coerência e unidade entre si. Faz-se primordial, portanto, a fixação de um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe deem identidade, o que vai diferenciá-lo dos demais ramos do direito.³⁸⁰

Por isso, considerando as restrições e prerrogativas as quais se submetem a Administração Pública, o regime jurídico-administrativo, e sua relevância para os assuntos abordados nos tópicos seguintes, importa aprofundar o estudo dos princípios constitucionais da Administração Pública em razão da intensa relação que guardam entre si.

3.1.1 Princípios constitucionais da Administração Pública e a mediação

Os princípios representam a base do ordenamento, significando o início, o ponto de partida, ou seja, normas elementares que servem como alicerce de um sistema. Atualmente, em virtude do alto peso que representam no ordenamento jurídico, são reconhecidos como normas de eficácia suprema.³⁸¹

³⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 65.

³⁷⁹ Idem, p. 66.

³⁸⁰ MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo* cit., p. 59.

³⁸¹ “Os princípios são as ideias centrais de um sistema, estabelecendo suas diretrizes e conferindo a ele um sentido lógico, harmonioso e racional, o que possibilita uma adequada compreensão de sua estrutura. Os princípios determinam o alcance e sentido das regras de um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a interpretação e a própria produção normativa” (ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado* cit., p. 141).

Para Paulo de Barros Carvalho,³⁸² os princípios são normas jurídicas *de posição privilegiada* e portadores de *valor expressivo*, que aparecem como diretivas iluminadoras da compreensão de setores normativos, “imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas”.

Com relação aos princípios, João Carlos Leal Junior:³⁸³

O princípio jurídico não é concebível em estado de isolamento; sempre se apresenta relacionado com outros princípios e demais elementos, formando um todo aprioristicamente concatenado que tem por objetivo a manutenção de um *status* harmônico. Ademais, os princípios são encontráveis por toda a estrutura do ordenamento jurídico, havendo sede constitucional, legal e, até mesmo, infralegal.

Portanto, pelo fato de

[...] deterem amplitude maior, sendo, então, os pontos de apoio normativo para a eficiente aplicação do Direito, aos princípios jurídicos deve haver observância, já que sua infringência implica consequências mais graves ao sistema do que a desobediência de simples regra – quando de mesmo patamar.³⁸⁴

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, com relação aos princípios:³⁸⁵

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. [...] A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

Dessa forma, os princípios naturalmente exercem influência tanto sobre as construções normativas e posicionamentos executados pelos operadores do direito (juízes, membros do Ministério Público, advogados) quanto o próprio estudo e até mesmo a

³⁸² CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 191-195.

³⁸³ LEAL JÚNIOR, João Carlos. *O direito à razoável duração do processo e os impactos econômicos da morosidade processual nos negócios empresariais* cit., p. 24.

³⁸⁴ LEAL JÚNIOR, João Carlos; PRADO, Martha Asunción Enriquez. Da manutenção da atividade empresarial no ordenamento brasileiro. *Revista de Direito Privado*, v. 46, p. 347, abr. 2011. Disponível em: <<http://150.162.138.7/documents/download/1095?sessionid=13FAC5A5E43AE763F7F30F993567F0E3>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

³⁸⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 54.

construção de proposições dogmáticas para compreensão dos fenômenos e orientação das soluções pelos doutrinadores.³⁸⁶

Isso se mostra relevante porque os princípios fundamentais que orientam toda a atividade da Administração Pública encontram-se, explícita ou implicitamente, consagrados na Constituição Federal de 1988. Além disso, várias outras leis esparsas trazem princípios administrativos,³⁸⁷ e todos guardam obediência à Lei Maior.³⁸⁸

Dentre os princípios que disciplinam a atividade administrativa, merecem destaque aqueles expressamente dispostos no artigo 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ensina Marçal Justen Filho:³⁸⁹

A estruturação do regime de direito administrativo é produzida pela Constituição, a qual delinea os princípios fundamentais, indica as situações em que será indispensável a existência de regras e fornece as diretivas de desenvolvimento do sistema normativo. [...] Talvez se pudesse aludir a uma espécie de *código genético* do regime administrativo, o qual é imposto pela Constituição.

Sendo a Constituição Federal um diploma jurídico superior aos demais, os dispositivos consagrados em seu texto também possuem hierarquia superior. Assim, “conhecer o regime de direito administrativo significa, por isso, dominar as soluções consagradas constitucionalmente, de modo especial no tocante aos princípios...”.³⁹⁰ Segundo Alexandre de Moraes:³⁹¹

³⁸⁶ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 50.

³⁸⁷ “A Lei n.º 9.784, de 29-1-99 (Lei do Processo Administrativo Federal), no artigo 2.º, faz referência aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Além disso, outras leis esparsas fazem expressa referência a princípios específicos de determinados processos, tal como ocorre com a Lei 8.666, de 21-6-93, sobre licitação e contrato, e com a Lei n.º 8.987, de 13-2-95, sobre concessão e permissão de serviço público” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 67).

³⁸⁸ “A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que se adapte à Constituição Federal” (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 49).

³⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 54.

³⁹⁰ *Idem*, p. 54-55.

³⁹¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo* cit., p. 2.

A codificação constitucional das normas administrativas possibilitou a consagração de uma Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo, voltada para a observância dos princípios constitucionais básicos e tendo por finalidade limitar o poder estatal, prevendo instrumentos de controle e meios de responsabilização dos agentes públicos, para garantia de transparência e probidade na administração e voltados para o combate à corrupção.

Além disso, a busca por meios adequados de solução de conflitos atende, sobretudo, a um ditame democrático, caracterizado pela necessidade de dar efetividade aos princípios constitucionais e de prover a sociedade de um aparato administrativo mais célere e menos burocrático.

Para que o uso desses meios extrajudiciais e sua implementação sejam concretizados é essencial que exista um regulamento e que este se mostre efetivo, no sentido de orientar tanto os usuários como aqueles que estarão no comando de todo o processo. A segurança proporcionada por uma legislação adequada e voltada para regulamentar o procedimento poderia fazer com que a sociedade modificasse o costume arraigado da conflituosidade pela cultura conciliatória.

Cabe destacar que:

[...] em face da modernização e do agigantamento do Estado, a constitucionalização do Direito Administrativo representa verdadeiro instrumento de combate à corrupção em todos os níveis da Administração Pública, em defesa da legitimidade do regime democrático.³⁹²

Segundo Taiz Rogério e Maria Tereza Fonseca Dias:³⁹³

Ademais, a adoção desses princípios administrativos ganhou relevância na proposta da reforma administrativa da década de 1990, trazendo reflexos ao Direito Administrativo. São eles que conduziram o raciocínio da nova sistematização, de modo a compatibilizá-la com o ordenamento jurídico. Cumpre lembrar que os princípios devem ser respeitados pelo administrador, que não se atém somente ao acatamento das regras.

Por ser indiscutível a importância dos princípios no ordenamento jurídico e, mais especificamente, pela relevância que os princípios administrativos representam para o

³⁹² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo* cit., p. 3.

³⁹³ ROGÉRIO, Taiz; DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação como instrumento de eficiência e consensualidade do processo administrativo disciplinar. *Revista Pública de Direito*, p. 11. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=54072f485cdb7897>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

direito administrativo,³⁹⁴ sendo de observância obrigatória no exercício das atividades administrativas, cabe discorrer sobre alguns deles de forma mais aprofundada, destacando o atendimento aos princípios na aplicação da mediação no âmbito da Administração Pública. Ademais, pelo fato de os meios alternativos demandarem menos gastos e causarem menor desgaste entre as partes, encontram-se em harmonia com os direitos fundamentais e com as expectativas da sociedade moderna e global.

3.1.1.1 *Princípio da legalidade*

Sua formulação mais genérica encontra-se disciplinada no artigo 5.º, II, da Constituição Federal de 1988, ao lado de outros direitos e garantias fundamentais do ordenamento jurídico. Representa um dos principais desdobramentos dos direitos individuais, “isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade”.³⁹⁵

A Declaração de 1789, em seu artigo 4.º, dispõe ser a liberdade a possibilidade de fazer tudo aquilo que não cause prejuízo ao próximo, estabelecendo, ainda, em seu artigo 6.º que, sendo a lei expressão da vontade geral, deve ser a mesma para todos. A força pública, essencial para manutenção da ordem, tem o escopo de garantir os direitos do homem e do cidadão, sendo destinada a todos, completa o artigo 12 da referida Declaração. Ensina Caio Tácito:³⁹⁶

O princípio da legalidade, assim estabelecido como fundamento de direitos individuais e, por natural desdobramento, de direitos políticos da representação popular na constituição dos poderes, reprime o absolutismo do Poder estatal e condiciona a atividade da Administração Pública.

No Brasil, todas as Constituições, desde a Carta Imperial de 1824, determinam como um de seus pressupostos, a lei como medida necessária de deveres, direitos e

³⁹⁴ “Grande é a importância dos princípios no direito administrativo, especialmente pelo fato de tratar-se de ramo não codificado, na maior parte dos ordenamentos jurídicos, à semelhança do que ocorre no Brasil; e também devido à flexibilidade e constante mutabilidade das leis administrativas para atendimento do interesse público, sempre dinâmico” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionariade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 156).

³⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 67.

³⁹⁶ TÁCITO, Caio. O princípio de legalidade: ponto e contraponto. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 206, p. 2, out.-dez. 1996.

obrigações, e no âmbito da Administração Pública manifesta-se de forma mais rigorosa e especial. Tal princípio, portanto, pode ser aplicado na Administração, sempre levando em conta que, nesse caso, a Administração Pública não tem vontade autônoma.

“Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de *executor* do direito, que atua sem finalidade própria, mas em respeito à finalidade imposta pela lei e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica.”³⁹⁷ Sobre o assunto, Caio Tácito:³⁹⁸

Ao contrário da pessoa de direito privado, que, como regra, tem a liberdade de fazer aquilo que a lei não proíbe, o administrador público somente pode fazer aquilo que a lei autoriza expressa ou implicitamente [...] A Administração Pública, dotada de uma margem reconhecida de discricionariedade, em benefício do interesse geral, encontra na regra de competência, explicitada na lei que qualifica o exercício da autoridade, a extensão do poder de agir.

Assim, para os particulares resta a regra da autonomia da vontade, e a eles é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Por seu turno, a Administração Pública, diferentemente da esfera particular, encontra-se adstrita aos comandos da lei, isto é, “é necessária a existência de uma lei que imponha ou autorize determinada atuação administrativa”.³⁹⁹

A respeito da Administração Pública e seus agentes, ensina Rafael Maffini:⁴⁰⁰

Dessa forma, para que tais representantes estejam legitimados a agir em nome da Administração Pública, faz-se necessário que o sejam através do instrumento que, em termos diretos e imediatos, fundamenta tal atuação, o que, no Estado Democrático de Direito, é a lei. Assim, em certa medida, é correto afirmar que é o legislador quem legitima a atuação do administrador, cristalizando em normas jurídicas primárias a compreensão geral de interesse público. No Direito Administrativo, portanto, a lei cumpre um *papel positivo*, no sentido de que não será somente o limite de atuação, mas também a sua fonte.

Após todas essas considerações acerca do princípio da legalidade e das peculiaridades que abrangem a Administração Pública, cabe destacar alguns dispositivos que expressamente autorizam sua utilização nas negociações de que fazem parte o Poder Público.

³⁹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo* cit., p. 82.

³⁹⁸ TÁCITO, Caio. O princípio de legalidade: ponto e contraponto cit., p. 2.

³⁹⁹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado* cit., p. 142.

⁴⁰⁰ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 42.

Percebe-se que a mediação, como importante meio consensual de resolução de conflitos e seu uso para resolver conflitos que envolvem a Administração Pública, está disciplinada explicitamente no novo Código de Processo Civil e na Lei da Mediação (13.140/2015), portanto em consonância com os ditames do estabelecido no princípio da legalidade. Sérgio Cruz Arenhart, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁴⁰¹ asseveram:

O Código de Processo Civil de 2015 estimula formas autocompositivas de resolução de conflitos seja prevendo que, como regra, a citação do demandado no procedimento comum é para o comparecimento em audiência (e não mais para defender-se em juízo, com o que desestimula a formalização do litígio no processo logo em seu início, art. 334), seja pelo destaque que outorgou à categoria dos conciliadores e mediadores, prevendo-os expressamente como auxiliares do juízo (arts. 165 a 175) e prevendo espaços apropriados para o desempenho de suas funções ao longo do procedimento (por exemplo, art. 334).

O fato de o referido diploma trazer artigos específicos relacionados com a mediação e conciliação, inclusive nas relações com o Poder Público, representa verdadeira inovação no tratamento desses métodos adequados de solução de conflitos.⁴⁰² Além disso, demonstra a tendência do ordenamento jurídico de acompanhar a globalização e todas as mudanças dela decorrentes.⁴⁰³

Esse Código, ainda, traz um artigo referente à mediação e conciliação no âmbito administrativo,⁴⁰⁴ o que corrobora a necessidade de discutir parâmetros para adequada aplicação da mediação nos negócios jurídicos públicos, trazendo à baila questões

⁴⁰¹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 1, p. 180.

⁴⁰² “Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.”

⁴⁰³ “Essa valorização do CPC/2015 (LGL\2015\1656) faz parte de uma tendência da atuação do Poder Público, que, em 2010 já contava com a Resolução 125, do CNJ, tratando da matéria, recentemente reformada, e, também em 2015 com a Lei 13.140, que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública” (PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo Poder Público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 261, p. 468, nov. 2016).

⁴⁰⁴ “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.”

relacionadas com os princípios da indisponibilidade dos bens públicos e da supremacia do interesse público.

No mesmo sentido, a Lei n. 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. Além da regulamentação geral acerca do instituto e seu procedimento, possui um capítulo exclusivo intitulado “Da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público” para tratar dos casos que envolvem a Administração Pública.

Em razão de todos esses fatores e pelo fato de a legislação brasileira demonstrar a tendência a uma maior flexibilização, Tânia Lobo Muniz⁴⁰⁵ aborda a importância de delimitar parâmetros, *standards* de comportamento e de procedimento para o uso da mediação, sendo essa normatização um tema que deve ser visto com mais cuidado ainda ao envolver a Administração Pública.

Essa normatização pelos órgãos e entes que dispõem de competência normativa teria a função de proporcionar a homogeneidade e segurança necessárias ao bom andamento do processo, além de favorecer a qualidade da comunicação, gerando elevado rendimento de acordos concretizados e uma maior satisfação dos envolvidos, promovendo a pacificação social e visando à satisfação das finalidades públicas.

A devida regulamentação e o crescimento na utilização desses meios consensuais como instrumentos de solução de conflitos vão consolidar uma nova fase no Poder Judiciário, tornando-o mais célere e eficiente para a sociedade. Resta inegável, portanto, que esses instrumentos estão de acordo com o que preconiza o princípio da legalidade, uma vez que se encontram disciplinados em diferentes diplomas do ordenamento jurídico, os quais serão abordados de maneira mais aprofundada nos tópicos seguintes.

3.1.1.2 Princípio da publicidade

A necessária publicidade que acompanha a processualidade administrativa confronta-se com o sigilo requerido pelos meios consensuais de solução de conflitos.

⁴⁰⁵ MUNIZ, Tânia Lobo. A ética na mediação. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 103.

Assim, fica difícil encontrar o adequado equilíbrio entre *eficiência* e *publicidade*. Por um lado, é fundamental que se confira a devida publicidade à atuação administrativa, a fim de evitar conluíus e a aplicação desses instrumentos para fins espúrios e ilegais. No entanto, a excessiva publicidade pode comprometer o sucesso das negociações.⁴⁰⁶

Dessarte, a excessiva publicidade pode representar um incentivo negativo à utilização dos meios consensuais envolvendo a Administração Pública, pela perspectiva do particular, enquanto a publicidade insuficiente pode ser determinante para o uso indevido desses instrumentos.⁴⁰⁷

Também conhecido como princípio da máxima transparência, a publicidade se dá por meio da inclusão dos atos no Diário Oficial ou por edital com o objetivo de divulgação para conhecimento da sociedade e também para que ocorra a produção dos respectivos efeitos.⁴⁰⁸

Esse princípio determina que a Administração Pública deve agir “de modo a nada ocultar, na linha de que – com raras exceções constitucionais – tudo deve vir a público, ao menos a longo prazo. O contrário soaria como a negação da essência do Poder Público, em sua feição franca e democrática”.⁴⁰⁹

Além de encontrar proteção no artigo 37, *caput*, da CF, o princípio da publicidade apresenta dupla acepção em face do sistema decorrente da Carta Maior, a saber:⁴¹⁰

- a) a exigência de *publicação* em órgão oficial como requisito de eficácia dos atos administrativos gerais que devam produzir efeitos externos ou impliquem oneração do patrimônio público; b) exigência de *transparência* da atuação administrativa.

⁴⁰⁶ De acordo com o artigo 8.º, *caput*, da Lei de Acesso à Informação Pública (Lei n. 12.527/2011), “é dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas” (PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 154).

⁴⁰⁷ Idem, p. 155.

⁴⁰⁸ “A publicidade, portanto, corresponde a um pressuposto de eficácia, no sentido de que a conduta administrativa não produzirá efeitos juridicamente relevantes salvo após a regular divulgação” (MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo* cit., p. 49).

⁴⁰⁹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 90.

⁴¹⁰ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado* cit., p. 149.

Assim, cabe ao agente público agir com a máxima transparência e prestar contas de todos os seus atos, zelando pela visibilidade. Entretanto, excepcionalmente, conforme estabelece o artigo 5.º, XXXIII,⁴¹¹ da Constituição Federal, admite-se que não ocorra a publicidade em decorrência do interesse público.⁴¹² Para Juarez Freitas:⁴¹³

Nessa ótica, o princípio da publicidade, notadamente nas relações administrativas, é outro pilar do controle sistemático que estimula a fluência das *informações indispensáveis à eficácia do direito fundamental à boa administração pública, uma vez que a opacidade é a antítese de tal direito, que demanda alta dose de translucidez para se desenvolver e frutificar.*

O inciso LX do artigo 5.º da CF dispõe que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Assim, cabendo à Administração Pública a tutela dos interesses públicos, não cabe o sigilo dos seus atos processuais, a não ser nos casos em que o próprio interesse público o exija.

Após estudar o princípio da publicidade e seus desdobramentos, mostra-se essencial tratar das questões que envolvem sua utilização no caso da mediação e do Poder Público. Os questionamentos que surgem contrapõem o princípio do sigilo ou confidencialidade que rege a mediação *versus* a defesa da publicidade que prevalece nos negócios que envolvem a Administração Pública.

Destaca-se que um dos benefícios defendidos pelo uso da mediação encontra respaldo justamente na possibilidade de as partes envolvidas terem maior abertura para confidências e discussões a partir do conhecimento de que nenhuma informação será pública.⁴¹⁴ Revela Tania Almeida:⁴¹⁵

⁴¹¹ Art. 5.º, inciso 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.

⁴¹² “Constitucionalmente, o normal é que tudo aquilo que não possa vir a público seja encarado como suspeito de antijuridicidade, pois nada há que não deva ser, em ritmo seguro ou em certo tempo, revelado nos regimes democráticos. Não por acaso, a crescente ampliação do acatamento do princípio da publicidade denota irretorquível conquista na evolução da democracia participativa, em contraponto à famigerada opacidade decisória do jogo político tradicional” (FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais* cit., p. 91).

⁴¹³ Idem, p. 94.

⁴¹⁴ “[...] a mediação nasceu regida pelo princípio da confidencialidade – por meio do qual ficam vedadas a divulgação e a utilização das explanações e informações trazidas à mediação, em qualquer outro fórum” (ALMEIDA, Tania. *Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas*. In:

O pilar da confidencialidade na mediação confere uma moldura de confiança para as partes, possibilitando-lhes aceitar o convite de ter na boa-fé um norteador para a sua postura durante o processo. [...] O princípio da confidencialidade não só favorece o desnudamento necessário às negociações e às conversas pautadas pela boa-fé como permite que pessoas físicas e jurídicas sejam preservadas em razão do sigilo.

Além de permitir que as partes se sintam mais seguras para explanar suas verdadeiras motivações e angústias, o sigilo ainda protege os mediandos, possibilitando uma continuidade da relação entre as partes. Cabe lembrar que compete às partes a extensão dessa confidencialidade na mediação. “São elas que decidirão, no início do processo e a cada reunião, conjunta ou privada, o que deverá ser mantido sob sigilo.”⁴¹⁶

Considerando tais assertivas, surge o questionamento acerca do que deve prevalecer nos casos em que se utiliza a mediação para solucionar controvérsias que envolvem o Poder Público; se o sigilo que rege a mediação ou o princípio da publicidade, por se tratar de interesses públicos.

De fato, tal polêmica e a exigência de publicidade na mediação podem acabar desencorajando o uso desse meio alternativo pelas partes na realização de acordos com o Poder Público. No entanto, isso ocasionaria a “prevalência do interesse público na publicidade das informações em detrimento do interesse no acordo sobre o litígio que envolva o poder público”.⁴¹⁷

Nessas situações, os doutrinadores estão admitindo inclusive a não separação entre o mediador e o juiz, estando este último apto a conduzir o processo de autocomposição, uma vez que a exigência da confidencialidade constitui um dos principais motivos pelos quais não pode o juiz atuar como mediador ou conciliador. Ravi Peixoto explica:⁴¹⁸

É que, por um lado, as partes não iriam se sentir à vontade para fornecer dados confidenciais, que podem ser relevantes para que seja alcançado um consenso, por receio de que o juiz venha a ser influenciado caso não

CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 99).

⁴¹⁵ ALMEIDA, Tania. *Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas cit.*, p. 99.

⁴¹⁶ Idem, *ibidem*.

⁴¹⁷ PEIXOTO, Ravi. *A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo Poder Público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015 cit.*, p. 472.

⁴¹⁸ Idem, p. 99.

seja alcançado sucesso na negociação. E, por outro, o juiz dificilmente conseguiria manter a imparcialidade tendo conhecimento de dados confidenciais, que não seriam revelados em um processo judicial no momento de proferir a sentença.

Inclusive, a mesma lógica está sendo adotada quando se trata da arbitragem. Apesar de a Lei da Arbitragem (Lei n. 9.307/1996) não estipular a confidencialidade, a preferência é sempre por procedimentos sigilosos. Entretanto, no que concerne à esfera pública, deve-se considerar, conforme exposto, o fato de a transparência figurar como um princípio central da atividade administrativa. Então, para Carlos Alberto de Salles:⁴¹⁹

A considerar a confidencialidade como um valor absoluto e inafastável da arbitragem, sua utilização estaria inviabilizada no âmbito dos negócios do Estado. Este trabalho sustenta, entretanto, como desenvolvido a seguir, a possibilidade de o sigilo ser graduado e regulado no procedimento arbitral, de forma a atender o requisito de publicidade e garantir a devida *responsividade* procedimental, sem comprometer as qualidades do processo arbitral.

Em ambos os casos, portanto, ainda que a publicidade possa diminuir a realização de procedimentos de mediação e arbitragem no trato com o Poder Público, deve prevalecer “o interesse público na transparência e na publicidade dos procedimentos que envolvam entes públicos”.⁴²⁰ Sendo assim, apesar de o sigilo ser uma das características dos meios extrajudiciais, quando envolver a Administração Pública, de maneira geral⁴²¹ prevalece o princípio da publicidade.

Em resumo, muito embora esse importante impasse ainda não tenha sido enfrentado diretamente pelos órgãos e entes administrativos, uma vez que as normas que disciplinam os acordos se fundamentam na incipiência da utilização desses mecanismos pela Administração Pública, esse é um tema que necessariamente precisa ser objeto de normatização pelos órgãos e entidades que dispõem de competência normativa para que se possa fazer uso desses instrumentos visando à satisfação das finalidades públicas.⁴²²

⁴¹⁹ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos* cit., p. 55.

⁴²⁰ PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo Poder Público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015 cit., p. 472.

⁴²¹ “Por conta desses fatores, a mediação e a conciliação da qual faça parte o poder público não seriam abrangidas pelo dever de confidencialidade, com a exceção dos casos em que a própria Lei 12.527/2011 preserva o sigilo das informações. Como exemplo, seria possível mencionar informações que violem o respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas...” (Idem, *ibidem*).

⁴²² PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial cit., p. 155.

3.1.1.3 Princípio da eficiência

Há algum tempo existe na doutrina uma celeuma que discute se o princípio da eficiência podia ou não ser elencado entre os princípios constitucionais. Alguns autores criticavam tal inclusão pela circunstância de o princípio em questão não estar expressamente elencado no rol dos princípios constitucionais.

A inserção do princípio da eficiência administrativa entre os princípios expressos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal ocorreu por meio da Emenda Constitucional n. 19/1998. No ano seguinte, a Lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu artigo 2.º acompanhou o diploma constitucional.⁴²³

Entretanto, defende-se que, mesmo antes da edição da EC n. 19/1998, o próprio Superior Tribunal de Justiça já havia proclamado:

[...] a Administração Pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (Const. art. 37). Outros também evidenciam-se na Carta Política. Dentre eles, o princípio da eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público.⁴²⁴

A EC n. 19/1998 seguiu a tendência do direito comparado, dado que vários países possuem normas análogas ao princípio da eficiência nas suas Constituições, “a fim de pretender garantir maior qualidade na atividade pública e na prestação de serviços públicos”.⁴²⁵ Por conseguinte, dirimiu-se qualquer questionamento a respeito da existência implícita do referido princípio na Constituição Federal de 1988.

Assim, Alexandre de Moraes conceitua:⁴²⁶

[...] *princípio da eficiência* é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da

⁴²³ “Art. 2.º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

⁴²⁴ STJ, 6.ª T., RMS 5.590/95/DF, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 jun. 1996, p. 20.395.

⁴²⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo* cit., p. 90-91.

⁴²⁶ *Idem*, p. 91.

qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir maior rentabilidade social.

Disso decorre que cabe ao administrador público ser eficiente, ou seja, tem ele a função de produzir o efeito desejado, com a produção do bom resultado, sempre exercendo suas atividades baseado na proteção da igualdade de todos perante a lei, zelando pela objetividade e imparcialidade.⁴²⁷ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:⁴²⁸

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao *modo de atuação do agente público*, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao *modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública*, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Além disso, a reconstrução do Estado ocorrida a partir da década de 1990 trouxe um novo panorama de Administração Pública, baseado nas ideias de consensualismo e na cidadania ativa. Da forma como estava, a Administração Pública jamais abandonaria a morosidade, o engessamento e a paralisia da máquina pública. Na tentativa de impulsionar a mudança, a EC n. 19/1998 inseriu, entre os princípios consagrados do art. 37 da CF, o princípio da eficiência, incumbindo explicitamente ao Estado o dever de organizar-se e gerir-se de forma satisfatória e em harmonia com o interesse público.⁴²⁹

Como se sabe, esse novo modelo de administração é voltado para o atendimento dos interesses coletivos com foco no cidadão. Tal modelo rompe com a estrutura administrativa tradicional, que confundia o interesse coletivo com o interesse do próprio Estado. Diante disso, a prestação de serviço e a atuação administrativa passaram a buscar a eficiência para satisfazer os interesses do cidadão usuário, em vez de garantir apenas a manutenção da rigidez administrativa.⁴³⁰

Ao se discutir o tema “crise da justiça”, um dos principais pontos ressaltados é, sem dúvida, a questão da duração dos processos judiciais. A demora na prestação jurisdicional e todos os males dela decorrentes – custos elevados, desgaste e insatisfação

⁴²⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo* cit., p. 91.

⁴²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 83.

⁴²⁹ ROGÉRIO, Taiz; DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação como instrumento de eficiência e consensualidade do processo administrativo disciplinar cit., p. 8.

⁴³⁰ Idem, p. 10-11.

dos jurisdicionados, descrença no Poder Judiciário – têm como consequência mais devastadora o fato de não se alcançar a verdadeira justiça.

A demora processual constitui um dos principais fatores de desprestígio e crise do Poder Judiciário brasileiro. Para que o processo cumpra sua função é necessário não apenas que permita o acesso à ordem jurídica justa, mas também que isso se dê em um lapso de tempo considerado razoável, pois ninguém discorda que justiça tardia não é verdadeira justiça.⁴³¹

A Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou ao artigo 5.º da Carta Maior o inciso LXXVIII, que traduz a garantia de duração razoável do processo, como corolário da garantia ao acesso à justiça. Com esse dispositivo, quis a Constituição Federal responsabilizar o Estado para que atue no sentido de tornar a tramitação processual mais célere, assegurando uma razoável duração dos processos, possibilitando um factível alcance da justiça. Consequentemente, introduziu a efetividade e a celeridade da tutela jurisdicional como verdadeiro direito fundamental.

Infelizmente, resta inegável afirmar que apenas os instrumentos jurídicos tradicionais já não estão conseguindo regular satisfatoriamente os conflitos da sociedade civil contemporânea. Esse despreparo na administração de conflitos pluridimensionais acaba ocasionando uma considerável redução do poder de intervenção e controle do Estado.

Vivendo essa era pós-moderna e considerando a realidade do mundo globalizado, não há mais como aceitar que um processo permaneça tempo demasiado sem solução. Assim, Cappelletti e Garth⁴³² apontam como principais óbices do acesso à justiça: (i) *as custas judiciais*, eis que a resolução de litígios pelo Estado é demasiadamente dispendiosa na maior parte das sociedades modernas; (ii) *o excesso de tempo*, isto é, a morosidade do Estado em julgar e concretizar o comando judicial, decorrente de uma grande variedade de fatores; e (iii) *a ausência de técnicas/instrumentos adequados à tutela de determinados interesses/direitos*.

Esse novo paradigma da eficiência, disposto de maneira explícita na Constituição Federal de 1988 e reforçado pelos ideais da Reforma do Estado, tornou-se

⁴³¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo* cit., p. 86.

⁴³² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* cit., p. 20.

sinônimo de concreção substancial de justiça a ser buscada pelo Poder Judiciário brasileiro. Entretanto, como o Judiciário não está sendo capaz de atender satisfatoriamente as demandas da sociedade, a mediação se mostra um importante instrumento de auxílio no combate a essa crise da justiça. Para Marlene Kempfer e Lara Caxico Martins Miranda.⁴³³

Os meios de resolução extrajudicial de conflitos aplicados à seara pública colaboram para a implementação da administração pública gerencial. Isso porque se fundamentam na celeridade, eficiência, alcance de resultados e busca da paz social. Com as suas utilizações é possível visualizar a aproximação entre o interesse privado e o interesse público, pois ambos convergem para concretizar a atuação eficiente da gestão pública.

Diante de tais constatações, os meios consensuais de resolução de conflitos consagram-se como métodos de pacificação social por excelência. Esses métodos “impulsionam o exercício da cidadania por intermédio do resgate da autonomia do indivíduo, buscando não somente desobstruir os órgãos julgadores, mas empoderar o cidadão”.⁴³⁴

Para Marlene Kempfer e Lara Caxico Martins Miranda:⁴³⁵

A busca de pacificação pelo consenso está implícita, também, na mediação autorizada para administração pública. Entre os objetivos da mediação, neste âmbito, é trazer melhores e mais rápidas soluções de conflitos que realizam o valor constitucional da eficiência.

A análise realizada permite aferir que “a busca pela flexibilização levou o legislador a positivar, como mecanismo da desburocratização, meios extrajudiciais de resolução de conflitos”.⁴³⁶ A utilização da mediação nos conflitos da Administração Pública, inserida no contexto da Reforma Administrativa, caminha no mesmo sentido dos valores preconizados pelo princípio da eficiência,⁴³⁷ o que certamente trará resultados positivos na busca pela justiça e pacificação social.

⁴³³ KEMPFER, Marlene; MIRANDA, Lara Caxico Martins. Gestão dos negócios públicos e a resolução extrajudicial dos conflitos em face da administração pública gerencial. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 122, jul.-dez. 2016.

⁴³⁴ ROGÉRIO, Taiz; DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação como instrumento de eficiência e consensualidade do processo administrativo disciplinar cit., p. 9.

⁴³⁵ KEMPFER, Marlene; MIRANDA, Lara Caxico Martins. Gestão dos negócios públicos e a resolução extrajudicial dos conflitos em face da administração pública gerencial cit., p. 120.

⁴³⁶ Idem, p. 116.

⁴³⁷ “O valor da eficiência autoriza a busca por mais caminhos para a gestão dos negócios públicos, além daqueles já previstos em leis. Atualmente há autorização para recorrer às vias da heterocomposição,

Não se pode perder de vista que esse princípio da eficiência administrativa, dirigido à Administração Pública e inserido no art. 37 da CF pela EC n. 19/1998, está presente em um contexto mais amplo de princípio da eficiência estatal, tido como vetor ético-jurídico do ordenamento constitucional brasileiro e princípio implícito do Estado Democrático de Direito.⁴³⁸

Para a concretização desse princípio, portanto, torna-se imperiosa a adoção, pela Administração Pública, de uma postura mais flexível e paritária no seu relacionamento com o administrado, isto é, por um lado, seria importante o redimensionamento das prerrogativas administrativas na busca por uma “horizontalização” das relações entre Administração e administrado; por outro, seria necessário incrementar o uso de mecanismo de atuação consensual nessas relações.⁴³⁹

3.1.2 Do ato administrativo

A necessidade de reforçar a natureza pública do processo e de segregar o Direito Processual do direito material, afirmando sua autonomia científica, frustraram o adequado desenvolvimento de uma teoria dos atos processuais, sobretudo porque a teoria do fato jurídico foi estudada e aprimorada, principalmente, no âmbito do Direito Privado.⁴⁴⁰

Lorena Miranda Santos Barreiros ensina que o estudo dos fatos jurídicos não deve se restringir a um ou outro ramo do direito, pois trata-se de matéria pertencente à teoria geral do direito, informativa de toda a cultura jurídica.⁴⁴¹ Assim, tudo aquilo que interessa ao direito (todos os fenômenos, naturais ou humanos, a que o direito atribui significação e aos quais vincula consequências jurídicas) compõe os fatos jurídicos em sentido amplo.⁴⁴²

como a arbitragem (Lei n.º 9.307/96 e Lei n.º 13.129/15), e as da autocomposição administrativa (Lei 13.140/15)” (KEMPFER, Marlene; MIRANDA, Lara Caxico Martins. *Gestão dos negócios públicos e a resolução extrajudicial dos conflitos em face da administração pública gerencial* cit., p. 121).

⁴³⁸ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 88-90.

⁴³⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público* cit., p. 36.

⁴⁴⁰ Idem, p. 115.

⁴⁴¹ “Não por outra razão, fala-se em atos processuais, atos administrativos e atos delitivos, para evidenciar que a teoria do fato jurídico permeia, inclusive, setores jurídicos enquadrados na seara do direito público” (Idem, p. 116).

⁴⁴² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado* cit., p. 349.

Para Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, o fato jurídico é o fato da vida que sofreu a incidência de uma norma jurídica, podendo dele decorrer ou não efeitos jurídicos (cf. PONTES DE MIRANDA,

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo explicam que esses fatos jurídicos em sentido amplo se subdividem em: (i) fatos jurídicos em sentido estrito (eventos naturais que não decorrem da vontade humana, mas geram consequências jurídicas, por exemplo, o nascimento, a morte); (ii) atos jurídicos (eventos decorrentes diretamente de manifestação unilateral de vontade ou de uma declaração humana, dos quais resultam consequências jurídicas).⁴⁴³

O ato jurídico *lato sensu*, por sua vez, subdivide-se em: (i) ato jurídico *stricto sensu* (também chamado simplesmente ato jurídico), que tem como elemento nuclear a vontade do agente e dirige-se à prática do ato, mas não à escolha da categoria jurídica ou seus efeitos, pois estes serão aqueles previamente estabelecidos por lei e impassíveis de modificação (por exemplo, constituição de domicílio ou reconhecimento de filiação não decorrente de casamento); (ii) negócio jurídico, em que a vontade externada, além de ser elemento nuclear, encontra-se capacitada pelo ordenamento jurídico para escolher a categoria jurídica pretendida e para dispor acerca do conteúdo eficaz do ato praticado, respeitados os limites impostos pelo sistema (o exemplo por excelência é o contrato).⁴⁴⁴

Por se tratar de um tema central do direito administrativo é importante analisar a gênese e os efeitos dessas condutas na esfera jurídica dos administrados. De acordo com os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,⁴⁴⁵ “onde existe Administração Pública, existe *ato administrativo*”.

Os atos administrativos são sempre atos jurídicos porque dependem de comportamentos humanos, e não de simples fenômenos da natureza.⁴⁴⁶

Sabe-se que a expressão “atos da Administração Pública em geral” foi primeiramente utilizada na Lei de 16/24-8-1790, que proibia aos Tribunais conhecer de “operações dos corpos administrativos”, tal vedação persistiu na Lei de 3-9-1795, segundo a qual proíbe-se “aos tribunais conhecer dos atos da administração, qualquer que seja a sua espécie”.

Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 76-77). BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público* cit., p. 116.

⁴⁴³ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado* cit., p. 349.

⁴⁴⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público* cit., p. 119.

⁴⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 176.

⁴⁴⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado* cit., p. 350.

A partir dessas normas, originou-se na França o denominado contencioso administrativo, pois viu-se a necessidade da separação das competências. “Na realidade, a noção de ato administrativo só começou a ter sentido a partir do momento em que se tornou nítida a separação de funções, subordinando-se cada uma delas a regime jurídico próprio.”⁴⁴⁷

Cabe destacar, ainda, que somente é possível falar em ato administrativo nos países em que se reconhece a existência de um regime jurídico-administrativo, a que se sujeita a Administração Pública, sendo este diverso do regime de direito privado.⁴⁴⁸

Ao se estudar o regime jurídico administrativo a que se submete o Poder Público, encontram-se dois aspectos fundamentais que o caracterizam, quais sejam as prerrogativas e as sujeições. Nos dizeres de Fernanda Marinela:⁴⁴⁹

As prerrogativas são privilégios concedidos à Administração para oferecer-lhe meios, a fim de assegurar o exercício de suas atividades, enquanto as sujeições representam limites opostos à atuação administrativa em benefício dos direitos dos cidadãos.

Como se sabe, ao Estado incumbem diversas atribuições, entre as quais inclui-se a função estatal de Administração Pública.⁴⁵⁰ No exercício dessa função, cabe a tomada de decisões, que não se restringem às questões da estrutura da própria Administração, mas se destinam também aos terceiros, destinatários dessa função administrativa.⁴⁵¹ Sobre o assunto, Fernanda Marinela:⁴⁵²

No exercício das funções estatais, a Administração Pública goza de diversos poderes e prerrogativas que garantem a busca do interesse público em um patamar de supremacia em face dos interesses privados. Todavia, esses poderes, que se materializam por meio de atos administrativos, estão limitados pela previsão legal – como exercício do princípio da legalidade – visando impedir abusos praticados pelos administradores públicos.

⁴⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 177.

⁴⁴⁸ Idem, *ibidem*.

⁴⁴⁹ MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo* cit., p. 257.

⁴⁵⁰ “Numa analogia absolutamente adequada, seria correto afirmar que os atos administrativos estão para a função administrativa como a sentença e a lei estão, respectivamente, para a função jurisdicional e para a função legislativa” (MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo* cit., p. 85).

⁴⁵¹ Idem, p. 84.

⁴⁵² MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo* cit., p. 306.

Considerando que a discricionariedade constitui verdadeira prerrogativa da Administração Pública e implica a concessão de algumas liberdades aos administradores, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁵³ conceitua ato administrativo como “declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público, e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

Para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo,⁴⁵⁴ ato administrativo pode ser definido como:

[...] manifestação ou declaração da Administração Pública, nesta qualidade, ou de particulares no exercício de prerrogativas públicas, que tenha por fim imediato a produção de efeitos jurídicos, em conformidade com o interesse público e sob regime predominante de direito público.

Por serem provenientes da Administração, portanto, esses atos administrativos devem ser analisados como sujeitos à sistematização própria. Nesse sentido, verificando os conceitos de ato administrativo, conclui-se que, apesar de algumas peculiaridades, os componentes do núcleo central da noção de ato administrativo estão sempre presentes, isto é, “exteriorização da vontade, a origem do ato em sujeitos estatais, o exercício de poderes públicos, a produção de efeitos jurídicos”.⁴⁵⁵

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho:⁴⁵⁶

Como tal, é imperioso afirmar que a Administração Pública pratica atos que se qualificam como *atos jurídicos “lato sensu”*, vale dizer, atos idôneos a produzir efeitos na ordem jurídica, e que bem poderiam ser catalogados como *atos jurídicos*, pela real eficácia de que são dotados e por constituírem a gênese dos efeitos que deles provêm.

Assim, cabe analisar mais detidamente os institutos que permeiam a atividade da Administração Pública, suas características, suas diferenças, destacando suas peculiaridades no intuito de compreender melhor as funções do Estado e suas consequências para a sociedade.

⁴⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 181.

⁴⁵⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado* cit., p. 350.

⁴⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 11.

⁴⁵⁶ *Idem*, p. 7.

3.1.2.1 Ato da Administração e ato jurídico administrativo

Após discorrer brevemente acerca da noção de ato administrativo, cabe fazer algumas observações sobre as expressões ato da Administração e ato jurídico administrativo. Apesar de semelhantes, pode-se dizer que “todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da Administração”.⁴⁵⁷

Por conseguinte, remonta que o termo ato da Administração possui um sentido mais amplo quando comparado ao termo ato administrativo, que abrange somente certa categoria de atos praticados no exercício da função administrativa.⁴⁵⁸ Fernanda Marinela estabelece como atos da Administração:⁴⁵⁹

a) atos privados da Administração como, por exemplo: a doação, a permuta, a compra e venda e a locação; b) atos materiais: que são condutas que não contêm manifestação de vontade, consistindo apenas em uma execução, como a demolição de uma casa, a apreensão de mercadoria, a realização de um serviço, configurando fatos administrativos; e não atos administrativos; c) atos administrativos.

Utilizando um critério ainda mais minucioso, Maria Sylvia Zanella Di Pietro inclui nesse rol:⁴⁶⁰

[...] 3. os chamados *atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor*, que também não expressam uma vontade e que, portanto, também não podem produzir efeitos jurídicos; é o caso dos atestados, certidões, pareceres, votos; 4. os *atos políticos*, que estão sujeitos a regime jurídico-constitucional; 5. os *contratos*; 6. os *atos normativos* da Administração, abrangendo decretos, portarias, resoluções, regimentos, de efeitos gerais e abstratos [...]

Independentemente de certas diferenciações, o que importa é “dar um conceito que permita individualizar o ato administrativo como categoria própria, na qual se incluam

⁴⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 175.

⁴⁵⁸ “Pode-se conceituar ato da administração como todo ato praticado pela Administração Pública, mais especificamente pelo Poder Executivo, no exercício da função administrativa, podendo ser regido pelo direito público ou pelo direito privado. Note que esse conceito tem sentido mais amplo do que o conceito de ato administrativo, que, necessariamente deve ser regido pelo direito público” (MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo* cit., p. 303).

⁴⁵⁹ MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo* cit., p. 303.

⁴⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 176.

todos os atos da Administração que apresentem as mesmas características, sujeitando-se a idêntico regime jurídico”.⁴⁶¹

Além disso, os atos administrativos representam espécie do gênero ato jurídico. Um dos aspectos que definem os atos administrativos, de natureza objetiva, reside no fato de que são “atos jurídicos”, isto é, “os atos administrativos são manifestações unilaterais de vontade aptas a produzir efeitos jurídicos preestabelecidos”.⁴⁶²

De acordo com Rafael Maffini:⁴⁶³

Deve-se destacar, ainda, no que tange a esse primeiro aspecto de definição, o fato de que os atos administrativos são manifestações unilaterais de vontade aptas à produção de *efeitos jurídicos legalmente preestabelecidos*. Tal característica, denominada de “tipicidade” dos atos administrativos, significa que, em função do princípio da legalidade, a Administração Pública não tem liberdade quanto aos efeitos decorrentes da prática de atos administrativos...

Ademais, o regime jurídico administrativo gerencial que vem sendo construído estabelece o dever de justificar as escolhas públicas com base em valores de grande envergadura, tais como economicidade, proporcionalidade, razoabilidade e equidade, sem jamais excluir os controles tradicionais dos atos administrativos. “Acima de tudo, este pretende garantir a qualidade no cumprimento dos deveres dos gestores públicos.”⁴⁶⁴

Do exposto afirma-se que esses atos de manifestação volitiva unilateral emanados do Poder Público merecem a devida atenção, pois a partir deles será possível mensurar as questões relativas à aplicação da mediação no âmbito da Administração Pública.

3.1.2.2 *Negócio jurídico administrativo*

O conceito de negócio jurídico foi elaborado primeiramente no campo do direito privado. Como tantas outras expressões do mundo jurídico, depois de algum tempo,

⁴⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 176.

⁴⁶² MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo* cit., p. 85.

⁴⁶³ *Idem*, p. 86.

⁴⁶⁴ KEMPFER, Marlene; MIRANDA, Lara Caxico Martins. *Gestão dos negócios públicos e a resolução extrajudicial dos conflitos em face da administração pública gerencial* cit., p. 104.

irradiou-se para o campo do direito público e, mais especialmente, para o âmbito do direito administrativo.⁴⁶⁵

Negócio jurídico pode ser conceituado como “todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”.⁴⁶⁶ O negócio jurídico, enquanto considerado um dos meios para o autorregulamento dos próprios interesses, enquanto é meio de atuação do sujeito, é o principal instrumento da autonomia privada.⁴⁶⁷

Salienta-se que a estruturação do direito civil, que conta com anos de constante estudo e elaboração, foi sempre tratada pelos romanos de forma muito mais profunda que o direito público, razão pela qual seus institutos foram utilizados como matrizes para diversos ramos do direito.

Nos últimos sessenta anos, autoridades italianas no âmbito do direito administrativo questionam se os princípios que informam o negócio jurídico privado podem aplicar-se ao campo do direito público por “transposição”, para que no panorama dos atos administrativos seja possível adotar a divisão do *ato administrativo negocial* (ou *negócio jurídico administrativo*) contraposto ao *ato administrativo não negocial* (ou mero *ato administrativo*).⁴⁶⁸

Tal método consiste na elaboração de um instituto no campo do direito civil e sua respectiva trasladação para a esfera do direito administrativo, “adaptando a matriz

⁴⁶⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público* cit., p. 115.

⁴⁶⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.

⁴⁶⁷ Cf. FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: ESI, 2011. p. 54-55; SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 95.

⁴⁶⁸ CRETILLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo: teoria do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 2, p. 19.

Lorena Miranda Santos Barreiros observa que de todas as categorias relacionadas à teoria dos fatos jurídicos a que mais encontrou resistência doutrinária e entraves ao seu desenvolvimento foi a dos negócios jurídicos processuais. O dogma da irrelevância da vontade no processo, estruturado sob a influência do publicismo, deu azo à premissa segundo a qual os efeitos do negócio jurídico deveriam decorrer diretamente da vontade das partes, o que não poderia acontecer no processo, em que os efeitos dos atos praticados derivariam da lei ou dependeriam de interferência judicial para serem produzidos. A necessidade de afirmação do caráter público (e, pois, indisponível) das normas processuais praticamente aniquilou a possibilidade de aceitação da categoria dos negócios jurídicos processuais, em cuja base estaria a predominância de tais normas pelo interesse privado (*Convenções processuais e poder público* cit., p. 128).

diferenciada do direito privado ao campo do direito público, o que conduz a desastradas consequências”.⁴⁶⁹

Quando o direito administrativo se afirmou como disciplina autônoma, em fins do século passado e início deste, buscou-se o recurso da transposição de conceitos e institutos do direito privado, acarretando soluções inadequadas de problemas de naturezas diversas.⁴⁷⁰

Para resolver esse problema, assevera José Cretella Júnior:⁴⁷¹

[...] criticamos o inadequado *método da transposição* e a ideia errônea da *referenciabilidade civilística*, porque não cabe a nenhum dos ramos da ciência do direito reivindicar, para seu campo, a prioridade de um dado instituto, quando esse instituto é comum a vários setores do direito.

Para o citado autor, portanto, o *conceito dos institutos jurídicos “in genere”* diz respeito à teoria geral do direito que, abstraindo e generalizando, isto é, eliminando os traços que os fixam no campo privado ou público, procura alcançar a *noção comum* aos dois campos.⁴⁷²

Ainda na tentativa de esclarecer possíveis divergências, ensina José Cretella Júnior:⁴⁷³

Indispensável, pois, é que se analise com objetividade, na teoria e na prática, o *instituto do negócio jurídico*, privado e público, para que, separadas as notas típicas e inconfundíveis que os distinguem, seja possível chegar-se à *categoria negocial* que, como arquétipo, não se confunde com as espécies bifurcadas, já flexionadas às exigências do direito civil e do direito administrativo, pois a ambos os campos transcende, nada obstando, porém, seu aproveitamento, por civilistas e administrativistas, para a estruturação e a consequente classificação dos atos jurídicos em privados e públicos (estes últimos sendo os atos administrativos).

Além disso, a reforma administrativa representou verdadeira mudança da atuação do Estado, visando a promoção da eficiência e a qualidade na atuação pública. Tal transformação definiu a passagem da administração burocrática para a gerencial, que

⁴⁶⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo: teoria do ato administrativo cit.*, p. 19.

⁴⁷⁰ ARAÚJO, Edmir Netto. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: RT, 1992. p. 209.

⁴⁷¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo: teoria do ato administrativo cit.*, p. 20.

⁴⁷² Idem, *ibidem*.

⁴⁷³ Idem.

estabelece uma atuação administrativa focada na descentralização, flexibilização e incentivo à inovação.⁴⁷⁴

O direito administrativo moderno mostra-se cada vez mais alinhado com uma ideia de Administração Pública consensual, voltada para o cidadão, ou seja, para um conjunto de pessoas que, com a Administração, vão buscar os institutos necessários à consecução dos objetivos do Estado.⁴⁷⁵

Nesse novo contexto de Administração Pública, Rafael Maffini⁴⁷⁶ define:

Utiliza-se aqui a expressão *negócio jurídico da Administração Pública* para designar os institutos jurídicos em que há a manifestação de vontade da Administração Pública, para cuja produção de efeitos jurídicos faz-se necessária a convergência com vontade alheia, seja de outros órgãos ou entidades administrativas, seja de particulares. São, pois, manifestações bi ou plurilaterais de vontade (uma delas, ao menos, necessariamente da Administração Pública) aptas à produção de efeitos jurídicos que não são tipificadas *a priori*.

No mesmo sentido, Edmir Netto de Araújo:⁴⁷⁷

Negócio jurídico administrativo é a operação de que participam o Estado e o particular, em matéria administrativa, consistindo em declaração expressa do Poder Público, na forma prescrita pelo ordenamento jurídico para produzir determinados efeitos, declaração essa que, conjugada com a declaração expressa do particular, irradia efeitos jurídicos para ambos, constituindo uma relação jurídica que não existia antes dessas declarações.

Portanto, visando uma posterior compreensão e aprofundamento dos contratos administrativos, mostra-se interessante contextualizá-los em relação às demais espécies de negócio jurídico da Administração Pública.

3.1.3 Contrato administrativo e da Administração

Primeiramente, salienta-se a divergência doutrinária a respeito da definição dos contratos administrativos. A parte majoritária dos doutrinadores admite que nem todo

⁴⁷⁴ KEMPFER, Marlene; MIRANDA, Lara Caxico Martins. Gestão dos negócios públicos e a resolução extrajudicial dos conflitos em face da administração pública gerencial cit., p. 121.

⁴⁷⁵ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo* cit., p. 158.

⁴⁷⁶ Idem, p. 159.

⁴⁷⁷ ARAÚJO, Edmir Netto. *Do negócio jurídico administrativo* cit., p. 212.

contrato celebrado pela Administração Pública tem natureza de contrato administrativo, preferindo a expressão geral “contratos da administração”.⁴⁷⁸

Como se percebe, esse termo possui sentido mais amplo, pois pretende alcançar todos os ajustes bilaterais realizados pela Administração, correspondendo a um gênero. Portanto, quando os contratos são regidos pelo direito privado, são chamados de “contratos privados da Administração”; quando regidos pelo direito público, denominam-se “contratos administrativos”.⁴⁷⁹

No tocante aos contratos da Administração, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:⁴⁸⁰

[...] a Administração, em muitos casos, celebra, também, contratos sob normas predominantes do Direito Privado, caso em que, em princípio, encontra-se ela, a Administração, em posição de igualdade com o particular contratante. Costuma-se denominar essa espécie como contrato administrativo atípico, ou, mais frequentemente, “contrato da Administração”.

No intuito de deixar clara essa diferenciação, Fernanda Marinela⁴⁸¹ fornece um conceito de contrato administrativo:

Pode-se conceituar “contrato administrativo” como a convenção estabelecida entre duas ou mais pessoas para constituir, regular ou extinguir, entre elas, uma relação jurídica patrimonial, tendo sempre a participação do Poder Público, visando à persecução de um interesse coletivo, sendo regido pelo direito público. É o ajuste que a Administração Pública firma com o particular ou outro ente público, para a consecução de interesse coletivo. O instrumento é regulado pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se a eles, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Assim, resta claro que existe uma parte da doutrina que aceita essa diferenciação entre os referidos termos: contratos da Administração e contratos administrativos. Para dirimir qualquer dúvida, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina:⁴⁸²

⁴⁷⁸ “Exemplos são os contratos de locação em que a Administração figura como locatária; os contratos de abertura de conta-corrente firmados entre os particulares e os bancos estatais (Banco do Brasil, Caixa Econômica); os contratos de compra e venda de ações [...]; etc.” (ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado* cit., p. 408-409).

⁴⁷⁹ MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo* cit., p. 483.

⁴⁸⁰ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado* cit., p. 408.

⁴⁸¹ MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo* cit., p. 483.

A expressão *contratos da Administração* é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão *contrato administrativo* é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime de direito público.

Também a respeito do assunto, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:⁴⁸³

Em resumo, a doutrina usualmente emprega a expressão “*contrato administrativo*” para referir-se aos contratos regidos predominantemente pelo Direito Público, nos quais a Administração figura em posição jurídica de supremacia, e, em contraposição, o termo “*contrato da Administração*”, para aludir aos contratos regidos predominantemente pelo Direito Privado, em que a Administração está, em princípio, em condição de igualdade jurídica com o particular.

Cabe lembrar ainda que, para a doutrina, tais contratos, apesar dos regimes administrativos distintos, recebem o mesmo tratamento no que diz respeito às condições e formalidades para estipulação e aprovação, sendo regidos pelo direito administrativo, tendo em vista que a pessoa ou autoridade com poder de contratar dispõe dessa competência conforme estabelece as regras desse ramo do direito.⁴⁸⁴

Em meados de 1990, o Brasil iniciou seu mais recente processo de transformação, ainda inacabado, no intuito de promover mudanças em sua estrutura administrativa, no sentido de revisitar o modelo burocrático de gestão, para implantação de novo modelo de administrar denominado gerencial.⁴⁸⁵

Tendo em vista esse novo paradigma do Estado Democrático de Direito, novos fundamentos, tais como as noções de Administração Pública consensual e participativa, acarretam significativas mudanças na clássica visão da teoria estatutária da função pública, concebida de forma unilateral, geral e impessoal. Passa-se a compreender a relação de

⁴⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 232.

⁴⁸³ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado* cit., p. 409.

⁴⁸⁴ “As formalidades que precedem o contrato, condições indispensáveis para sua realização, como a autorização para contratar, a exigência de licitação e os eventuais requisitos a serem atendidos, também se disciplinam pelo Direito Administrativo” (MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo* cit., p. 483).

⁴⁸⁵ ROGÉRIO, Taiz; DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação como instrumento de eficiência e consensualidade do processo administrativo disciplinar cit., p. 10.

função pública a partir da teoria contratual, visto tratar-se de relações jurídicas de cunho bilateral.⁴⁸⁶

Entre as espécies de contratos administrativos que estabelecem as novas possibilidades de manifestação da administração pública gerencial, podem-se citar os contratos de concessão de serviços públicos (Lei n. 8.987/1995 e n. 9.074/1995), os contratos de concessão de parcerias público-privadas (Lei n. 11.079/2004) e aqueles sob o Regime Diferenciado de Contratação (Lei n. 12.462/2011).⁴⁸⁷

“O regime jurídico desses contratos, a partir das regras que os regem, expõe os objetivos gerenciais que sempre estiveram presentes na gestão de negócios privados, tais quais: delegar, fiscalizar, controlar a qualidade e competir”.⁴⁸⁸ Sobre o tema, Marlene Kempfer e Lara Caxico Martins Miranda:⁴⁸⁹

[...] o regime jurídico que identifica a Administração Pública Gerencial, no aspecto dos negócios públicos, trouxe maior autonomia aos agentes públicos para a gestão. Reforça-se o argumento de que maior grau de autonomia não significa autonomia plena. O gestor público estará sempre submetido ao regime legal. A maior liberdade que passou a ter, para ser amparada no atual ordenamento jurídico, deverá vir acompanhada de motivação para justificar as escolhas que fez ao realizar negócios públicos.

Assim, resta claro que essa flexibilização trazida aos contratos da Administração Pública por meio da possibilidade de utilização dos meios extrajudiciais de solução de controvérsias deve ser entendida dentro do contexto de transformação da Administração Pública e das suas relações, o qual será abordado de forma mais aprofundada a seguir.

⁴⁸⁶ ROGÉRIO, Taiz; DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação como instrumento de eficiência e consensualidade do processo administrativo disciplinar cit., p. 9.

⁴⁸⁷ “Neste último caso, salienta-se a sua aplicação para a contratação em setores estratégicos, tais quais as do Programa de Aceleração do Crescimento e obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde” (KEMPFER, Marlene; MIRANDA, Lara Caxico Martins. Gestão dos negócios públicos e a resolução extrajudicial dos conflitos em face da administração pública gerencial cit., p. 112).

⁴⁸⁸ Idem, ibidem.

⁴⁸⁹ Idem, p. 113.

4 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM CONFLITO

4.1 Conflitos e a Administração Pública

Os conflitos fazem parte da vida em sociedade e permeiam todos os tipos de relações humanas. Igualmente, é inevitável admitir que os mecanismos tradicionais disponíveis se revelam insuficientes na resolução desses conflitos, seja no aspecto quantitativo e qualitativo, seja no sentido de acessibilidade do sistema a todos os titulares de direitos.

Essa nova realidade torna indispensáveis a criação de instrumentos e o aprimoramento daqueles já existentes, para que a tutela jurisdicional seja realizada de maneira célere, justa e adequada. Diante disso, vem ganhando força a ideia de um sistema judicial ampliado pela introdução de múltiplos programas para resolver as disputas por meios de métodos alternativos de pacificação social, meios auxiliares à cultura tradicional da litigiosidade, pregando o que se denomina de cultura conciliatória.

Com relação aos conflitos e os meios consensuais de resolução, André Luis Bergamaschi:⁴⁹⁰

De fato, quando tratamos de meios consensuais, o conflito é levado em consideração em termos mais amplos do que o jurídico-processual, que está limitado à matéria levada em juízo pelas partes, que pode representar apenas uma parte de um conflito maior e que deve, na maior parte dos casos, ser decidida a partir de um recorte jurídico, ou seja, de aplicação de direito positivo. [...] o conflito abrange outros significados, como oposição de interesses, de sentimentos, ideias. Ademais, envolve aspectos não apenas jurídicos, mas também econômicos, psicológicos, sociológicos [...] Meios consensuais de solução de conflitos podem ter como objeto o conflito em sentidos mais amplos que o recorte processual (dado pela adstrição ao pedido) e mesmo mais amplos que o sentido jurídico, levando em conta intenções atribuídas e expectativas não atendidas que nem sempre interessam ao direito.

Surgiram então, no meio jurídico, propostas e discussões a respeito da possibilidade de aplicação desses meios consensuais quando o Poder Público fosse uma

⁴⁹⁰ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 68-69.

das partes. Com o passar do tempo, entretanto, a resolução consensual dos conflitos que envolvem a Administração Pública encontrou resistência em questões teóricas e culturais.⁴⁹¹

Quando se trata da Administração Pública figurando como uma das partes em conflito, uma parcela da doutrina admite que:

[...] às relações jurídicas de direito público vem sendo emprestado um caráter vertical, na qual o Estado coloca-se em um plano mais elevado em relação ao particular, assumindo uma posição de autoridade, pela qual é possível impor unilateralmente deveres e obrigações a terceiros.⁴⁹²

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:⁴⁹³

Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Compreende, em face da sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas.

Analisados sob esse panorama, percebe-se que não faz sentido discutir os conflitos da maneira tradicional. Mostra-se essencial, nesses casos, considerar a implicância da supremacia do interesse público sobre a do particular.⁴⁹⁴ Sobre o tema, Carlos Alberto de Salles:⁴⁹⁵

Se as relações de direito público implicam uma supremacia do interesse da Administração sobre aquele do particular, a situação conflitiva não chega a se configurar, ante o fato de, inevitavelmente, prevalecer o interesse estatal. Com a submissão do interesse particular àquele do Poder Público, a situação conflituosa é resolvida, ainda que de maneira

⁴⁹¹ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 14.

⁴⁹² SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos* cit., p. 117.

⁴⁹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 31.

⁴⁹⁴ “Por efeito, da supremacia e indisponibilidade do interesse público decorreriam como consequências no regime administrativo a assunção de uma posição de superioridade da Administração Pública na sua relação com o particular, bem como a concessão de um conjunto de prerrogativas aos seus agentes na ação administrativa como a autoexecutoriedade de seus atos, a presunção de veracidade e outros não atribuídos ao indivíduo em geral” (MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um fundamento do regime administrativo: o princípio da prossecução do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 12).

⁴⁹⁵ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos* cit., p. 117.

provisória, por meio do exercício da autotutela,⁴⁹⁶ pela qual a Administração faz prevalecer seu interesse, ao menos até eventual impugnação do ato pelo particular.

Também conhecido como princípio da finalidade pública, a supremacia do interesse público mostra-se presente tanto no momento de elaboração das leis como na sua execução em concreto pelo Poder Público. “Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.”⁴⁹⁷

Sobre o tema, Emerson Affonso da Costa Moura:⁴⁹⁸

Note que a conexão entre a supremacia do interesse público sobre o privado como forma de garantir a ordem pública, demonstra seu inegável papel de reforço da autoridade estatal e da legitimidade dos seus atos, permitindo que restrição das liberdades públicas à luz deste conceito indeterminado que será definido pelo próprio poder público seja sustentado no interesse de todos, da sociedade e até da nação.

Assim, considerar a não existência de conflitos nas relações que envolvem a Administração Pública, em decorrência dessa posição de supremacia e na possibilidade de autotutela, faz com que o Judiciário figure na posição de órgão de controle, não sendo cabível falar propriamente em controle judicial da Administração, e, sim, em revisão judicial dos atos administrativos.

Essa visão do Judiciário como órgão de controle da Administração e a descon sideração de conflitos que envolvem a Administração acarretam consequências nocivas ao trato das coisas públicas e retiram da Administração a capacidade de solucionar conflitos de forma eficaz, o que impede a utilização dos outros meios de solução de conflitos e torna o relacionamento com os particulares mais complexo e custoso.⁴⁹⁹

⁴⁹⁶ “A *autotutela administrativa* é apontada como um dos princípios da Administração Pública, indicando tanto a possibilidade de anular e revogar seus atos ilegais, inconvenientes ou inoportunos, quanto de zelar pela integridade do seu patrimônio” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 73).

⁴⁹⁷ Idem, p. 68.

⁴⁹⁸ MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um fundamento do regime administrativo: o princípio da prossecução do interesse público* cit., p. 141.

⁴⁹⁹ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 76.

Também Gustavo Justino de Oliveira⁵⁰⁰ destaca que cabe à Administração reconhecer e abordar adequadamente seus conflitos para além dos limites do Judiciário:

Além disso, há uma ideia generalizada de que os conflitos em que a Administração ocupa um dos polos devem ser resolvidos exclusivamente pelo Judiciário, o que, além de infundado, constitui um desrespeito monumental aos direitos e garantias do cidadão dispostos na Constituição de 1988. A Administração não está acima do conflito: ela é obrigada a envidar todos os esforços e recursos disponíveis para a sua solução, para superá-lo na própria esfera administrativa, e não deslocar a legitimidade da tarefa para o Poder Judiciário. Posturas administrativas com esse delineamento estão fadadas a provocar a responsabilização de seus autores, pois configuram má administração e maculam o ordenamento jurídico.

Diversas situações que poderiam ser resolvidas no âmbito interno da Administração acabam no Poder Judiciário. Como efeitos dessa cultura, aponta-se o contínuo crescimento da quantidade de processos no Judiciário (uma vez que a estrutura não comporta) e, como consequência, a morosidade no processamento e julgamento das demandas e a queda na qualidade da prestação jurisdicional.⁵⁰¹

O Poder Público possui presença marcante e constante no Judiciário brasileiro, sendo suas demandas marcadas pela repetição e massificação. Segundo levantamento realizado pelo CNJ, o Poder Público aparece no *ranking* entre os maiores litigantes do Brasil.⁵⁰²

De acordo com o relatório feito em 2011 e conhecido como “100 maiores litigantes”, entre os dez maiores litigantes no *ranking* nacional, quatro são representantes do Poder Público: em primeiro lugar, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (22,3% do total dos processos ativos até 31 de março de 2010); em terceiro lugar, a Fazenda Nacional (7,45%); em quarto lugar, aparece a União (6,97%); e em sexto lugar, o Estado do Rio Grande do Sul (4,24%).⁵⁰³

⁵⁰⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. O setor público é obrigado a buscar soluções para os seus conflitos sem recorrer ao Judiciário: o papel da mediação, conciliação e arbitragem para a atual administração pública brasileira. Disponível em: <<http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/10/litigancia-no-setor-publico.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

⁵⁰¹ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 13.

⁵⁰² Idem, p. 12.

⁵⁰³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2011. p. 5 e 14.

Conforme relatório mais recente do CNJ, existem cerca de 100 milhões de processos em andamento na Justiça brasileira, e, novamente, em grande parte deles, o Poder Público figura como parte. Em 2012, o mesmo levantamento acerca dos “100 maiores litigantes” apontou como o maior litigante o setor público federal, com 12,14% dos processos, ficando o setor público municipal em terceiro lugar, com 6,88%, e o setor público estadual em quarto lugar, com 3,75%, o que demonstra que o Estado é um dos maiores responsáveis pela superlotação do Judiciário.⁵⁰⁴

Atualmente, resta incontestável o quadro de sobrecarga do Judiciário. Além disso, o fato de a Administração ser “a maior litigante do país, compondo o polo ativo ou passivo da imensa maioria dos processos judiciais, tal qual é notório, inclusive existindo varas judiciais dedicadas exclusivamente às Fazendas Públicas”,⁵⁰⁵ faz refletir sobre a necessidade de resolução dos seus conflitos de maneira mais célere e menos onerosa.⁵⁰⁶

As estatísticas e conclusões do relatório do CNJ podem ser analisadas sob as mais diferentes perspectivas e metodologias. Entretanto, cabe indagar sobre os motivos que levam o setor público brasileiro a abarrotar o Judiciário com tantos recursos e demandas, muitas vezes injustificados e de efeitos meramente procrastinatórios.⁵⁰⁷

Tais motivos referem-se a uma cultura de gestão e de advocacia públicas arcaicas e descompromissadas com o interesse público, cujo principal escopo é a incessante busca por dilatar ao máximo o tempo para a solução dos conflitos dos quais a Administração Pública é parte, em flagrante ofensa ao princípio constitucional da eficiência e ao art. 5.º, inc. LXXVIII, da Carta Magna (duração célere e razoável dos processos administrativo e judicial).⁵⁰⁸

⁵⁰⁴ TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 1.

⁵⁰⁵ FREITAS, Danielli Xavier. Da solução de conflitos da administração pública por meio da arbitragem cit.

⁵⁰⁶ “O Diagnóstico da Justiça, levantamento estatístico promovido pelo Ministério de Justiça em 2004, traz o significativo dado de o Poder Público ser responsável por 79% dos processos autuados no Supremo Tribunal Federal. Cf. BRASIL. Ministério de Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. *Diagnóstico do Poder Judiciário*. Brasília: Ministério de Justiça, 2004. p. 52. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>>” (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos* cit.).

⁵⁰⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. O setor público é obrigado a buscar soluções para os seus conflitos sem recorrer ao Judiciário: o papel da mediação, conciliação e arbitragem para a atual administração pública brasileira cit.

⁵⁰⁸ Idem, *ibidem*.

Com relação ao tema, Gustavo Justino de Oliveira:⁵⁰⁹

O Poder Judiciário vem incentivando práticas administrativas com viés mais voltado ao emprego da mediação, conciliação e transação, entendidas como técnicas capazes de solucionar adequadamente os conflitos dos quais a Administração é parte, na própria esfera administrativa. [...] Métodos de ação administrativa calcados na escolha da arbitragem, conciliação e mediação de conflitos – ao lado da possibilidade da transação – devem tornar-se uma realidade cotidiana para a Administração brasileira. Isso certamente acarretará não somente uma diminuição significativa das demandas judiciais em que o setor público é parte, qualificando e especializando sobremaneira as Cortes de Justiça em nosso país, mas igualmente colocará em evidência a verdadeira vocação da Administração contemporânea, qual seja, a de agir, por meio de ações e de serviços realizados com máxima qualidade, em benefício dos cidadãos e da sociedade brasileira.

Enfim, a existência de relações entre o Poder Público e os particulares torna inevitável o surgimento de inúmeros e complexos conflitos, em especial no que diz respeito às relações contratuais. A supremacia do interesse público, ainda, torna mais difíceis e custosos tais relacionamentos, sendo cabível discutir as questões acerca da indisponibilidade do interesse público e suas consequências.

4.2 Interesse público primário e secundário

A partir do momento que o interesse geral passa a ser o fundamento do Estado, este começa a declarar a vontade de todos e o consentimento torna-se a fonte de legitimidade do Poder. Se a vontade geral se manifesta pela lei, esta adquire um caráter incontestável, passando a valer por si mesma.

Ao editar uma lei, o Estado deve considerar a vontade geral no intuito de preservar a sociedade, sempre se preocupando em não ofender a liberdade do indivíduo. Ao agir assim, a liberdade de alguns acabou gerando a opressão de outros, quando se deu início às reações provocadas pelas desigualdades sociais.⁵¹⁰

Quando se trata, portanto, da elaboração das leis, cabe fazer a distinção entre o direito privado e o público, analisando o interesse que se busca proteger, pois o primeiro

⁵⁰⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. O setor público é obrigado a buscar soluções para os seus conflitos sem recorrer ao Judiciário: o papel da mediação, conciliação e arbitragem para a atual administração pública brasileira cit.

⁵¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionabilidade administrativa na Constituição de 1988* cit., p. 237.

contém normas de interesse individual e o direito público, normas de interesse público. Para Celso Antônio Bandeira de Mello:⁵¹¹

Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados. Esta posição privilegiada encarna os benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão.

O surgimento de um direito público se deu em meados do século XIX e seu desenvolvimento somente ocorreu após a superação do primado do direito civil, o qual perdurou por muitos séculos, substituindo-se a clássica visão individualista do homem como fim único do direito pelo princípio da supremacia do interesse público sobre os individuais.

Diante desse novo quadro, que acarretou profundas transformações nas ordens econômica, social e política, o Estado reconheceu a importância de abandonar seu posicionamento passivo diante do individualismo acentuado e começar a se inserir de forma mais ativa no âmbito das atividades exclusivamente privadas.⁵¹² Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:⁵¹³

Em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas [...]. O mesmo ocorreu com o poder de polícia do Estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando resguardar a ordem pública, e passou a impor obrigações positivas, além de ampliar o seu campo de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem econômica e social. Surgem, no plano constitucional, novos preceitos que revelam a interferência crescente do Estado na vida econômica e no direito de propriedade; [...] cresce a preocupação com os interesses difusos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico nacional.

⁵¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 30.

⁵¹² “O Direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 69).

⁵¹³ Idem, *ibidem*.

Importa, ainda, destacar que há certa dificuldade de definição no conceito de interesse público e inúmeras opiniões a respeito.⁵¹⁴ Tal dificuldade reside no fato de tratar-se de uma noção vaga, imprecisa, por variar de acordo com as circunstâncias de tempo e lugar, ou ainda, como defendem alguns autores, por tratar-se de consideração subjetiva.⁵¹⁵ Emerson Affonso da Costa Moura ensina:⁵¹⁶

Isto porque a margem conferida pela lei à decisão concreta da Administração Pública do que é interesse público – que embora seja uma das categorias essenciais da disciplina administrativa não é dotado de parâmetros jurídicos substanciais de definição – é muito ampla, deixando a sua definição a critério exclusivo do governante ou do administrador, se confundindo, muitas das vezes, com a sua concepção subjetiva, pessoal.

Embora seja fundamental no processo de legitimação e tomada de decisão do Poder Público, por se tratar de um conceito abstrato e indeterminado, o interesse público mostra-se passível de manipulação e de confusão, o que permite, também, um amplo campo de atuação do arbítrio estatal.

Apesar de o interesse público representar um dos fins estatais inerentes, constantes e essenciais, sua realização efetiva e concreta pelo aparato administrativo e pela classe política muitas vezes leva em consideração a conveniência do momento, que não necessariamente coincide com as demandas da sociedade.⁵¹⁷ Para Emerson Affonso da Costa Moura:⁵¹⁸

⁵¹⁴ “O interesse público é conceito elástico e de difícil precisão. Muitas vezes, é utilizado como equivalente de bem comum, interesse geral, interesse social da lei, etc. [...] O interesse público pode também ser caracterizado em oposição ao interesse individual, considerando-o como o que pertence à generalidade das pessoas” (LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 125-126).

⁵¹⁵ José Carlos Baptista Puoli ensina que, pelo fato de as leis serem formadas por palavras, as quais, inúmeras vezes, possuem significados múltiplos, resta ao operador do direito interpretá-las, numa atuação integrativa, que ganhou maior espaço e liberdade de atuação a partir do momento em que o legislador passou a optar por formular as leis com palavras cada vez menos precisas. E isso tem sido cada vez mais comum, deixando larga margem de interpretação a ser realizada pelo operador no momento do uso da norma e de sua efetiva aplicação no caso concreto (*Responsabilidade civil do promotor de justiça: na tutela aos interesses coletivos (meio ambiente-consumidor-improbidade administrativa)*). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 49).

⁵¹⁶ MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um fundamento do regime administrativo: o princípio da prossecução do interesse público* cit., p. 158.

⁵¹⁷ “Uma vez que apenas alguns grupos de interesse na sociedade são capazes de exercer esta ação perante os poderes públicos, gera-se um desequilíbrio na esfera de representação de interesses permitindo a captura do Estado para a realização de interesses particularistas, embora ainda sob o manto do interesse público, uma vez que a fluidez e pluralidade deste conceito permitem albergar um amplo espectro de interesses” (Idem, p. 146).

⁵¹⁸ Idem, p. 145.

Por efeito, verifica-se comumente o falseamento dos fins, de forma que, embora a ação estatal seja legitimamente sustentada para a persecução de um interesse público, envolve outros interesses da classe dominante que ocupa o poder público, que atende formalmente o princípio da soberania popular, porém, subtraindo as instituições intermediárias como os partidos políticos, desviando dos interesses essenciais da comunidade social.

Assim, quando se trata do direito administrativo, esse termo e sua conceituação possuem extrema relevância, uma vez que ele será um dos critérios para analisar a atividade administrativa, “já que de sua definição depende a validade e legitimidade dos atos administrativos”.⁵¹⁹ Além disso, trata-se de um termo muito recorrente na fundamentação de decisões administrativas, judiciais, na doutrina e, ainda, nas discussões acerca da possibilidade de utilização dos meios consensuais em que a Administração figura como parte (quando se discute a indisponibilidade).

A partir desse momento, em que o interesse humano passa a fazer parte de um sistema previamente estabelecido de gestão de tais interesses, surge o desafio de organizá-los e estabelecer quais devem prevalecer ante os demais para se alcançar o bem comum por meio desse controle realizado pelo Estado.

Na tentativa de melhor elucidar o assunto, Phillip Gil França:⁵²⁰

Interesse público é objeto buscado por quem compõe um Estado (pessoa privada ou pública) para o benefício daqueles que precisam desse objeto, para, nesse sentido, proporcionar condições de vida digna nesse Estado, inclusive para si próprios.

Trata-se, portanto, de um fim, um objetivo a ser alcançado e promovido por todos (tanto Estado como a sociedade) em razão do dever geral de sucesso desse Estado, visando consolidar o que estabelece a Constituição Federal. Nesse sentido, o princípio do interesse público aparece inúmeras vezes nas leis que estabelecem competências à

⁵¹⁹ LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica* cit., p. 126.

⁵²⁰ FRANÇA, Phillip Gil. *Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo*. São Paulo: RT, 2013. p. 50.

Administração Pública, pois deve ser considerado pelo agente público no momento de suas decisões.⁵²¹

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:⁵²²

A defesa do interesse público corresponde ao próprio fim do Estado. O Estado tem que defender os interesses da coletividade. Tem que atuar no sentido de favorecer o bem-estar social. Para esse fim, tem que fazer prevalecer o interesse público em detrimento do individual, nas hipóteses agasalhadas pelo ordenamento jurídico. Negar a existência do princípio da supremacia do interesse público é negar o próprio papel do Estado.

A doutrina italiana⁵²³ recorrentemente faz a distinção entre interesses públicos ou primários – representados pelos interesses da coletividade como um todo – e interesses secundários,⁵²⁴ “que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade”.⁵²⁵

De acordo com os ensinamentos de Phillip Gil França:⁵²⁶

⁵²¹ “A Lei n. 9.784 de 29-1-99 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal) inclui o princípio do interesse público entre os princípios de observância obrigatória pela Administração Pública (art. 2.º)” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988* cit., p. 241).

⁵²² *Idem*, p. 248.

⁵²³ Cf. ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1960. p. 197.

⁵²⁴ “Poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, [...] ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas ‘seus’, enquanto pessoa, enquanto entidade animado do propósito de despende o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 33).

⁵²⁵ *Idem*, *ibidem*.

“Neste sentido, remonta-se à clássica distinção entre os interesses coletivos *primários* e *secundários* da doutrina italiana, para tentar identificar como interesse público apenas aqueles interesses coletivos da sociedade, que podem coincidir ou não com o interesse da maioria, mas o que denota seu caráter público é o modo como toda a coletividade é afetada pelos respectivos interesses” (MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um fundamento do regime administrativo: o princípio da prossecução do interesse público* cit., p. 181).

“Diferencia-se o interesse público em duas figuras: a do interesse público primário, relativo ao bem comum da sociedade como um todo, e o interesse público secundário, de forma mais direta vinculado ao interesse do Estado, da administração pública de um dado e concreto momento” (PUOLI, José Carlos Baptista. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. In: COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 321).

⁵²⁶ FRANÇA, Phillip Gil. *Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo* cit., p. 51-52.

Inegavelmente, busca o Estado a realização de um interesse público primário (da coletividade, fruto do produto da consideração dos anseios e das aspirações determináveis de uma sociedade em um dado tempo e espaço) e, se assim for passível de confluência com aquele, de um interesse público secundário (normalmente, o interesse da Administração não diretamente ligado ao produto dos anseios sociais, mas que neles, necessariamente, espelham-se. São subinteresses públicos que, ao final, para assim se caracterizar, possuem o mesmo destino do primário).

Emerson Affonso da Costa Moura⁵²⁷ explica que a Administração Pública não atua com autonomia absoluta, mas na medida da consecução do interesse público consagrado na Constituição ou na legislação que impõe a sua atuação determinada na adoção de certas medidas para a sua concretização, inclusive a sua valoração em concreto, com a eleição de uma das opções possíveis dentro do campo concedido pela norma.

“Por isso os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa.”⁵²⁸ A Administração não pode agir da mesma forma e com a mesma liberdade permitida aos particulares, sob pena de esvaziar sua missão e até mesmo sua razão de existir.

Assim, o interesse público não se confunde (i) com o interesse da Administração Pública, enquanto aparato administrativo – o que poderia ser conceituado como interesse público secundário; (ii) com o interesse egoístico dos agentes públicos; (iii) com o somatório dos interesses individuais; e (iv) com o interesse da maioria da população – o que seria uma concepção antidemocrática e opressora.⁵²⁹

Nesse sentido, Emerson Affonso da Costa Moura:⁵³⁰

Sustenta-se, portanto, o conceito do interesse público como “um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem de vida”, ou seja, um conjunto de interesses privados que tornam-se públicos quando “passa a ser também identificado como interesse de todo o grupo, ou, pelo menos, como um querer valorativo predominante da comunidade.

⁵²⁷ MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um fundamento do regime administrativo: o princípio da prossecução do interesse público* cit., p. 203.

⁵²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 33.

⁵²⁹ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 80.

⁵³⁰ MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um fundamento do regime administrativo: o princípio da prossecução do interesse público* cit., p. 181.

O principal erro na conceituação de interesse público consiste na tentativa de homogeneizar de forma simplista todas essas visões em um único interesse público. Nesse sentido, cabe ressaltar a importância de haver compatibilidade entre o interesse da sociedade como um todo e o interesse de uma pluralidade de indivíduos que integram a comunidade. Para tanto, a atuação da Administração Pública precisa estar em consonância com a realização e promoção de um interesse público, o que vincula os atos administrativos aos fins das suas funções.⁵³¹

Enfim, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público, a Administração Pública é mandatária de um interesse, qual seja o interesse público. Tal interesse, por não ser próprio, mas pertencente a toda uma coletividade, impediria, teoricamente, a Administração de transacioná-lo. Nesse sentido, grande parte do foco de resistência relativa à utilização dos meios consensuais na esfera pública encontra-se relacionada com o modo de compreensão dos interesses públicos e os questionamentos acerca dessa indisponibilidade.⁵³²

4.3 O dogma da indisponibilidade do interesse público

O direito administrativo, tal qual se conhece atualmente, edificou-se tendo como pressuposto duas ideias centrais: a necessidade de proteção dos direitos individuais com relação ao Estado e a prossecução e realização do interesse público. Portanto, a concretização dos interesses públicos tornou-se um dos principais objetivos do Estado de Direito contemporâneo e, conseqüentemente, da Administração Pública.

O princípio da supremacia do interesse público, assim, constitui um dos alicerces do regime jurídico administrativo. Durante anos, tal supremacia absoluta serviu como ponto de partida para a tomada de decisões dos agentes públicos. Contudo, após profundas transformações políticas, econômicas e sociais, parte da doutrina passou a

⁵³¹ “Por efeito, a tendência é a participação dos cidadãos na Administração Pública, que envolve a identificação do interesse público de modo compartilhado com a população, associa-se ao decréscimo da discricionariedade, propicia atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos e liga-se também as práticas contratuais baseada no consenso, na negociação e na conciliação de interesse” (MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um fundamento do regime administrativo: o princípio da prossecução do interesse público* cit., p. 160).

⁵³² PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial cit., p. 161.

propor a possibilidade de flexibilização e de algumas mudanças nesse conceito anteriormente pacificado.⁵³³

Tais transformações podem ser consideradas uma espécie de ataque na tentativa de desconstruir o princípio da supremacia do interesse público, e defende-se a ideia de que, se a Administração Pública não pudesse utilizar suas prerrogativas em certas circunstâncias determinadas pela lei, resultaria em uma sociedade anárquica e desorganizada. Sustenta-se que essa supremacia não era absoluta nem eterna, mas devia existir como forma de garantir a estabilidade e a ordem, essenciais para vida em sociedade.

Uma das razões pelas quais as construções acerca do princípio da supremacia do interesse público se mostraram frágeis e contraditórias reside no fato de não se alinhar à atual compreensão dos princípios, segundo a qual espera-se ponderação nos casos concretos em que existir colisão. Essa incompatibilidade entre a ideia de supremacia (absoluta) e de ponderação (relativização) faz com que a definição de interesse público não deva prevalecer aprioristicamente, ou seja, sua construção deve acontecer caso a caso.⁵³⁴

De acordo com André Luis Bergamaschi:⁵³⁵

Por outro lado, o princípio da supremacia do interesse público tem, de fato, sua validade enquanto “pensamento diretor” do ordenamento jurídico e como recurso que reforça o caráter publicista do Direito Administrativo e a necessidade de dissociar a finalidade do Estado dos interesses dos próprios governantes e de outros entes privados.

Logo, defende-se que existem situações indeterminadas, em que não há ponderação prévia feita pelo ordenamento jurídico, ficando difícil determinar se predomina o interesse coletivo ou o privado.⁵³⁶ Tais situações somente podem ser decididas após um juízo de ponderação *in casu*, sem posicionamento apriorístico. Nessas circunstâncias, cabe

⁵³³ Até os autores que se aferrem a esse princípio reconhecem a necessidade de sua “reconstrução”, de sua adequação à dinâmica social, de sua adaptação visando à harmonização dos interesses (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 142).

⁵³⁴ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 56.

⁵³⁵ Idem, *ibidem*.

⁵³⁶ “Há situações em que essa ponderação já foi feita previamente pelo ordenamento, em forma clara de regra, favorecendo, inclusive, o interesse coletivo, como é o caso da desapropriação, autorizada para destinação pública pelo texto constitucional, em contraposição ao interesse privado na propriedade. Por outro lado, o ordenamento por vezes limita o interesse coletivo, como se diz, por exemplo, das limitações às interceptações telefônicas na investigação de crimes, em favor do interesse privado e da proteção aos direitos individuais” (Idem, p. 56-57).

à Administração analisar cada caso concreto e, por meio dessa ponderação, decidir e motivar qual interesse prevalece em detrimento dos outros.

Diante da repercussão de tais críticas, a doutrina tradicional, que antes se limitava apenas a consagrar tal supremacia, viu-se obrigada a buscar fundamentos teóricos, jurídico-positivos, históricos, políticos e metodológicos que permitissem a manutenção do referido princípio como alicerce do regime administrativo.

Com o advento do Estado Democrático de Direito,⁵³⁷ a ideia de supremacia do interesse público ganhou novos contornos, atrelada à proteção aos direitos fundamentais do homem. Essa mudança motivou também um fenômeno que ficou conhecido como Constitucionalização do Direito,⁵³⁸ segundo o qual todas as normas devem ser vistas sob a luz da Constituição Federal, inclusive o direito administrativo. Para Emerson Affonso da Costa Moura:⁵³⁹

Corresponde à constitucionalização do Direito, portanto, um processo que não se confunde com a introdução de uma Constituição rígida em um ordenamento jurídico, mas de transformação da ordem jurídica pela sua impregnação por normas constitucionais, que passam a condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais.

A Constituição Federal passa a ter novo significado dentro do ordenamento jurídico, alcançando seus princípios *status* de norma basilar e preponderante.

⁵³⁷ “Para Dalmo de Abreu Dallari, o Estado Democrático deve ser norteado por três pontos fundamentais: a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos, buscando-se impor limites aos objetivos políticos. Para ele, é imprescindível a participação do povo na organização e funcionamento do Estado, pois este povo saberá resguardar a liberdade e a igualdade expressando livremente sua vontade soberana” (WEINMANN, Gustavo Seiji Sendoda. *Interesse público e sua supremacia sobre o interesse privado*. 2010. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 14. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31407/M1417JU.pdf?sequence=>>>. Acesso em: 23 nov. 2017).

⁵³⁸ “O Estado Constitucional, segundo Dallari, emerge-se paralelamente com o Estado Democrático, culminando com o surgimento dos documentos legislativos chamados de Constituição e conjugando três grandes objetivos: a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a busca da racionalização do poder, este último difundindo uma era de racionalismo, em que se passa a confiar na habilidade da razão, atuando à luz da experiência” (Idem, p. 14-15).

⁵³⁹ MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um fundamento do regime administrativo: o princípio da prossecução do interesse público cit.*, p. 151.

“A consequência dessa constitucionalização foi uma maior preocupação social trazida pela nova Constituição, visando o desenvolvimento e a realização da justiça social, ao passo que essa preocupação tem reflexos significativos no Direito Administrativo.”⁵⁴⁰

Esse processo de constitucionalização do direito permitiu à disciplina do direito administrativo a revisão de alguns conceitos do seu regime jurídico, que, apesar de fundado sob uma concepção autoritária, se mostrava incompatível com essa nova ordem constitucional estabelecida com base nos princípios fundamentais do direito administrativo.⁵⁴¹

Essa nova perspectiva fornecida pelo fenômeno da constitucionalização fez com que o direito administrativo reavaliasse seus critérios, substituindo-os pelos princípios que regem o Estado Democrático de Direito e colocam o interesse público como principal finalidade a ser buscada pelo Estado. Isto porque os direitos fundamentais, que representam bens essenciais à sociedade, identificam-se com o interesse público, cabendo à Administração Pública sua proteção e promoção.⁵⁴² Para Emerson Affonso da Costa Moura:⁵⁴³

Isto porque, atuando o Direito Administrativo como disciplina de realização efetiva dos direitos fundamentais da pessoa produz-se um profundo impacto nas suas instituições, de forma que, quando a atuação administrativa com fins de gestão do público atua com *unilateralidade* sem a participação da sociedade, atenta contra os direitos fundamentais e acaba, portanto, se afastando do interesse público.

⁵⁴⁰ WEINMANN, Gustavo Seiji Sendoda. *Interesse público e sua supremacia sobre o interesse privado* cit., p. 15.

“O comando de uma nova ordem constitucional importa, portanto, em uma revisão e ampliação dos institutos de Direito Administrativo, com o reconhecimento dos direitos fundamentais que contemplam a pessoa humana e garantem o seu direito de participação da sociedade” (MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um fundamento do regime administrativo: o princípio da prossecução do interesse público* cit., p. 152).

⁵⁴¹ “O fenômeno de constitucionalização com a passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa, portanto, a ‘força motriz’ da mudança de paradigmas do direito administrativo, permitindo a impregnação da atividade administrativa por princípios e regras previstos na lei fundamental, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas do regime administrativo a partir de uma ótica constitucional” (MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um fundamento do regime administrativo: o princípio da prossecução do interesse público* cit., p. 153).

⁵⁴² “Por efeito, sob a égide de tal Estado, o interesse público torna-se um conceito substancial vinculado ao bem geral e integral da sociedade, sob a perspectiva da *centralidade do ser humano* na ordem jurídica e na *participação* dos cidadãos na deliberação pública, de forma que enquanto fundamento a atuação administrativa volta-se à proteção e promoção dos direitos fundamentais” (Idem, p. 156).

⁵⁴³ Idem, p. 159.

A partir dessas transformações, surgiu o questionamento acerca do verdadeiro significado do princípio da supremacia do interesse público, pois, em inúmeras situações, verificou-se que os administradores utilizavam “a ideia de interesse público como motivação, mas para atender a interesses da própria Administração ou até mesmo interesses particulares, e não para atender aos interesses da sociedade”.⁵⁴⁴

Diante de todos esses questionamentos, surge a ideia de desconstrução do princípio da supremacia do interesse público. Para Gustavo Seiji Sendoda Weinmann:⁵⁴⁵

Discutem os autores que defendem a ideia de desconstrução a possibilidade de dissociar o interesse público do interesse privado, chegando a ideia de ponderação no caso concreto dos interesses que estão em jogo, submetendo-se ao dever de proporcionalidade, regra básica para a tomada de decisão administrativa.

Durante muito tempo, a noção de interesse público esteve atrelada aos interesses do Estado, o que, por vezes, gerava certa confusão com o interesse do soberano. No Estado contemporâneo, tal situação é inaceitável, sendo a sociedade o titular do interesse público e o Estado o gestor desses interesses.

Logo, observa-se no direito administrativo contemporâneo que “o princípio da supremacia do interesse público não é disposto de cima para baixo, mas em mão inversa e objetiva proteger os interesses dos administrados”.⁵⁴⁶ Além disso, a indisponibilidade do interesse público decorre da supremacia do interesse público, princípio que orienta a Administração. Acrescenta Emerson Affonso da Costa Moura:⁵⁴⁷

Assim, do *princípio da supremacia do interesse público* alcança-se o *dever de proporcionalidade*, de forma que compete à Administração Pública à luz do caso concreto e dos valores constitucionais concorrentes buscar a solução que realize o máximo dos interesses em jogo, garantindo que entre as necessidades coletivas e as privadas prevaleça aquela que for de “melhor interesse público”.

⁵⁴⁴ WEINMANN, Gustavo Seiji Sendoda. *Interesse público e sua supremacia sobre o interesse privado* cit., p. 11.

⁵⁴⁵ Idem, p. 11-12.

⁵⁴⁶ LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica* cit., p. 126.

⁵⁴⁷ MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um fundamento do regime administrativo: o princípio da prossecução do interesse público* cit., p. 167.

Como salientado anteriormente, o Estado pode agir na defesa de interesses públicos primários ou secundários. Ao atuar na qualidade de Poder Público, no desempenho de suas funções política e legislativa, o interesse público é classificado como originário ou primário. Por outro lado, no desempenho da função administrativa, a Administração Pública age na execução do interesse público derivado ou secundário.

Ainda no tocante a essa diferenciação, os primários são indisponíveis e os secundários possuem natureza instrumental, vale dizer, existem para operacionalizar os primários, sendo disponíveis e suscetíveis de apreciação arbitral. “Esta conclusão, portanto, traz à tona a solução com referência à matéria suscetível de ser submetida à arbitragem: os interesses públicos derivados, de natureza instrumental e com características patrimoniais dispostos em contrato.”⁵⁴⁸

Além disso, existe uma classificação das atividades da Administração segundo a natureza do interesse público, diferenciando-se em atividades-fim ou atividades-meio. As primeiras acontecem quando o Estado age para satisfazer os interesses públicos primários, ou seja, aqueles referentes às necessidades da sociedade. Já as atividades-meio para atender os interesses públicos secundários (interesses institucionais do Estado, referentes aos seus atos, pessoas, serviços etc.).

Diante disso, admite-se que é na execução do interesse público secundário ou derivado que reside a zona de influência dos meios consensuais de solução de conflitos. Seguindo essa ordem de ideias, Selma Lemes:⁵⁴⁹

[...] verifica-se que o Estado, para atingir as atividades-fim, tutela interesses extremamente relevantes para a sociedade, posto que relacionadas ao bem-estar, saúde, segurança em que o ordenamento legal os classifica de afetos ao “*interesse público*”. Os interesses que tutelam são considerados supremos e indisponíveis. Mas essa indisponibilidade, apesar de ser regra, comporta relativização. A indisponibilidade pressupõe a inegociabilidade, que só pode ocorrer por vias políticas e na forma legal. Mas, para executar as “*atividades-meio*”, a indisponibilidade é relativa, pode ser negociada e recai sobre os “*interesses públicos derivados*” [...]

Após essa explanação acerca dos interesses públicos e sua classificação, cabe realizar o estudo dos direitos patrimoniais disponíveis e sua relação com o interesse

⁵⁴⁸ LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica* cit., p. 131-132.

⁵⁴⁹ Idem, p. 131.

público. Apesar de possuir um papel importante e influenciar a maneira como o direito contemporâneo se organiza, vem sendo destinada pouca atenção à conceituação e às questões que dizem respeito à disponibilidade e indisponibilidade.

Nesse panorama, o conceito responde “pela tarefa de delimitar o campo sujeito à exclusiva autonomia da vontade das partes, em contraposição àquele no qual ela não pode operar, parcial ou inteiramente”.⁵⁵⁰ Assim, “os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles direitos que as partes e seus detentores têm a livre disposição, para praticar atos da vida civil, tais como alienar, vender etc.”.⁵⁵¹

Por seu turno, a definição de direitos patrimoniais indisponíveis pode se balizar pelo valor social dos bens em questão, sendo considerados os direitos que protegem bens de interesse geral, por exemplo, os da família e da sociedade. Pode-se depreender que o “conceito de disponibilidade está relacionado com o de negociabilidade e de bens suscetíveis de valor e livres no mercado”.⁵⁵²

Na realidade, para fins didáticos, pode-se dividir a indisponibilidade em duas modalidades, de acordo com a sua origem ou de acordo com as consequências jurídicas que produzem. No primeiro tipo, ao qualificar uma relação entre bens e sujeitos, a indisponibilidade refere-se a determinada categoria de bens, e, nesses casos, não se pode modificar a titularidade originária do bem jurídico.

Tal tipo de indisponibilidade é também conhecida por indisponibilidade material e decorre das características do próprio bem, observando-se que, quanto à relação entre bem e sujeito, a regra é da disponibilidade, sendo a indisponibilidade a exceção.⁵⁵³

Certos bens são indisponíveis por sua própria natureza ou em razão de especial proteção jurídica a eles destinada. Enquadram-se nesse tipo aqueles bens tipicamente coletivos, por pertencerem a uma coletividade de sujeitos e por serem indivisíveis, sendo o meio ambiente o seu representante mais completo.

⁵⁵⁰ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos* cit., p. 288.

⁵⁵¹ LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica* cit., p. 124.

⁵⁵² Idem, *ibidem*.

⁵⁵³ “Os bens jurídicos, como regra geral, são disponíveis, isto é, podem ter sua titularidade modificada, direta ou indiretamente, pela vontade de seus titulares ou por decisão judicial. De forma excepcional, incide sobre determinadas modalidades de bens uma vedação jurídica quanto à sua disponibilidade, tornando bens dessa natureza insusceptíveis de terem alterada sua titularidade, por vontade das partes ou, até mesmo, por determinação judicial” (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos* cit., p. 289-290).

Por outro lado, certas situações geram conflito, pois confundem-se bens indisponíveis por sua própria natureza com aqueles que possuem sua disponibilidade condicionada a certos requisitos de forma ou substância. Tal situação caracteriza-se, por exemplo, quando há bens imóveis de incapazes, que dependem de autorização judicial para sua alienação.

No tocante ao segundo significado, a disponibilidade diz respeito à aplicação das normas jurídicas, indicando uma diferenciação entre as normas cogentes e dispositivas. Nesses casos, também chamados de indisponibilidade normativa, a proteção se dá relativamente à efetividade das normas.⁵⁵⁴

Diante disso, em alguns casos em que se fala em indisponibilidade, na verdade, o que se tem é a indisponibilidade do tipo normativa, sem que exista qualquer vinculação com a natureza do bem ou direito envolvido. Segundo Carlos Alberto de Salles:⁵⁵⁵

O mesmo ocorre, em igual medida, em relação ao Direito Administrativo. A indisponibilidade, usualmente afirmada de forma genérica, diz respeito, na maior dos casos, à sua categoria normativa. Na verdade, a *indisponibilidade material* verifica-se de maneira inteiramente excepcional em relação à administração pública, restrita àquelas situações nas quais a um bem público se empresta um caráter coletivo, em razão, por exemplo, de um atributo ambiental ou de um valor cultural. No mais das vezes existe apenas uma *disponibilidade condicionada* ou pura *indisponibilidade normativa*.

Tais questionamentos decorrem do fato de os agentes públicos agirem em nome de seus titulares e pelo fato de atuarem como gestores de bens públicos. Desse modo, a questão da indisponibilidade do interesse público é tema recorrente e gera controvérsias quando se discute a possibilidade de aplicação dos meios consensuais nas relações que envolvem a Administração Pública.

Com efeito, tanto os conceitos como os princípios representam pontos relevantes para todos os ramos do direito, em especial o direito administrativo. Nesse sentido, precisam ser interpretados de maneira coerente para que alcancem o verdadeiro objetivo

⁵⁵⁴ “Considere-se, por exemplo, a garantia constitucional obrigando à imediata comunicação da prisão de uma pessoa ao juiz competente. Embora essa norma possa beneficiar ao preso, no caso de relaxamento da prisão ilegal, trata-se de norma indisponível ou cogente, cuja observância se faz, antes, em benefício do próprio sistema, pouco importando para sua efetivação a vontade do sujeito beneficiado. Não se submete a sua esfera de disponibilidade o cumprimento do dispositivo. Seria de inteira invalidade qualquer declaração do beneficiado no sentido de dispensar essa providência constitucionalmente prevista” (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos* cit., p. 291).

⁵⁵⁵ Idem, p. 292.

determinado pelo ordenamento jurídico, questões que serão abordadas de forma mais aprofundada nos próximos tópicos.

4.3.1 Do princípio da indisponibilidade do interesse público e as restrições da Administração Pública à lei

Tratando da Administração Pública, observa-se que seu objetivo é satisfazer as necessidades coletivas e alcançar os interesses públicos, sendo essencial que ela adote a melhor conduta do ponto de vista administrativo (técnico e financeiro), analisando cada caso concreto.

Portanto, estaria realizando o que se conhece por boa administração, atendendo aos princípios da boa-fé, da eficiência e da economicidade. A própria Lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, determina em seu artigo 2.º que é dever da Administração Pública atuar conforme a lei e o direito.⁵⁵⁶

A indisponibilidade dos interesses públicos refere-se ao fato de estarem sob uma condição especial, qual seja, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja. Qualificados como próprios da coletividade, são inapropriáveis e até mesmo “o órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever”.⁵⁵⁷

⁵⁵⁶ “Art. 2.º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I – atuação conforme a lei e o Direito; II – atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; III – objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; V – divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; VII – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X – garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; XI – proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; XII – impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.”

⁵⁵⁷ Para o administrador não há apenas um poder em relação a um objeto, mas, sobretudo, um dever, cingindo o administrador ao cumprimento da finalidade, que lhe serve de parâmetro (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 34).

Corroborando essa ideia, Carlos Alberto de Salles:⁵⁵⁸

O ordenamento jurídico brasileiro presta especial relevo aos direitos indisponíveis. Tanto assim que a Constituição Federal atribui sua defesa ao Ministério Público, instituição dotada de independência e autonomia em nossa ordem constitucional. Esse direcionamento normativo permite afirmar a existência de um direcionamento à intangibilidade dessa espécie de direitos. Nesse sentido, os direitos indisponíveis não se submetem exclusivamente à vontade das partes e, ainda mais, possuiriam diferenciada proteção institucional a bem de sua efetividade.

Nesse tipo de relação, caracterizada como interna ao setor público, não existe um poder em relação ao objeto, mas, sobretudo, um dever que vincula o administrador ao cumprimento da finalidade estabelecida em lei, verdadeiro parâmetro que o orienta para agir e fundamentar seus atos.

O dever e a finalidade predominam nas atividades que envolvem o Poder Público, sempre lembrando que o agente público se encontra adstrito aos interesses públicos, não podendo livremente dispor desses interesses, uma vez que “o titular deles é o Estado, que, em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa”.⁵⁵⁹

Na verdade, quando se trata da expressão indisponibilidade do interesse público, deve-se ter certo cuidado e atenção, atentando sempre para o sentido específico empregado. “Não se trata de negá-la, mas de compreender seu exato significado, sem generalizar a indisponibilidade para todos os bens, negócios e relações da Administração Pública.”⁵⁶⁰

Quando se analisam o interesse público e sua relação com o regime de indisponibilidade dos bens públicos, cabe destacar que tal indisponibilidade significa apenas a vinculação que deve haver entre as ações administrativas e os interesses do Estado, e estes prevalecem sobre os interesses dos agentes públicos e dos particulares.

Considerando tais assertivas, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:⁵⁶¹

As pessoas administrativas não têm, portanto, disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de

⁵⁵⁸ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos* cit., p. 288-289.

⁵⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 34.

⁵⁶⁰ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos* cit., p. 293.

⁵⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 35.

outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso a Administração e suas pessoas auxiliares têm caráter meramente instrumental.

Nesses casos, portanto, resta claro que o que existe não é propriamente uma indisponibilidade, mas, sim, uma “compulsoriedade e inafastabilidade do vínculo de interesse”.⁵⁶² Os administradores que descumprem aquilo que está determinado na legislação e deixam de priorizar o interesse público não estão dispondo desse interesse, mas violando as normas que fariam com que este prevalecesse.⁵⁶³

Após estabelecer o conteúdo e o significado da indisponibilidade do interesse público, cabe tratar das consequências advindas dessas peculiaridades no âmbito administrativo. Por estar subordinada à lei e por não ter disponibilidade sobre os interesses públicos (devendo apenas curá-los de acordo com finalidades preestabelecidas), a Administração submete-se a diversos princípios, entre os quais:⁵⁶⁴

a) legalidade, com suas implicações ou decorrências, a saber: princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado;

b) da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública e seu cognato, o princípio da continuidade do serviço público;

c) do controle administrativo ou tutela;

d) da isonomia, ou igualdade dos administrados em face da Administração;

e) da publicidade;

f) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos;

g) do controle jurisdicional dos atos administrativos;

h) da eficiência administrativa.

O princípio da legalidade, disposto no artigo 5.º, II, da Constituição Federal, e também como princípio de administração, no artigo 37, *caput* do mesmo diploma, traz a

⁵⁶² SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos* cit., p. 293.

⁵⁶³ Melhor assim expressar o princípio implicado nessa discussão como *vinculação ao interesse público*, uma vez que a dicotomia disponível/indisponível, como visto supra, possui significado normativo diverso daquele comumente utilizado (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos* cit., p. 293).

⁵⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 35.

subordinação da Administração Pública à lei e surge como uma decorrência da indisponibilidade do interesse público. Tais afirmações, com toda a certeza, abrangem tanto a atividade administrativa quanto o administrador, devendo este atender ao disposto na lei.⁵⁶⁵

Como decorrência do referido princípio, encontra-se a finalidade, uma vez que “não se compreende uma lei, não se entende uma norma, sem entender qual seu objetivo”.⁵⁶⁶ Para aplicar corretamente uma lei é primordial que se entenda sua finalidade e que tal ato esteja em perfeita sintonia com o objetivo por ela perseguido, sob pena de se caracterizar abuso de poder, isto é, uma extrapolação do limite ao poder discricionário.

Outra decorrência do princípio da legalidade é o princípio da razoabilidade, sendo que a discricionariedade administrativa deve agir de maneira sensata, lógica e congruente. Cumpre-se a finalidade legal quando a Administração adota medidas razoáveis de acordo com a análise de cada caso concreto.⁵⁶⁷

Também o princípio da proporcionalidade do ato decorre do princípio da legalidade e deve estar de acordo com a situação que demandou sua expedição. Qualquer excesso considerado desnecessário estaria violando o escopo normativo. Dito isto, para Celso Antônio Bandeira de Mello:⁵⁶⁸ “Assim, a providência administrativa *mais extensa* ou *mais intensa* do que o requerido para atingir o interesse público insculpido na regra aplicanda é inválida, por consistir em um transbordamento da finalidade legal”.

Procede, ainda, da legalidade o princípio da motivação, segundo o qual se impõe à Administração Pública o dever de motivar todas as suas atividades, o que equivale a expor as razões de direito e de fato pelas quais tomou determinada providência. Agindo dessa forma, portanto, a Administração coaduna sua atividade com todos os princípios supraelencados.

⁵⁶⁵ “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. Esta última frase sintetiza, excelentemente, o conteúdo do princípio da legalidade” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 36).

⁵⁶⁶ Idem, p. 38.

⁵⁶⁷ “[...] discricção é margem de liberdade para atender o sentido da lei e em seu sentido não se consideram abrigadas intelecções indubiosamente desarrazoadas, ao menos quando comportar outro entendimento” (Idem, p. 39).

⁵⁶⁸ Idem, *ibidem*.

Por derradeiro, considera-se como decorrência do princípio da legalidade o princípio da ampla responsabilidade do Estado, “através do qual, se transgredi-la, incorre nas sanções previstas. Destarte, ficam assegurados os direitos dos particulares perante a ação administrativa”.⁵⁶⁹

O segundo princípio determina que o interesse público, fixado em lei, deve ser sempre atendido, uma vez que representa verdadeiro comando e, por isso, não se encontra à disposição da vontade do agente público. Assim, as pessoas administrativas são obrigadas a desenvolver uma atividade contínua para alcançar as finalidades públicas, o que coloca o princípio da continuidade do serviço público como um princípio derivado da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa.

Com clara vinculação ao princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, o princípio do controle administrativo significa que o Estado procede à prossecução das finalidades públicas que consagrou como pertinentes a si próprio. Nesse sentido, a implementação dessas atividades é realizada pelo próprio Estado, pelos chamados órgãos da Administração.⁵⁷⁰

Por seu turno, o princípio da isonomia⁵⁷¹ guarda estreita relação com o princípio da impessoalidade, na medida em que impede a Administração de se utilizar de favoritismo, em prol ou em detrimento de alguém. Considerada a gestora dos interesses públicos, não pode a Administração Pública tratar desigualmente aqueles cujos interesses representa, uma vez que não tem disponibilidade sobre tais bens. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:⁵⁷²

Não sendo o interesse público algo sobre que a Administração dispõe a seu talante, mas, pelo contrário, bem de todos e de cada um, já assim consagrado pelos mandamentos legais que o erigiram à categoria de interesse desta classe, impõe-se, como consequência, o tratamento impessoal, igualitário ou isonômico que deve o Poder Público dispensar a todos os administrados.

⁵⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 40.

⁵⁷⁰ “O controle administrativo ou tutela é o poder de que dispõe o Estado, exercitável através dos órgãos da Administração, de conformar o comportamento das pessoas auxiliares suas aos fins que lhe foram legalmente atribuídos” (Idem, p. 43).

⁵⁷¹ “Isonomia é igualdade entre os iguais, isto é, entre os que preenchem as mesmas condições ou se encontram em situações comparáveis” (Idem, p. 46).

⁵⁷² Idem, p. 44.

De acordo com o princípio da publicidade, é direito da sociedade conhecer os atos praticados pelos agentes públicos, porquanto estes tutelam interesses da coletividade. O próprio artigo 1.º, parágrafo único, da Constituição Federal estabelece que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Assim sendo, tal princípio determina a transparência que deve imperar nas atividades administrativas.

Por ser a atividade administrativa serviente, os interesses públicos são inalienáveis, isto é, não pode a Administração Pública alienar ou ser despojada dos direitos que a lei consagrou como internos ao setor público.⁵⁷³ Tal princípio é conhecido, como o próprio nome diz, como princípio da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos.

Além disso, de nada adiantaria estabelecer exigências quanto à submissão dos atos administrativos à Constituição e às leis se não houvesse meios, por intermédio de órgãos imparciais e independentes, de coibir abusos e infrações. Diante disso, o princípio do controle jurisdicional dos atos administrativos estabelece a possibilidade de atos contrários à lei poderem ser considerados inválidos, sem prejuízo das reparações patrimoniais cabíveis.

Corroborando tudo o que foi dito até o momento, Emerson Affonso da Costa Moura:⁵⁷⁴

Não cabe a fundamentação da atuação estatal em um “abstrato e indecifrável interesse público”, devendo a juridicidade dos atos estatais ser auferida à luz da ordem jurídica, em especial, com os “princípios norteadores da atividade administrativa e com os direitos fundamentais, considerados núcleos da Constituição”, o que impõe à Administração Pública um ônus argumentativo maior para demonstrar a legitimidade de sua atuação.

Finalmente, Odete Medauar ensina que, de acordo com o que determina o princípio da eficiência, “a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população”.⁵⁷⁵ Contudo, esse dever de eficiência da Administração Pública jamais pode descuidar de atingir a finalidade,

⁵⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 46-47.

⁵⁷⁴ MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um fundamento do regime administrativo: o princípio da prossecução do interesse público* cit., p. 168.

⁵⁷⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno* cit., p. 141-142.

adotando medidas adequadas, “atentando para os custos administrativos envolvidos, que devem ser minimizados salvo se sua redução provocar queda na adequação ou maior restrição de direitos do administrado”.⁵⁷⁶

Vale lembrar também que o princípio da legalidade dos atos da Administração Pública procura fazer valer a finalidade pública por meio da vontade estatal como representativa da sociedade. Portanto, a busca pela eficiência deve ser canalizada em consonância com o que determinam as permissões legais dadas à atuação no caso, dado que à Administração é vedado utilizar-se de expedientes que, apesar de atingirem a finalidade com eficiência, desconsideram as margens de sua atuação e violam a segurança do ato em si.⁵⁷⁷

Levando em consideração todos esses princípios, os demais conceitos abordados de interesse público e de indisponibilidade, resta claro que os deveres da Administração Pública devem ser observados sob pena de grave infração ao que está estabelecido em lei. Tais deveres representam verdadeiras limitações impostas ao agente público e determinam quais condutas devem ser observadas no momento de exercer as atividades administrativas.

Entretanto, como se verá no próximo tópico, dependendo do caso concreto, é possível verificar uma flexibilização do princípio da indisponibilidade do interesse público, entendendo que a utilização dos meios consensuais de forma adequada atendem exatamente a esse interesse público.

4.3.2 *Da flexibilização do princípio da indisponibilidade do interesse público*

Após abordar diversas questões acerca do princípio da supremacia do interesse público, cabe lembrar que sua relevância reside no fato de que, dependendo da visão adotada, distintas também serão as consequências no que tange à possibilidade de adoção das práticas consensuais pela Administração Pública ao dirimir seus conflitos.⁵⁷⁸

⁵⁷⁶ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 61.

⁵⁷⁷ Idem, p. 62.

⁵⁷⁸ “Por isso, é importante que se entenda a dualidade existente entre os posicionamentos no tema da supremacia: de um lado, a posição de que referido princípio representa uma solução apriorística e, de outro, a ideia de que o valor deste interesse apenas pode ser verificado caso a caso, de forma a permitir alternativas de decisão e ponderação de todos os interesses envolvidos” (Idem, p. 57).

O interesse público, assim, não está em dissonância com a consensualidade, pelo contrário, pode-se perceber que aquele, muitas vezes, se alcança por meio deste. Juliana Bonacorsi de Palma⁵⁷⁹ destaca:

Ainda que se admita o princípio da supremacia, o ato consensual pode ser considerado o próprio interesse público, de forma que a atuação administrativa consensual não determina a prevalência do interesse privado em detrimento do interesse público, pelo contrário, segundo esse argumento a consensualidade corresponderia ao processo de satisfação do interesse público concretizado no acordo administrativo. [...] Tendo em vista os possíveis efeitos positivos da consensualidade – como a efetividade da decisão bilateral, a economia de tempo e de custos, bem como a maior adequação da solução negociada em relação às particularidades da situação concreta –, é importante que se reconheça o ato consensual como a própria expressão do interesse público.

Portanto, o interesse público pode ser atingido pelos meios consensuais, pois, (i) pelo viés material, o interesse público pode representar 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 recursos) podem ser alcançadas.⁵⁸⁰

Para se chegar ao consenso do que seria interesse público, é necessário realizar uma ponderação de interesses existentes. Além disso, a supremacia do interesse público não pode ser considerada um obstáculo ao uso dos meios consensuais na atuação da Administração Pública, pois todas as vantagens advindas dessa adequada utilização atendem ao interesse público em si.

Ainda, ao tratar desse assunto, outra questão que surge diz respeito ao aspecto conceitual. O fato de os conceitos disponibilidade/indisponibilidade possuírem uma utilização dicotômica, uma significando a exclusão da outra, gera sérios problemas. Trata-se de conceitos

[...] com um sentido plurívoco, que acabam por conduzir à sua utilização em uma extensão indevida, qualificando, como indisponíveis, situações

⁵⁷⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 153.

⁵⁸⁰ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 58.

jurídicas às quais esse atributo não deveria ser aplicado, como ocorre em relação aos negócios da Administração Pública.⁵⁸¹

Um dos erros mais comuns refere-se à afirmação de indisponibilidade do interesse público. Tal afirmação acaba abrangendo toda e qualquer relação que envolve a Administração Pública, restando inviabilizada qualquer possibilidade de transação no âmbito administrativo e excluindo qualquer meio de solução de conflitos diferente da jurisdição estatal. Quanto ao assunto, Carlos Alberto de Salles:⁵⁸²

Na discussão quanto à indisponibilidade, no tocante à Administração Pública, esse conceito padece de igual falta de uniformidade. Com efeito, indisponibilidade é utilizada em sentido equívoco, permitindo extrair dela restrições não respaldadas pelo sistema jurídico. Em primeiro lugar, para afirmar a ausência de qualquer disponibilidade nos negócios da Administração, de forma a vedar qualquer negociação e transação no âmbito do Poder Público. Em segundo, para sustentar a existência de uma *reserva de jurisdição*, pela qual qualquer disputa envolvendo a Administração Pública deve ser submetida à apreciação judicial.

Ainda, ao analisar a seara administrativa, “a questão tem nuances e contornos especiais, pois, de início, impõe-se verificar a abrangência dos direitos patrimoniais disponíveis *vis-à-vis* o interesse público que permeia toda a atividade da Administração”.⁵⁸³

Com efeito, ensina Selma Lemes:⁵⁸⁴

Assim, não há falar-se em indisponibilidade absoluta, mas relativa, pois é indubitável que, para atingir os fins colimados e objetivados pelo interesse público, a Administração conta com certa parcela de liberdade para agir, dispor e contratar; tudo para atingir o mister de realizar suas atribuições focadas no interesse público, no interesse geral.

Após esse esclarecimento, cabe lembrar que a incorreta utilização e extensão do termo indisponibilidade do interesse público ao regime jurídico a que se sujeitam os bens do Estado também geram problemas. O engano reside no fato de que tais bens, por representarem meros instrumentos na busca pelo interesse público, que é tratado como indisponível, seriam, conseqüentemente, indisponíveis. Novamente, não se trata

⁵⁸¹ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos* cit., p. 289.

⁵⁸² Idem, p. 292.

⁵⁸³ LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica* cit., p. 124.

⁵⁸⁴ Idem, p. 128.

propriamente de uma indisponibilidade, mas do fato de que os bens públicos possuem uma vinculação a certas finalidades públicas específicas, as quais devem atender, situação na qual se encontram disponíveis.⁵⁸⁵

Portanto, afirma Carlos Alberto de Salles:⁵⁸⁶

Verifica-se, assim, que, como regra, não existe indisponibilidade dos bens públicos. Na verdade, os bens públicos submetem-se a um regime de *disponibilidade condicionada*, [...], devendo sua disposição atender a determinados requisitos de ordem material, como a vinculação a determinada finalidade, e processual, com a exigência de licitação.

“Existe, isto sim, de um lado, um princípio de vinculação ao interesse público, e, de outro, uma disponibilidade condicionada dos bens públicos.”⁵⁸⁷ Em suma, pode-se verificar que a indisponibilidade vem sendo tratada erroneamente no âmbito do direito administrativo, o que proporciona confusões acerca dos bens de interesse público e sua abrangência.

A indisponibilidade, assim, tanto do interesse público quanto dos bens públicos deve ser afastada quando usada como regra geral. Assim, conclui-se que, no direito administrativo, a indisponibilidade de bens e interesses jamais deve ser encarada de forma absoluta e generalizada.⁵⁸⁸

Quando se trata dos meios consensuais de solução de conflitos, sua pertinência, sob o ponto de vista legal, tem projeção no objeto, vale dizer, na matéria a ser submetida a esses meios. A Lei n. 9.307/1996 (Lei da Arbitragem), em seu artigo 1.º, dispõe: as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Também o artigo 3.º da Lei n. 13.140/2015 determina que pode

⁵⁸⁵ “A administração pública, por exemplo, quando realiza o pagamento de uma obra ou uma simples campanha de vacinação, está dispondo de bens públicos. Nos dois casos, há uma transferência de valor em favor do particular, em forma de numerário ou da outorga do próprio bem. Nas duas hipóteses há evidente exercício de disponibilidade de recursos públicos. [...] Mais claramente ainda, há disponibilidade quando a Administração paga algum benefício assistencial, como o ‘bolsa família’, dispondo de bem público, no caso numerário, sem qualquer contrapartida imediata” (SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos* cit., p. 294).

⁵⁸⁶ Idem, *ibidem*.

⁵⁸⁷ Idem, p. 295.

⁵⁸⁸ “Ao contrário, relativamente aos bens, na maioria das vezes, há, isto sim, uma disponibilidade condicionada, no sentido de dever-se respeitar determinados requisitos de ordem material e processual. No que toca aos interesses, se bem entendida, a afirmada ‘indisponibilidade’ não expressa mais que uma vinculação das ações administrativas a finalidades determinadas” (Idem, *ibidem*).

ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

A disponibilidade constitui um dos critérios para utilização dos meios consensuais de solução de conflitos. Quanto a isso, certa parcela da doutrina utiliza a suposta indisponibilidade dos bens públicos como fundamento para afastar esses instrumentos quando há envolvimento da Administração Pública. Para Carlos Alberto de Salles:⁵⁸⁹

Na verdade, sustenta-se, a esse propósito, não haver, como regra geral, limites à disponibilidade dos bens do Estado relacionados à natureza “pública” desses bens. A esse respeito, afirma-se, isto sim, a existência de uma *disponibilidade condicionada*, indicativa da necessidade de se observar determinados requisitos substanciais e processuais para disposição de bens dessa espécie.

Ao transpor a questão para seara pública, ocorre a colisão com a questão da indisponibilidade dos interesses públicos a que se submete a Administração Pública. Deve-se levar em consideração que essa limitação não pode ser aplicada em sua totalidade e de forma absoluta. Para Selma Lemes:⁵⁹⁰

O correto entendimento do conceito que tem como objetivo proteger e velar pelos haveres públicos (e seu caráter de indisponibilidade) não impede que a Administração eleja a arbitragem como modo idôneo de solução de controvérsias, mas opera em sentido de restringir as questões que possam ser submetidas à arbitragem...

Diante de todo o estudo proposto, infere-se que o argumento quanto à indisponibilidade do interesse e dos bens públicos como obstáculo à efetiva utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos nas controvérsias que envolvem a Administração Pública suporta dois grandes erros.

Em primeiro lugar, como explicado anteriormente, com relação à inadequada utilização e conseqüente extensão dada ao conceito de indisponibilidade. Em segundo lugar, por erroneamente inferir da legislação (Lei de Arbitragem e Lei da Mediação) uma

⁵⁸⁹ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos* cit., p. 288.

⁵⁹⁰ LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica* cit., p. 125.

reserva de jurisdição para todo litígio que envolva direitos indisponíveis. Nesse aspecto, Carlos Alberto de Salles:⁵⁹¹

A esse propósito, precisa restar claro que a submissão de determinado litígio à arbitragem ou a outro mecanismo voltado à sua solução não implica renúncia ou disposição dos direitos em relação aos quais controvertem as partes. Ao contrário, esses mecanismos significam um recurso destinado à sua proteção ou efetivação.

Não se pode confundir indisponibilidade de bens e direitos com impossibilidade de renúncia ou obrigatoriedade de submissão de controvérsia à jurisdição estatal. Esta última representa verdadeira hipótese excepcional de processo necessário, ou seja, reserva de jurisdição decorrente da obrigatoriedade de alcançar uma consequência jurídica pelo processo judicial, e não necessariamente da indisponibilidade do direito envolvido.⁵⁹²

Já no caso dos atos administrativos, como regra, sua realização, validade ou execução independem da submissão à jurisdição estatal, porquanto tais atos se realizam e se consumam validamente dentro do próprio âmbito da Administração Pública.⁵⁹³ Assim, ensina Carlos Alberto de Salles:⁵⁹⁴

Não há, portanto, qualquer entrave relativo à jurisdição afetando a possibilidade de utilização da arbitragem em relação a contratos administrativos. Os atos administrativos do Estado, em especial aqueles negociais, não dependem do Judiciário para sua realização, aperfeiçoamento ou validade.

Com relação a todas essas afirmações e fundamentações, ainda cabe ressaltar que as referidas justificativas aplicam-se também à conciliação e à mediação, na medida em que esses meios consensuais de solução de conflitos sofrem as mesmas críticas e barreiras para sua implementação.

A discussão acerca da disponibilidade dos bens públicos e todas as controvérsias que esse tema gera não podem ser motivo de vedação ao uso dos meios extrajudiciais,

⁵⁹¹ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos* cit., p. 296.

⁵⁹² Idem, *ibidem*.

⁵⁹³ “A jurisdição não é necessária para a prática de qualquer ato da Administração. Notável exceção, sem dúvida, é a desapropriação, cuja realização necessariamente deve ser feita por intermédio do juízo. Nesse último caso, salvo a hipótese de ‘desapropriação amigável’, diversamente do tratamento geral, há efetiva reserva de jurisdição estatal” (Idem).

⁵⁹⁴ Idem.

tendo em vista que não representam um ato de disposição e também pelo fato de a indisponibilidade não significar uma reserva de jurisdição.

Trata-se de evitar a generalização e de não sucumbir ao argumento simplório de que todo e qualquer litígio concernente a direitos patrimoniais indisponíveis deve ser obrigatoriamente submetido à jurisdição estatal, pois “a indisponibilidade não esvazia, por si mesma, o poder das partes interessadas transacionarem”.⁵⁹⁵

O que existe é a necessidade de adequação desses meios consensuais de resolução de controvérsias a certos valores, próprios do direito público. Trata-se, portanto, de uma dupla adequação, tanto do processo administrativo (pelo qual o Poder Público se vincula aos meios extrajudiciais) quanto do próprio processo de mediação ou arbitragem (visando garantir sua vinculação aos valores próprios da Administração Pública).⁵⁹⁶

Ainda, ao considerar a dicotomia “via consensual vs. via adjudicatória”, não há nenhuma garantia de que a solução adjudicada vai apresentar uma maior proximidade com o interesse público ou uma ponderação mais adequada nos casos concretos, ou seja, a manutenção da via adjudicatória, nos casos em que a via consensual é possível, não representa garantia de um instrumento em defesa da supremacia do interesse público.⁵⁹⁷

Assim, ao tratar desses meios alternativos, deve-se sempre levar em conta a importância das controvérsias existentes quanto ao interesse público, a disponibilidade de bens e direitos, os agentes públicos e os atos administrativos no momento de discutir a possibilidade de aplicação desses instrumentos na seara pública.

Enfim, os bens e interesses do Estado não podem ser automaticamente considerados indisponíveis por natureza pelo simples fato de serem públicos. Conforme salientado anteriormente, o que se estabelece é uma disponibilidade condicionada, o que significa que os atos de disposição precisam obrigatoriamente respeitar determinadas condições de ordem material e processual.

⁵⁹⁵ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos* cit., p. 297.

⁵⁹⁶ *Idem*, p. 298.

⁵⁹⁷ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 59.

4.4 Panorama legal dos meios adequados de solução de conflitos pela Administração Pública

No decorrer do trabalho, buscou-se modificar alguns pensamentos arraigados em padrões preestabelecidos acerca da indisponibilidade do interesse público e da supremacia absoluta do interesse público. A fixação em certos conceitos representa verdadeiros obstáculos da adequada utilização dos meios extrajudiciais que envolvem a Administração Pública.

A submissão às normas e o fato de atuar no sentido de garantir a preservação da própria Administração contra interesses meramente privados fazem surgir questionamentos sobre a efetiva possibilidade de a Administração Pública se valer desses instrumentos de solução de conflitos para auxiliá-la na resolução das suas controvérsias.

De acordo com uma pesquisa realizada pela Escola de Direito da FGV em parceria com a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL),⁵⁹⁸ foram constatadas dificuldades surgidas pela presença dos entes públicos, entre elas: limites à negociação pela Administração; receio com relação à responsabilidade pessoal do gestor público; indisponibilidade do interesse público e incerteza quanto à sua extensão (o que contribui para divergência de opiniões entre órgãos de controle e fiscalização – como Ministério Público e Tribunal de Contas – de acordo com o casuísmo ou impressões pessoais); carência de mecanismos ágeis para obter autorização para uma decisão (burocracia da Administração Pública); estímulo ao uso da via judicial; e dificuldade em assegurar a isonomia.⁵⁹⁹

Todas essas restrições representam verdadeiros desincentivos e geram sérios óbices operacionais ao Poder Público quando se trata da celebração de acordos e da possibilidade de uma solução consensual sem ter que recorrer à desgastante via judicial.

Apesar de a Administração Pública não se encontrar expressamente proibida de utilizar os meios extrajudiciais para dirimir seus conflitos, diferentemente do particular,

⁵⁹⁸ CUNHA, Luciana Gross; GABBAY, Daniela Monteiro (Coord.). *Projeto Pensando o Direito*. O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/vol-38_o_desenho_de_sistemas_de_resolucao_alternativa_de_disputas_para_conflitos_de_interesse_publico_fgv.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2018.

⁵⁹⁹ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 130-131.

está condicionada a várias limitações, pois sua atuação exige muitos cuidados que visam assegurar o interesse público e as finalidades da função administrativa.

Como sustentado anteriormente, o que existe na realidade é uma disponibilidade condicionada, sendo indiscutível a necessidade de uma adequação tanto dos meios alternativos quanto do processo administrativo, em razão dos valores próprios da Administração Pública. Assim, eventuais conflitos podem ser compostos desde que se preserve a *finalidade pública* específica a cada ato da Administração (como o atendimento a determinado interesse coletivo ou a algum direito fundamental).⁶⁰⁰

Apesar de cada área de atuação da Administração Pública (órgãos de proteção ao meio ambiente, área fiscal, arrecadação tributária) ter algum tipo de condicionante própria, neste capítulo buscar-seá listar as principais condicionantes.

Luciane Moessa de Souza elenca três grandes fundamentos jurídico-constitucionais para a adoção de métodos consensuais na resolução de conflitos que envolvem o Poder Público: a) o princípio do acesso à justiça (art. 5.º, XXXV, CF/1988), que exige a disponibilização de métodos adequados (sob os aspectos temporal, econômico e de resultados), sendo insuficiente uma simples garantia de acesso formal ao sistema judicial; b) princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CF), segundo o qual as demandas devem ser resolvidos de forma a melhor atender a relação entre custo e benefício; c) princípio democrático (fundamento de nossa ordem constitucional, art. 1.º, CF), que decorre de o Estado não ser um fim em si mesmo, cabendo ao Poder Público dialogar com os particulares na tentativa de encontrar uma solução adequada para os problemas.⁶⁰¹

Ademais, serão demonstrados os inúmeros benefícios decorrentes de uma escolha diferente da via judicial, entre os quais merecem destaque a celeridade, a menor onerosidade e a efetividade no cumprimento dos acordos. Por agregar muitos aspectos positivos, tais características atendem ao interesse público que deve ser perseguido pelos agentes públicos.

Considerando todas as observações realizadas ao longo deste capítulo, cabe agora discorrer sobre as alterações legislativas que ocorreram no ordenamento jurídico

⁶⁰⁰ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 130.

⁶⁰¹ SOUZA, Luciane Moessa de. *Resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público: caminho possível e adequado, com o devido respeito às peculiaridades do regime jurídico-administrativo* cit., p. 163.

brasileiro, a fim de melhor elucidar os questionamentos que hodiernamente dizem respeito à possibilidade de aplicação desses mecanismos extrajudiciais quando uma das partes é a Administração Pública.

Pelo fato de constarem em nosso ordenamento jurídico normas que regulamentam a adoção de meios extrajudiciais e consensuais pela Administração Pública em três vertentes, ou seja: (i) criando mecanismos consensuais; (ii) estabelecendo critérios para celebração de acordos; e (iii) atribuindo competência a ocupantes de cargos específicos para a realização de acordos, mostra-se importante listar as normas e instrumentos localizados.⁶⁰²

Para fins deste trabalho, entendeu-se conveniente abordar também os meios extrajudiciais que não constituem meios consensuais de acordo com o conceito aqui adotado, pois, apesar de não compor o objetivo específico desta tese, esse levantamento contribui para melhor elucidar como vem se desenvolvendo um panorama de direito positivo aberto à solução extrajudicial na resolução de conflitos que envolvem a Administração Pública, relativizando o uso exclusivo do processo judicial.⁶⁰³

a) O Decreto-lei n. 1312/1974 previa a arbitragem entre o Estado brasileiro e os organismos de financiamentos internacionais e assim dispunha:

Art. 11. O Tesouro Nacional contratando diretamente ou por intermédio de agente financeiro poderá aceitar as cláusulas e condições usuais nas operações com organismos financiadores internacionais, *sendo válido o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias derivadas dos respectivos contratos.*

b) Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993):

O artigo 55, § 2.º, da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993)⁶⁰⁴ determina a competência do foro da sede da Administração para dirimir questões contratuais, o que pode indicar uma exclusividade do Poder Judiciário estatal para a resolução de tais conflitos.

⁶⁰² BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 140-141.

⁶⁰³ Idem, p. 141.

⁶⁰⁴ “Art. 55, § 2.º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6.º do art. 32 desta Lei.”

Por outro lado, discute-se se o artigo 42, § 5.º, da mesma Lei não teria trazido uma autorização implícita para a adoção de “qualquer” mecanismo de solução de conflitos (privado ou não) quando se trata de licitações internacionais, ao dispor:

Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.

Quanto ao tema, José Maria Rossani Garcez destaca que entidades multilaterais de financiamento, como o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), preveem, nos editais-padrão das licitações de obras e aquisição de bens e serviços por eles financiados, a utilização da arbitragem. Contudo, o Tribunal de Contas da União possui posição restritiva no sentido da impossibilidade de adoção dessa cláusula dos editais.⁶⁰⁵⁻⁶⁰⁶

⁶⁰⁵ GARCEZ, José Maria Rossani. O Estado, suas agências, as empresas públicas e as sociedades de que participa na arbitragem privada. Recentes progressos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 8, p. 103-105, jan.-mar. 2006. Confira-se o Acórdão n. 1.099/2006 encontrado na pesquisa no TCU sobre o tema: “Da cláusula referente à fundamentação legal do contrato, consta que as partes contratantes submetem-se, além dos dispositivos da Lei n. 8.666/93, às disposições constantes das Normas de Aquisição do BID. *Trata-se de disposição contratual nula e, portanto, indevida, notadamente quanto aos procedimentos de arbitragem para solução de eventuais controvérsias [...], uma vez que incompatíveis com o interesse público e contrário ao estabelecido no artigo 1.º da Lei 9.307/96*”. Tal matéria, inclusive já foi abordada no âmbito do TC n. 004.031/2003-0, culminando no Acórdão n. 587/2003 – Plenário, por meio do qual ficou pacificado que o interesse tutelado na relação jurídica contratual é, inquestionavelmente, de natureza pública, sendo, portanto, indisponível. Daí, então, a nulidade de cláusulas editalícias e contratuais que estabeleçam procedimentos de arbitragem para solução de controvérsias relacionadas aos ajustes administrativos para a elaboração de projetos e/ou execução de obras e/ou serviços de engenharia rodoviária (BRASIL. Tribunal de Contas. Acórdão n. 1099/2006, Órgão Julgador: Plenário. Relator: Augusto Nardes. Julgado em: 05.07.2006).

⁶⁰⁶ “Não há um entendimento uniforme firmado no âmbito do Tribunal de Contas da União com relação ao tema, embora a tendência revelada seja desfavorável à arbitragem nos contratos firmados pela Administração. Na legislação brasileira visualiza-se uma tendência para a autorização da arbitragem em situações peculiares, sobretudo envolvendo determinados setores regulados por leis específicas (v.g., serviços de telecomunicação, inc. XV do art. 93 da Lei federal n. 9.472/97; exploração e produção de petróleo e gás natural, inc. X do art. 43 da Lei federal n. 9.478/97)” (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas cit., p. 242).

c) Lei Geral de Concessões (Lei n. 8.987/1995):

A redação original dessa Lei (que dispõe sobre a prestação de serviços públicos mediante concessão do Poder Público ao particular) estabelecia em seu artigo 23, XV: que são cláusulas essenciais do contrato de concessão aquelas relativas ao foro e ao *modo amigável* de solução das divergências contratuais.

Tal artigo foi considerado insuficiente para o uso da arbitragem, uma vez que esse mecanismo não pode ser considerado um modo amigável de solução de conflitos, aceitando-se a abertura de uso apenas da conciliação e mediação. Para sanar qualquer dúvida, a Lei n. 11.196/2005 incluiu na referida Lei de Concessões o artigo 23-A, segundo o qual:⁶⁰⁷

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, *inclusive a arbitragem*, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996.

d) Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/1997):

Em seu artigo 93, XV, previu expressamente a possibilidade de adoção de solução extrajudicial nas divergências contratuais, que abrange tanto os meios adjudicatórios (como a arbitragem) quanto os consensuais. A lei, ainda, foi mais além, ao prever que a rescisão do contrato pode se dar de forma amigável, mesmo que não especifique o procedimento.

Art. 115. A concessionária terá direito à rescisão quando, por ação ou omissão do Poder Público, a execução do contrato se tornar excessivamente onerosa.

Parágrafo único. A rescisão poderá ser realizada amigável ou judicialmente.

e) Lei dos Transportes Aquaviário e Terrestre (Lei n. 10.233/2001):

Essa Lei expressamente prevê a possibilidade de conciliação e arbitragem para solução de conflitos nos contratos previstos em lei, assim:

⁶⁰⁷ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 143.

Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a:

XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;

Art. 39. O contrato de permissão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a:

XI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem;

f) Lei de comercialização de Energia Elétrica (Lei n. 10.848/2004):

Prevê, em seu artigo 4.º, § 5.º, a arbitragem como forma de solução de conflitos entre os agentes integrantes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica:

Art. 4.º [...]

§ 5.º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996.

g) Parcerias público-privadas (PPPs):

A Lei n. 11.079/2004 institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro:⁶⁰⁸

Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento de instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.

Gustavo Justino de Oliveira entende que tais contratos (PPPs) traduzem uma forma contemporânea de assegurar serviços públicos de melhor qualidade, com menores

⁶⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 290.

custos para a sociedade.⁶⁰⁹ O autor, ainda, faz interessante observação acerca das PPPs, relativizando a verticalização da relação entre Administração Pública e particular.⁶¹⁰

Situando as PPPs no âmbito do que o autor denomina de *Administração paritária*,⁶¹¹ ocorrem trocas e concessões entre as partes, favorecendo um equilíbrio de interesses originalmente contrapostos. Assim, haveria pontos de convergência no contrato (o sucesso do empreendimento) e pontos de divergência (a forma de divisão de lucros e assunção de riscos). Ensina Gustavo Justino de Oliveira:⁶¹²

Subjacentes a essa nova modalidade contratual estão noções como (i) alta complexidade do objeto, execução e acompanhamento do ajuste, (ii) elevado nível de riscos a serem enfrentados pelos parceiros, em função do montante dos recursos financeiros envolvidos, das incertezas sobre os custos de construção e de operação e das dúvidas atinentes aos rendimentos a serem alcançados, (iii) estabelecimento de garantias especiais conferidas pelo parceiro público ao parceiro privado, destinadas a assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pela Administração, e (iv) dificuldade em atingir-se – em sede contratual – a ótima regulamentação dos interesses em jogo, quais sejam, os do parceiro público, do parceiro privado e da coletividade em geral.

Por se tratar de uma forma contratual ligada à prestação de serviços públicos, há forte defesa do uso da arbitragem e de outros mecanismos extrajudiciais, pois, constituindo instrumento de cooperação entre ente público e particular, o seu sucesso depende do cumprimento do contrato pelas partes, sem o que não haverá a segurança do capital investido em projetos de interesse do Poder Público, de forma que se teme que a solução de controvérsias sobre eventuais divergências surgidas no contrato fique sujeita às vicissitudes próprias do Poder Judiciário (como a possibilidade de recursos procrastinatórios gerando imprevisibilidade).⁶¹³

⁶⁰⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas cit., p. 245.

⁶¹⁰ “Na PPP é possível defender que haverá uma forte correlação entre os direitos e as obrigações do parceiro público e do parceiro privado, diferentemente do que acontece nos contratos administrativos tradicionais em que a relação jurídica instaurada é de caráter verticalizado em função da disciplina normativa que os rege” (Idem, p. 246).

⁶¹¹ Na doutrina italiana há estudos acerca de um direito administrativo paritário. Cf. MASUCCI, Alfonso. *Trasformazione dell’amministrazione e moduli convenzionali: il contratto di diritto pubblico*. Napoli: Jovene, 1988. p. 65-67; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas cit., p. 242.

⁶¹² OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas cit., p. 245.

⁶¹³ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 147.

No âmbito estadual (Estado de Minas Gerais), a Lei n. 14.868/2003 foi a primeira a instituir a possibilidade de adoção da arbitragem nas PPPs:

Art. 13. Os instrumentos de parceria público-privada previstos no art. 11 desta Lei poderão estabelecer mecanismos amigáveis de solução de divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem.

§ 1.º Na hipótese de arbitragem, os árbitros serão escolhidos dentre pessoas naturais de reconhecida idoneidade e conhecimento da matéria, devendo o procedimento ser realizado de conformidade com regras de arbitragem de órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 2.º A arbitragem terá lugar na Capital do Estado, em cujo foro serão ajuizadas, se for o caso, as ações necessárias para assegurar a sua realização e a execução da sentença arbitral.

Também no plano federal a Lei n. 11.079/2004 previu:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3.º e 4.º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

[...]

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Antes de sua aprovação pelo Congresso Nacional, o dispositivo *supra* sofreu críticas por não trazer a segurança jurídica necessária na aplicação da arbitragem, pois poderia prever mais detalhes, a exemplo da lei estadual mineira.⁶¹⁴ De qualquer forma, constata-se a existência de legislação no sentido de autorizar a adoção desses “mecanismos privados”, entre os quais situam-se também a conciliação e a mediação.⁶¹⁵

4.5 Supostos obstáculos aos meios alternativos para o Poder Público

Quando se trata da Administração Pública, existem certos cuidados que devem ser observados, pois seu regime particular demanda certas exigências e impõe algumas restrições. Apesar de o uso de meios consensuais pelo Poder Público estar apresentando

⁶¹⁴ GARCEZ, José Maria Rossani. O Estado, suas agências, as empresas públicas e as sociedades de que participa na arbitragem privada cit., p. 113.

⁶¹⁵ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 148.

inúmeros avanços, tanto no sentido quantitativo quanto qualitativo, ainda restam focos de resistência por parte dos doutrinadores e dos operadores do direito.

Segundo Maurício Morais Tonin, a Administração não está totalmente fechada à possibilidade de composição com administrados e contratados. Desde a autorização e discussão acerca de decisões administrativas até a manutenção e regularização de obrigações e contraprestações nas relações contratuais, a atuação do gestor público exige diálogo sobre as demandas e insatisfações de ambos os lados. E não há nenhum problema nisso. Contudo, para as situações em que não há diálogo, disposição política ou mesmo possibilidade jurídica de atendimento, o conflito é encaminhado ao Judiciário.⁶¹⁶

Ao tratar do assunto, Daniela Gabbay e Bruno Takahashi fazem referência a uma pesquisa empírica realizada no Programa Pensando o Direito”, do Ministério da Justiça, intitulado “O Desenho de Sistemas de Resolução Alternativa de Disputas para Conflitos de Interesse Público”.⁶¹⁷ Nessa oportunidade, identificaram-se como barreiras à autocomposição pela Administração: restrições orçamentárias, a responsabilidade do gestor público (sob a égide das leis de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa), a indisponibilidade do bem público, a inafastabilidade da jurisdição, o princípio da legalidade e a posição restritiva do Tribunal de Contas quanto aos meios alternativos de solução de conflitos.⁶¹⁸

Os mesmos autores defendem o surgimento de questões sensíveis relacionadas à mediação e conciliação envolvendo o Poder Público e elencam os quatro principais argumentos utilizados para fundamentar esse posicionamento restritivo, quais sejam: o

⁶¹⁶ TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 71.

⁶¹⁷ O Desenho de Sistemas de Disputas (DSD) foi primeiramente praticado nos EUA, na década de 1980. O DSD pode ser conceituado como o campo de estudos dedicado à organização de recursos e capacidades para a criação de processos específicos que permitam o gerenciamento dinâmico e a resolução criativa e eficiente de disputas complexas. De acordo com o autor, algumas iniciativas bem-sucedidas e criativas já aconteceram no âmbito da Justiça Federal. Como exemplo, cita a realização de audiência coletiva para desocupação de imóvel que aconteceu em Minas Gerais, em que se explicou para as famílias e vendedores ambulantes que ocupavam o imóvel o andamento do processo judicial, o procedimento de desocupação e a assistência que receberiam para a mudança, dando a oportunidade das partes se manifestarem. Além disso, as partes foram atendidas individualmente, o que resultou em 100% de êxito nos acordos (FALECK, Diego. Desenho de sistemas de disputas no contexto da justiça federal: uma introdução. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 229-232).

⁶¹⁸ GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. Desenho de sistemas e mecanismos consensuais de solução de conflitos na justiça federal: uma introdução. In: _____; _____ (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 17.

desequilíbrio de poder, a legalidade, a isonomia e a indisponibilidade do interesse público.⁶¹⁹

No tocante ao primeiro argumento, Owen Fiss assume posicionamento contrário ao acordo envolvendo a Administração Pública.⁶²⁰ Comentando esse pensamento, Daniela Gabbay afirma que tanto o desequilíbrio de poder quanto a disparidade de recursos entre os litigantes podem influenciar o acordo. Primeiramente, a parte mais vulnerável pode ter dificuldade em reunir e analisar as informações necessárias à previsão da decisão do conflito pelo Judiciário. Além disso, a qualidade de apresentação de sua pretensão pode ser inferior e a urgência da indenização pleiteada pode induzir a parte à celebração de um acordo para acelerar o pagamento, ainda que com valor inferior ao que conseguiria no Judiciário. E, ainda, a parte com menos recursos pode ser forçada a celebrar um acordo por não ter condições de arcar com os custos do processo judicial.⁶²¹

No entanto, a autora entende que esse desequilíbrio de poder que se estabelece na relação que envolve o ente público (litigante habitual) e o particular (litigante eventual) não pode ser visto como obstáculo intransponível ao uso de meios consensuais. O que realmente importa é saber quais as condicionantes e os cuidados necessários para que o uso desses meios possa ser legítimo e adequado.⁶²²

Por se tratar de questão delicada, cabe mencionar o posicionamento de Luciane Moessa de Souza. Segundo a autora, o melhor argumento em defesa dos meios consensuais na seara pública consiste em realizar sua comparação com o processo contencioso tradicional. Diante da sobrevalorização dos aspectos processuais (em que tantas e tantas vezes a questão de direito material é esquecida em prol de discussões processuais e também é comum que o “vencedor” seja quem melhor manipula o procedimento), a autora

⁶¹⁹ GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. Desenho de sistemas e mecanismos consensuais de solução de conflitos na justiça federal: uma introdução cit., p. 18.

⁶²⁰ O autor demonstra sua opinião contra ao mencionar o risco de que o acordo fosse feito em função dos recursos disponíveis por cada parte para financiar a demanda, o que faria com que tais recursos fossem distribuídos de maneira desigual. Ignorar esse fato seria perpetuar a desigualdade de divisão de recursos ou as diferentes capacidades das partes de suportar os custos da demanda, afetando o processo de obtenção do consenso (FISS, Owen. *Against settlement* cit., p. 124-125). Sobre os argumentos de Owen Fiss, vide item 1.1 (Movimento das ADRs).

⁶²¹ GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. Desenho de sistemas e mecanismos consensuais de solução de conflitos na justiça federal: uma introdução cit., p. 18-19.

⁶²² *Idem*, p. 19.

conclui que as possibilidades de enfrentar o desequilíbrio de poder são muito mais proficuas na mediação quando comparadas ao processo judicial.⁶²³

Quanto ao segundo argumento, qualquer dúvida acerca da legalidade da utilização de meios consensuais pelo Poder Público se encerra com as Leis n. 13.105/2015 (NCPC), n. 13.129/2015 (que altera a Lei de Arbitragem)⁶²⁴ e n. 13.140/2015 (Lei da Mediação). Ademais, a previsão constitucional⁶²⁵ e inúmeras outras previsões⁶²⁶ enfraquecem o argumento de ofensa à legalidade.

A noção de legalidade, dentro do direito administrativo consensual, deve se basear na busca do interesse público e ser construída com o administrado. O que importa, realmente, é que os acordos envolvendo a Administração Pública, como atos administrativos que são, sejam fundamentados.⁶²⁷

Por sua vez, quanto à isonomia, deve-se zelar para que haja mecanismos que imponham à Administração comportamento e apresentação de propostas similares em casos semelhantes que já foram objeto de acordo. Assim, em vez de ser utilizada como obstáculo para o uso de meios consensuais, a isonomia deve significar garantia de tratamento igualitário a todos os que se encontrem em situação idêntica.⁶²⁸

Luciane Moessa de Souza, inclusive, sugere a criação de um colegiado dentro da própria Administração Pública que, entre as suas atribuições, teria o dever de verificar a ocorrência desses casos semelhantes e analisar a viabilidade técnica e financeira de cumprir acordos com outros na mesma situação (análise de risco) para, se for o caso,

⁶²³ SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução de conflitos envolvendo o poder público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 199.

⁶²⁴ Artigo 1.º, § 1.º, da Lei n. 13.129/2015. “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

⁶²⁵ Artigo 98, I, CF/1988. “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a *conciliação*...”

⁶²⁶ Artigo 10 do Decreto-lei n. 3.365/1941 (dispõe sobre desapropriações por utilidade pública): “A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará. Neste caso, somente decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração” – desapropriação amigável.

Artigo 10, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001 (dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal): “Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do *caput*, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais”.

⁶²⁷ GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. Desenho de sistemas e mecanismos consensuais de solução de conflitos na justiça federal: uma introdução cit., p. 20-21.

⁶²⁸ Idem, p. 21.

autorizar os acordos. Tais decisões seriam tomadas de maneira colegiada, com a anuência de pessoas ligadas à área jurídica, bem como à área técnica afetada.⁶²⁹

Para tanto, é necessário que existam leis e normas administrativas claras que imponham, considerando parâmetros razoáveis, o tratamento isonômico dos casos, observada a devida publicidade.⁶³⁰ Faz-se evidente também a ressalva de que o dever de apresentar proposta de acordo não equivale a um dever correlato do particular em aceitá-lo, pois essa proposta deve ser encarada como uma nova via possível em favor do litigante ocasional, e não contrária a ele.⁶³¹

Quanto ao último argumento, a solução de conflitos pelos meios consensuais encontra limites na indisponibilidade de certos direitos e interesses, principalmente quando envolve o Poder Público. Apesar de alguns representantes de entes públicos indicarem a impossibilidade de conciliar com base no princípio da indisponibilidade do interesse público, voltamos ao que já foi dito por Carlos Alberto de Salles para melhor explicar a importância de analisar a expressão “indisponibilidade do interesse público”, destacando as duas modalidades que devem ser consideradas.⁶³²

Para o autor, devem ser levadas em conta duas modalidades distintas de indisponibilidade. Em um primeiro sentido, quanto à proibição de modificação da titularidade originária do bem jurídico. Nesse caso, a regra é a disponibilidade, ou seja, a possibilidade de modificação da titularidade. Já no tocante aos bens do Estado, a disponibilidade exige certas condicionantes; é o que se denomina disponibilidade condicionada. Assim, o simples fato de serem públicos não os torna indisponíveis, existindo apenas condições específicas para a sua disposição.⁶³³

⁶²⁹ SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução de conflitos envolvendo o poder público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz cit., p. 201.

⁶³⁰ “É importante que haja publicidade, se não do procedimento em si, pelo menos de seu resultado, para que particulares na mesma situação possam exigir a mesma condição de tratamento do Poder Público” (Idem, *ibidem*).

⁶³¹ GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. Desenho de sistemas e mecanismos consensuais de solução de conflitos na justiça federal: uma introdução cit., p. 21.

⁶³² V. item 4.3, sobre O dogma da indisponibilidade do interesse público.

⁶³³ “No tocante a esse primeiro significado, há bens que são indisponíveis por sua própria natureza ou por força de especial proteção jurídica (poder-se-ia falar em *indisponibilidade material*, por decorrer de atributos do próprio bem considerado)” (SALLES, Carlos Alberto de. A indisponibilidade e a solução consensual de controvérsias. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 213).

Em um segundo significado, a indisponibilidade refere-se à qualificação das normas jurídicas, fazendo-se a distinção entre normas cogentes e dispositivas.⁶³⁴ Nesses casos, a indisponibilidade volta-se a proteger a própria efetividade da norma, não um bem materialmente considerado. Para exemplificar, há indisponibilidade na necessidade de comunicação imediata da prisão de uma pessoa ao juiz competente, pois, ainda que o detido autorize, não se pode dispor dessa comunicação. Trata-se de uma norma cogente e, portanto, indisponível (*indisponibilidade normativa*).⁶³⁵

Dessa diferenciação pode-se concluir que: (i) o interesse público, por si só, não é indisponível em qualquer um dos sentidos *supra*; (ii) a preservação do interesse público, em muitas situações, pode justamente depender da transferência da titularidade dos bens do Estado (como ocorre na venda de bens públicos após a desafetação); (iii) a norma jurídica pode ser dispositiva – e daí disponível – justamente para preservar o interesse público.⁶³⁶

Assim, cabe destacar que a indisponibilidade do interesse público não pode jamais ser confundida com a disponibilidade do bem patrimonial. Aliás, em muitas situações, a disposição do bem representa justamente o alcance do interesse público, e não sua disponibilidade.⁶³⁷

Na ótica dos incentivos, é mister considerar a economia que pode ser gerada pelos acordos, além dos custos relacionados à imagem da Administração.⁶³⁸ Há, portanto,

⁶³⁴ “As normas de processo civil integram o direito público e são predominantemente *cogentes* (normas de ordem pública que não podem ser derogadas pela vontade do particular, uma vez que são editadas com a finalidade de resguardar os interesses da sociedade). Entretanto, embora menos comum, existem normas processuais civis *não cogentes/dispositivas* (são aquelas que não contêm um comando absoluto, inderrogável) que podem ser divididas em: (i) permissivas (quando autoriza o interessado a derogá-la, dispondo da matéria da forma como lhe convier); (ii) supletivas (aplicável na falta de disposição em contrário das partes). Assim, cabe citar o artigo 190 do NCPC, que ampliou as hipóteses de derrogação das normas processuais pelas partes, permitindo que elas convençionem alterações nos procedimentos com a fiscalização e supervisão do juiz” (ORTEGA, Flávia Teixeira. Todas as normas de processo civil são cogentes? Disponível em: <<http://draflaviaortega.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 18 nov. 2018).

Art. 190 do NCPC. “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

⁶³⁵ SALLES, Carlos Alberto de. A indisponibilidade e a solução consensual de controvérsias cit., p. 213.

⁶³⁶ GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. Desenho de sistemas e mecanismos consensuais de solução de conflitos na justiça federal: uma introdução cit., p. 23.

⁶³⁷ TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 73.

⁶³⁸ “Nesse sentido, considerando a vantagem econômica alcançada pelos programas de conciliação (economia gerada com acordos), tendo em vista o binômio tempo e custo, além dos custos relacionados à imagem da Administração como importantes elementos de convencimento à participação nesses programas” (GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. Desenho de sistemas e mecanismos consensuais de solução de conflitos na justiça federal: uma introdução cit., p. 23).

elementos suficientes para impulsionar a busca por mecanismos consensuais de solução de conflitos, principalmente aqueles que envolvam o Poder Público (que representam grande parte dos processos em trâmite na Justiça).⁶³⁹

Importa ressaltar que nem o desequilíbrio de poder, nem a legalidade, nem a isonomia, nem a indisponibilidade do interesse público representam obstáculos insuperáveis que justifiquem a não utilização dos meios consensuais na esfera pública. O essencial é saber como, ou seja, quais contornos o processo consensual deve possuir para que sejam respeitadas as peculiaridades dos interesses envolvidos e do procedimento quando há o envolvimento do Poder Público.⁶⁴⁰

⁶³⁹ TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 74.

⁶⁴⁰ GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. *Desenho de sistemas e mecanismos consensuais de solução de conflitos na justiça federal: uma introdução* cit., p. 24.

5 DAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA UMA MELHOR IMPLEMENTAÇÃO DOS MEIOS CONSENSUAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Diversos fatores demonstram a insuficiência ou a inadequação da exclusividade da tutela judicial na função pacificadora, entre eles: o formalismo excessivo, a complicação procedimental, a burocratização, a dificuldade de acesso ao Judiciário, o aumento das causas de litigiosidade em uma sociedade cada vez mais complexa e conflituosa e a cultura arraigada da adversariedade na mentalidade dos operadores do direito.⁶⁴¹

O que se propõe no trabalho, portanto, é defender a possibilidade de utilização dos mecanismos consensuais no âmbito da Administração Pública, sugerindo soluções para a devida implementação desses instrumentos mediante a criação de regulamentações internas e a utilização de critérios objetivos para assegurá-la.

A existência de uma bagagem jurídica excessivamente formalista e desvinculada dos aspectos éticos e sociais aliada à falta de visão interdisciplinar leva à compreensão dos motivos que acarretaram o aumento da utilização das formas consensuais de solução de conflitos⁶⁴² e justificam as vantagens que sua correta aplicação pode trazer para seara pública, lembrando ser o Poder Público um dos maiores litigantes do Brasil.

Pelo fato de o Poder Público ser parte em mais da metade dos processos judiciais em curso no País (segundo dados do CNJ),⁶⁴³ afirma-se que pouco ainda se produziu, seja em nível normativo, seja em nível doutrinário, seja em nível jurisprudencial, sobre a possibilidade de resolução consensual de conflitos envolvendo o Estado. Essa necessidade é evidente, principalmente pelo regime jurídico diferenciado da Administração

⁶⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC cit., p. 2.

⁶⁴² SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). Mediação de conflitos – novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 60.

⁶⁴³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes* cit., p. 5 e 14.

Nesse sentido, José Antônio Dias Toffoli afirma: “é a Administração Pública a responsável por significativo percentual das demandas judiciais em curso no país” (Movimento conciliatório e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF): breves considerações cit.).

Sobre o assunto, vide item 4.1 (Conflitos e a Administração Pública).

Pública em face dos particulares, que é responsável por estabelecer limites no momento da negociação.⁶⁴⁴

Outra questão de enfoque refere-se ao abarrotamento dos tribunais e o consequente acúmulo de litígios que ficam sem julgamento em tempo razoável, o que demonstra as implicações da falta da cultura de pacificação na sociedade pátria, evidenciada pela cultura da litigiosidade, antes mesmo da tentativa de solução dos conflitos pelos próprios interessados.⁶⁴⁵

O Poder Judiciário enfrenta sérias dificuldades para implementar uma cultura alternativa ao processo judicial. Tal fato constata-se pela conduta dos operadores do direito, que, no Brasil, têm uma formação voltada para a solução contenciosa dos conflitos, optando sempre pela demanda judicial e pelo proferimento de uma sentença imperativa dada pelo representante do Estado.

Com relação ao assunto, Luciane Moessa de Souza⁶⁴⁶ salienta que a formação jurídica do advogado brasileiro é baseada na cultura do litígio:

Nós, operadores jurídicos, somos formados apenas para litigar, temos a cultura adversarial, do enfrentamento, não somos treinados a ouvir, para dialogar, para identificar as prioridades e os reais interesses. Somos acostumados a pensar que, necessariamente, alguém vai ganhar e alguém vai perder. [...] o advogado que resolver se dedicar a esta atividade terá que rever seus paradigmas, suas técnicas e passar por profunda transformação profissional.

A existência dessa característica cultural aliada ao elevado custo financeiro constitui verdadeiro óbice no que diz respeito à acessibilidade do sistema a todos os titulares de direitos, sendo indiscutível a necessidade de superação desses obstáculos de ordem econômica e social que impedem a realização do efetivo acesso à ordem jurídica justa.

Hodiernamente, visualiza-se uma perspectiva evolucionista da Administração Pública que ficou conhecida como *Administração Pública paritária*.⁶⁴⁷ Esse panorama em

⁶⁴⁴ SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público: caminho possível e adequado, com o devido respeito às peculiaridades do regime jurídico-administrativo cit., p. 163.

⁶⁴⁵ BACELLAR, Roberto Portugal. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 86.

⁶⁴⁶ SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional* cit., p. 79.

que a tarefa de administrar pressupõe a negociação revela a necessidade de mútuas concessões que precisam se estabelecer entre Administração Pública e particulares na celebração de acordos.

Gustavo Justino de Oliveira entende que uma das principais consequências dessa intensificação das relações e do estreitamento dos laços entre Estado, empresas e organizações da sociedade civil é a busca pelo equilíbrio dos interesses das partes envolvidas, que até então eram contrapostos. “Com isso, a verticalização entre a Administração pública e o particular nas relações contratualizadas é – em algumas hipóteses – fortemente atenuada ou mesmo afastada.”⁶⁴⁸

A existência desse Estado propenso à negociação visando atingir os fins públicos atenua a relação de subordinação (mitigando a noção de autoridade e da imposição unilateral das decisões tomadas pelo Estado). Surge, assim, o que o autor denomina “um *novo direito administrativo*, fruto da gradual compatibilização da lógica da imposição e da unilateralidade com a lógica da negociação e da multilateralidade”.⁶⁴⁹

Assim, de acordo com o autor:⁶⁵⁰

Em franco desenvolvimento encontra-se a nova contratualização administrativa, a qual desenvolve-se em bases negociais mais amplas se comparadas aos modelos contratuais tradicionais, parecendo sinalizar (i) para uma maior paridade entre Administração e particular e (ii) uma reforçada interdependência entre as prestações a cargo de ambas as partes. Daí aludir-se à expressão Administração pública paritária, para caracterizar uma forma de administrar fundada no consenso, em módulos negociais, originando relações jurídicas que tendem a considerar Administração e particulares em uma situação mais próxima à horizontalidade, em que o ordenamento confere a ambos um tratamento mais isonômico.

Diante disso, os mecanismos consensuais revelam-se grandes aliados na busca pela pacificação social e, conseqüentemente, na árdua missão de conseguir a justiça dentro

⁶⁴⁷ Na doutrina italiana há estudos acerca de um direito administrativo paritário. Cf. MASUCCI, Alfonso. *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*: il contratto di diritto pubblico cit., p. 65-67; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas cit., p. 242.

⁶⁴⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas cit., p. 243.

⁶⁴⁹ Idem, *ibidem*.

Conforme atesta José Casalta Nabais, “[...] a ideia de que o direito público, nas relações entre o indivíduo e o Estado, tem como campo de aplicação os actos de autoridade (actos em que o Estado manifesta o seu imperium e impõe a sua autoridade ao administrado) está, desde há muito tempo, ultrapassada” (*Contratos fiscais*: reflexões acerca da sua admissibilidade. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. p. 24).

⁶⁵⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas cit., p. 267.

de um lapso temporal razoável, objetivos atualmente almejados tanto na seara particular quanto na pública.

Uma importante característica dessa justiça conciliativa consiste na ruptura com o formalismo processual excessivo. Essa *desformalização* é uma tendência, no sentido de proporcionar pronta solução aos litígios, constituindo verdadeiro fator de celeridade. Outras características citadas por Cintra, Grinover e Dinamarco são a *gratuidade* e a *delegalização*.⁶⁵¹

Esses mecanismos devem ser entendidos dentro de um contexto amplo de política judiciária, enquadrados como instrumentos complementares ao processo formal tradicional, mais adequados para algumas situações e destinados ao alcance de uma ordem jurídica justa.⁶⁵²

Carlos Alberto de Salles ressalta aspectos importantes sobre a utilização desses instrumentos nos Estados Unidos: (i) a flexibilidade na escolha e modelagem de mecanismos adequados para solucionar controvérsias consensualmente; (ii) amplo emprego de mecanismos alternativos para a solução de contratos administrativos.⁶⁵³

Diante desses aspectos, o autor faz observações interessantes: primeiro, a perspectiva da adequação processual relativamente a determinados conflitos e a introdução, no processo, do objetivo de propiciar soluções consensuais; segundo, o fato de a Administração Pública reconhecer-se em situações de conflito, aparelhando-se para solucioná-los com eficiência, visando melhores resultados, tanto para os particulares como para o próprio Estado, utilizando do consenso sem ferir as premissas pelas quais qualquer ação estatal deve se pautar.⁶⁵⁴

Importa, portanto, compreender que existem meios mais ou menos adequados, a depender do caso concreto (peculiaridades das relações, características das partes, objeto

⁶⁵¹ “Os meios informais gratuitos (ou, pelo menos, baratos) são obviamente mais acessíveis a todos e mais céleres. Por outro lado, a delegalização é caracterizada por amplas margens de liberdade nas soluções não jurisdicionais (juízos de equidade e não juízos de direito, como no processo jurisdicional)” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo* cit., p. 33).

⁶⁵² TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 46.

⁶⁵³ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos* cit., p. 193-194.

⁶⁵⁴ Sobre isso, Humberto Dalla Bernardina de Pinho afirma que o melhor modelo é aquele que adverte as partes pela procura da solução consensual, com todas as suas forças, antes de ajuizar um processo judicial (Marco legal da mediação no direito brasileiro. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 81).

pretendido), e que o encaminhamento correto do conflito nesse contexto de sistema multiportas significa ganhos incomensuráveis quando comparados com uma escolha pelo sistema judicial sem qualquer tipo de apreciação.⁶⁵⁵

Assim, Gustavo Justino de Oliveira conclui no seguinte sentido:⁶⁵⁶

Certamente que esses fenômenos devem ser interpretados sob a égide do regime jurídico-normativo a que encontra-se vinculada a Administração pública de um dado país. No entanto, o que vem recebendo constantes influxos dessa nova realidade é justamente a disciplina normativa a que são submetidas as relações negociais em que a Administração é parte implicando, além de intensos câmbios na legislação preexistente, a criação de aparatos legislativos mais adequados ao desenvolvimento dessas relações preferencialmente paritárias.

Sabino Casseese defende a ideia de que esses são os *novos paradigmas do Estado*, os quais

[...] colocam em discussão todas as noções, temas e problemas clássicos do direito público, da natureza do poder público e de sua atuação legal-racional orientada pela superioridade da lei, do lugar reservado à lei e de suas implicações (legalidade e tipicidade) para as relações público-privadas.⁶⁵⁷

Um desses novos paradigmas seria o fortalecimento da negociação no âmbito da Administração Pública, difundida por meio de acordos, em que “passam ao primeiro plano a negociação em lugar do procedimento, a liberdade das formas em lugar da tipicidade, a permuta em lugar da ponderação”.⁶⁵⁸

Considerando esse ambiente de transformação da Administração Pública e das suas relações,⁶⁵⁹ e, para que a sociedade possa utilizar e se beneficiar dos meios

⁶⁵⁵ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & direito de família*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 16.

⁶⁵⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas* cit., p. 243.

⁶⁵⁷ CASSESE, Sabino. *La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado*. In: _____. *La crisis del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. p. 159.

⁶⁵⁸ Para o autor, o paradigma bipolar Estado-cidadão daria lugar ao paradigma multipolar, em que “interesses privados coincidentes com interesses públicos comunitários estão em conflito com outros interesses públicos, de natureza nacional. Não há distinção ou oposição público-privado, assim como não há uma superioridade do momento público sobre o privado” (CASSESE, Sabino. *La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado* cit., p. 159). E inerente ao paradigma multipolar é a presença de múltiplos agentes e interessados na discussão de assuntos públicos, fato que eventualmente redundaria em acordos, exigindo para tanto “permutas recíprocas, fundadas sobre a negociação” (CASSESE, Sabino. *La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado* cit., p. 106).

⁶⁵⁹ “É nesse cenário em mutação que defende-se – senão a equiparação entre Administração pública e particular nas atividades de índole negocial – uma acentuada (e juridicamente protegida)

extrajudiciais de resolução de conflitos, é imprescindível o desenvolvimento de uma nova cultura social que possibilite a compreensão e a avaliação desses métodos, de forma a obter soluções mais rápidas, menos onerosas e efetivas.⁶⁶⁰

5.1 Consensualidade na Administração Pública

Observa-se atualmente, no âmbito da Administração Pública, o desenvolvimento de uma das mais promissoras – e desafiadoras – técnicas de ação administrativa, conhecida como atuação administrativa consensual. Essa consensualidade visa à satisfação do interesse público,⁶⁶¹ e a possibilidade de utilização dos mecanismos consensuais de solução de conflitos pela Administração Pública encontra-se inserida nesse contexto.⁶⁶²

Antes de iniciar o estudo da consensualidade, cabe lembrar que “o Direito Administrativo tradicional compreende a atividade administrativa como aquela formalizada em atos administrativos dotados de atributos característicos, que denotam a supremacia da Administração Pública perante o particular”.⁶⁶³⁻⁶⁶⁴ Nesse contexto, cada vez

interdependência entre as prestações a cargo de ambas as partes” (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas cit., p. 248).

⁶⁶⁰ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & direito de família* cit., p. 16.

⁶⁶¹ O autor ensina que a Lei alemã de Procedimento Administrativo (1976) estabelece a noção de contrato de direito público, cujo significado traduz precisamente o impulso conferido à Administração consensual na atualidade. Segundo o § 54 do referido diploma: “uma relação jurídica de direito público pode ser criada, modificada ou extinta por contrato (contrato de direito público), desde que isso não seja vedado por lei. Especialmente, pode a Administração em lugar de editar ato administrativo, celebrar contrato de direito público com quem seria o destinatário do ato administrativo”. A disciplina normativa germânica expressa a consagração do fenômeno da administração por acordos, o qual difundiu-se para diversos outros países europeus. A Lei italiana n. 241, de 7 de agosto de 1990, prescreve em seu art. 11 que “[...] a Administração competente pode concluir, sem prejuízo dos direitos de terceiros, e sempre em atendimento ao interesse público, acordos com os interessados, com o fim de determinar o conteúdo discricionário da decisão final ou, nos casos previstos em lei, a substituição da mesma”. Na Espanha, o art. 88.1 da Lei n. 30/1992 (Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum – LRJ-PAC) estipula que “as administrações públicas poderão celebrar acordos, pactos, convênios ou contratos com pessoas de direito público ou de direito privado, sempre que não sejam contrários ao ordenamento jurídico, nem versem sobre matérias não suscetíveis de transação e tenham por objeto satisfazer o interesse público a elas confiado, com o alcance, efeitos e regime jurídico específico que em cada caso preveja a disposição que o regule, podendo tais atos representar o término dos procedimentos administrativos, ou inserir-se nos mesmos em caráter prévio, vinculante ou não, à decisão que os finalize”. Por fim, o Código do Procedimento Administrativo de Portugal reconhece a existência, no art. 185, 3, (a) dos “contratos administrativos com objecto passível de acto administrativo”. Em face de todos os dispositivos supracitados, resta claro que tanto o ato administrativo quanto o contrato administrativo são atualmente entendidos como formas jurídicas adotadas pela Administração Pública para a consecução de suas tarefas. Ato e contrato configuram, pois, instrumentos de ação administrativa (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas cit., p. 252-253).

⁶⁶² TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 74.

⁶⁶³ Idem, p. 75.

mais os contratos administrativos vêm sendo utilizados na prática administrativa, ainda que a atuação administrativa típica se caracterize pela predominância da autoridade sobre o consenso.⁶⁶⁵

Pode-se dizer que a imperatividade sempre se difundiu pela teoria do direito administrativo e orienta a prática administrativa. Contudo, esse modelo de ação tradicional está sendo desafiado pela projeção da consensualidade. Não por outro motivo, essa consensualidade está sendo considerada como um dos eixos de transformação da Administração Pública e, por consequência, do direito administrativo.⁶⁶⁶

Gustavo Justino de Oliveira, ao tratar do tema, entende que o aumento quantitativo e qualitativo da atividade negocial da Administração Pública-particular amenizou a autoridade como eixo principal para o desenvolvimento das relações entre a Administração e os destinatários de sua atividade. Desse modo, não há como negar a retração da Administração de cunho autoritário, movimento acompanhado pelo avanço de uma Administração Pública consensual.⁶⁶⁷

As transformações apontadas – limitação da atividade administrativa impositiva a certos campos, com a consequente expansão do consensualismo para considerável parcela das atividades praticadas pela Administração – provocam uma mudança de eixo do direito administrativo, que passa a ser orientado pela lógica da autoridade continuamente permeada e temperada pela lógica do consenso.⁶⁶⁸

A partir da década de 1990, a Administração Pública passou a utilizar a *consensualidade* para exercício de suas competências administrativas. Inicialmente tímido, esse movimento de abertura à consensualidade teve uma expansão significativa nos últimos 15 anos e, hoje, alcança inegável importância na gestão pública. Entretanto, sua

⁶⁶⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica a diferença entre os termos “contratos da Administração” e “contratos administrativos”. V. item 3.1.3 – Contrato administrativo e contrato da administração.

Afirma a autora que se costuma dizer que, nos contratos de direito privado, a Administração nivela-se ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da horizontalidade e que, nos contratos administrativos, a Administração age como poder público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da verticalidade (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 260).

⁶⁶⁵ TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 75.

⁶⁶⁶ Esse é o entendimento, por exemplo, adotado por: BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 62 e ss. apud PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial cit., p. 144-145.

⁶⁶⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas cit., p. 251-252.

⁶⁶⁸ “A administração consensual não supera a administração imperativa, mas seguramente diminui o seu campo de incidência” (Idem, p. 253).

definição não é tarefa fácil, uma vez que se admitem diferentes conceitos de consensualidade no direito administrativo brasileiro.⁶⁶⁹

A definição de consensualidade torna-se ainda mais complicada, pois ela nasce do campo prático, a partir da experimentação de instrumentos consensuais criados por regulamentos editados por órgãos e entes administrativos.⁶⁷⁰ Diferentemente de outros sistemas jurídicos, que contêm permissivos genéricos em suas leis gerais de processo administrativo,⁶⁷¹ a Lei Federal de Processo Administrativo brasileira (Lei n. 9.784/1999) não prevê a consensualidade como mecanismo de ação administrativa, tampouco institui um instrumento consensual específico, apesar de mencionar a participação administrativa (artigos 33 a 35 da Lei n. 9.784/1999).

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto aponta como desafios da consensualidade: (i) discutir sobre a autonomia do direito administrativo; (ii) respeito à isonomia; (iii) como delimitar a discricionariedade em face da resistência cultural; (iv) questão cultural; (v) desafio de motivação da escolha de mecanismos consensuais; (vi) dever de especificar o interesse público, de forma a especificar que, embora outros interesses públicos não sejam integralmente contemplados, o interesse escolhido é o mais

⁶⁶⁹ “Define-se a consensualidade de acordo com a natureza dos instrumentos em uso pela Administração Pública, de modo que se admitem diferentes conceitos de consensualidade no direito administrativo brasileiro. A consensualidade administrativa pode adquirir diferentes compreensões a depender do panorama operacional no qual se insere e seus principais instrumentos de efetivação” (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial cit.*, p. 144-148).

⁶⁷⁰ Como exemplo, as Agências Reguladoras possuem atos normativos que disciplinam o funcionamento de suas próprias técnicas de atuação administrativa consensual. Como consequência disso, tanto a listagem dos instrumentos quanto o regime jurídico a eles aplicados não são uniformes na Administração Pública brasileira. Ao analisar os acordos substitutivos de sanção, fica evidente que a nomenclatura diversa significa a fragmentação da disciplina jurídica do instituto, assim: no âmbito da CVM (termo de compromisso); na Anac (termo de ajustamento de conduta); na Anatel (termo de compromisso de ajustamento de conduta) (Idem, p. 146).

⁶⁷¹ Uma das grandes referências da consensualidade no direito administrativo comparado corresponde à *Legge* n. 241/1990 (Lei de Processo Administrativo italiana), pois o permissivo genérico para a celebração de acordos administrativos se encontra no art. 11-*bis*: “in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell’articolo 10, l’amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo”. No direito administrativo espanhol, menciona-se o art. 88 da *Ley* n. 30/1992, que dispõe sobre o processo tramitado internamente à Administração: “[l]as Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que em cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin” (Idem, p. 147).

importante no momento, motivo pelo qual deve prevalecer; (vii) deslocamento da vinculação do administrador à lei para a covinculação ao acordo (cláusulas exorbitantes não podem levar o acordo consensual para rescisão unilateral); (viii) controle dos atos consensuais (como por exemplo, fornecer mecanismos para o controle ou cultuar órgãos de controle que admitam esses atos consensuais).⁶⁷²

Juliana Bonacorsi de Palma classifica essa consensualidade em sentido amplíssimo, amplo, estrito e restritíssimo. No primeiro caso, a atuação consensual corresponde a qualquer forma de participação do administrado, ainda que não vinculante. Essa definição contempla todos os mecanismos que viabilizam o diálogo entre Administração e administrados, e tais contribuições em sede de participação administrativa *não vinculam* a decisão administrativa.⁶⁷³

Nessa acepção, admite-se que a manifestação de vontade dos administrados e a reivindicação de seus direitos podem se dar por meio de diferentes instrumentos jurídicos, tais como: instrumentos participativos (audiências públicas,⁶⁷⁴ consultas públicas)⁶⁷⁵ e também nos instrumentos jurídicos (ajustes de conduta, acordos governamentais,

⁶⁷² Cf. anotações de aula feitas por Maurício Morais Tonin, da matéria Consensualidade na Administração Pública (DES 5822), do curso de pós-graduação na Faculdade de Direito da USP, no segundo semestre de 2014, lecionada pelos Professores Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto e Vitor Rhein Schirato (TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem cit.*, p. 81).

⁶⁷³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial cit.*, p. 148.

⁶⁷⁴ As *audiências públicas* são realizadas presencialmente, em data e hora marcada, e qualquer interessado pode comparecer e se manifestar sobre a proposta do ato em discussão. Pode também o Poder Público explicar os motivos do ato administrativo em construção, integrando o particular à racionalidade que ensejou a tomada de decisão em determinado sentido. Por exemplo, a Lei de Licitações e de Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/1993) prevê a realização de audiência pública para grandes contratações públicas: “Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea ‘c’ desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados” (Idem, p. 149).

⁶⁷⁵ Nas *consultas públicas* a participação administrativa é feita por meio de contribuições eletrônicas. As Agências Reguladoras brasileiras estão adotando esse procedimento para promover a participação administrativa: Art. 42 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97): “As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca” (Idem, p. 150).

transações judiciais, contratos administrativos, meios de resolução extrajudicial de conflitos).⁶⁷⁶

Em sentido amplo, seria qualquer acordo de vontades envolvendo a Administração Pública. Com relação ao sentido amplíssimo, ficam excluídos todos os denominados instrumentos de participação administrativa. Quanto ao sentido estrito, consensualidade corresponde a qualquer forma de acordo de vontades que envolva a Administração Pública, desde que em âmbito administrativo, isto é, excluem-se as transações e os acordos judiciais.⁶⁷⁷

Por fim, “no sentido restritíssimo, a consensualidade corresponde à concertação administrativa, isto é, à negociação da prerrogativa imperativa que a Administração Pública detém para impor unilateralmente suas decisões administrativas”.⁶⁷⁸

Pela negociação da prerrogativa imperativa, o próprio conteúdo das decisões administrativas pode ser ajustado, por exemplo, quando um ato administrativo é substituído por um acordo administrativo, afastando-se consensualmente a prerrogativa imperativa.⁶⁷⁹

Passa o administrador público a perceber que, muitas vezes, a atuação administrativa deve ser realizada por meio de acordos administrativos, percebendo que a consensualidade vem se tornando um mecanismo que pode viabilizar e ser muito mais eficiente na promoção das finalidades públicas pela Administração.⁶⁸⁰

Todas essas diferentes perspectivas da atuação negocial no âmbito da Administração Pública abalam a regra da verticalização das relações contratuais entre Administração e particular, sinalizando um maior equilíbrio entre as partes nessas relações. Ademais, parece claro que essa nova forma do agir administrativo resulta na ampliação das

⁶⁷⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial cit., p. 148.

⁶⁷⁷ TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 77.

⁶⁷⁸ Gustavo Justino de Oliveira define “ação concertada” ou “concertação” como um método flexível de governar ou de administrar, em que a Administração renuncia ao emprego de seus poderes com base na imperatividade e unilateralidade, aceitando realizar acordos com os particulares destinatários da aplicação concreta desses poderes, para ganhar uma colaboração ativa dos administrados (Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: RT, 2008. p. 36-37); TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 77.

⁶⁷⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial cit., p. 154.

⁶⁸⁰ TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 78.

bases consensuais no campo em que consenso e bilateralidade são elementos indispensáveis: a atividade administrativa negocial.⁶⁸¹

Parece, portanto, “que uma forte linha de transformação reside no (relativo) superamento da premissa do desnivelamento do particular-contratado em face da Administração-contratante, como elemento de caracterização de todo e qualquer contrato administrativo”.⁶⁸²

5.1.1 O controle judicial da consensualidade

Após tratar da atuação consensual administrativa, interessa realizar uma observação acerca do controle jurisdicional relativamente à consensualidade.

Carlos Ari Sundfeld ensina que as normas de direito administrativo regulamentam a realização do interesse público e, sendo a Administração a encarregada de buscá-lo, necessita de poderes de autoridade (de onde advém sua posição de superioridade em relação ao particular). Entretanto, tais poderes são condicionados, pois devem obediência ao princípio da legalidade (a Administração só os tem desde que previstos em lei), e seu exercício, além de ser dever do administrador (e não mera faculdade), deve atender à sua função (só pode ocorrer para realizar os fins previstos em lei). Assim, “para permitir seu registro e controle, a ação administrativa está sujeita à publicidade e ao formalismo, exigindo a realização de procedimentos e a observância de inúmeros requisitos formalísticos”.⁶⁸³

Continuando sua linha de pensamento, Carlos Ari Sundfeld:⁶⁸⁴

Talvez a mais ardente chama do inferno dos administradores seja a resultante da articulação das funções administrativa e judicial. Nenhum ato administrativo é definitivo; todos podem ser levados ao exame do Judiciário, para aferição de sua legalidade. Isso gera uma inevitável interferência dos juízes no fluxo da ação administrativa.

Nesse contexto, a consensualidade é um fenômeno que conduz a Administração a uma atuação voltada para o diálogo, composição e engajamento do administrado na

⁶⁸¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas cit., p. 254.

⁶⁸² Idem, *ibidem*.

⁶⁸³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 105.

⁶⁸⁴ Idem, p. 107.

concretização de finalidades públicas, tornando-se instrumento para a viabilização do agir administrativo. A consensualidade atua tanto como fundamento da ação administrativa como também método e ainda nos instrumentos dessa atuação.⁶⁸⁵

Sobre tal afirmação, Maurício Morais Tonin⁶⁸⁶ explica:

Como fundamento, a consensualidade vai servir de um elemento para que a Administração busque uma legitimação do seu agir naquelas perspectivas em que a lei já não serve mais como fundamento dessa ação. É o que ocorre em questões conflituosas em que o administrador submete à população uma decisão a seu respeito. Como método, a consensualidade se apresenta como utilização de mecanismos, procedimentos, que abram o agir administrativo à participação do administrado, como no processo administrativo, as consultas públicas, audiências públicas etc. Como instrumento, utilizam-se os modos consensuais, pactos, contratos, como vetor para a execução das finalidades administrativas, tal como no fomento de atividades, com concurso de particulares.

Institutos como a supremacia do poder estatal, a autoexecutividade das decisões, presunção de legalidade dos atos, entre outros, encontravam-se ligados a incontestabilidade do poder. Surgiram, então, mecanismos de contenção desse poder estatal, destacando-se o princípio da legalidade e a controlabilidade do exercício do poder. Ocorre que a afirmativa de que o interesse público e a lei são capazes de, por si sós, limitar a atuação do administrador não contempla todas as situações da Administração Pública, gerando a necessidade de utilização da consensualidade em determinadas situações.⁶⁸⁷

Portanto, essa *negação do poder arbitrário* decorre do princípio da legalidade, “em virtude do qual os atos administrativos não poderão ser fruto dos caprichos das autoridades. Daí, também, a submissão de toda a ação administrativa a diferentes níveis de controle, sem o que não há como impedir o arbítrio”.⁶⁸⁸

A necessidade de viabilizar o amplo controle de legalidade de cada ato administrativo é uma das principais responsáveis pela (por assim dizer) “burocratização” do modo de agir do Estado, expressa em exigências como as de realizar procedimentos, de motivar os atos, de publicá-los etc. Flexibilidade e informalismo impediriam o indispensável controle.⁶⁸⁹

⁶⁸⁵ TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 79.

⁶⁸⁶ Idem, *ibidem*.

⁶⁸⁷ Idem, p. 80.

⁶⁸⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público* cit., p. 107.

⁶⁸⁹ Idem, *ibidem*.

Nesse sentido, a lei passa a ser delimitadora de competências, conferindo parâmetros para que o administrador paute sua atuação pela consensualidade e, assim, construa o consenso.⁶⁹⁰

Luciane Moessa de Souza entende que, ainda que o conflito não esteja judicializado, recomenda-se a homologação judicial do acordo, o que confere maior segurança jurídica às partes envolvidas, principalmente quando envolve o Poder Público, em razão da alternância periódica no comando dos poderes políticos (sistema democrático: o que também ocasiona alteração na titularidade de cargos comissionados), sendo fundamental garantir eficácia executiva ao acordo celebrado, para coroar todos os esforços efetivados para a obtenção do consenso.⁶⁹¹

Também Humberto Dalla Bernardina de Pinho, ao comentar o artigo 3.º, § 2.º, da Lei da Mediação, defende que, no caso de direitos indisponíveis transacionáveis, o acordo pode ser alcançado nas vias judicial ou extrajudicial, mas, enquanto não for submetido ao crivo judicial, não poderá produzir seus efeitos, ou seja, a homologação é condição de eficácia do acordo.⁶⁹²

Discordando em parte dos posicionamentos *supra* a respeito da necessidade de chancela judicial de acordos envolvendo a Administração Pública, defende-se que cabe a diferenciação entre os âmbitos judicial e extrajudicial. No tocante ao âmbito judicial, caso em que a Administração Pública já foi provocada pela justiça, realmente existe essa obrigatoriedade de homologação determinada pelo artigo 334, § 11, do NCPC e pelo artigo 3.º, § 2.º, da Lei n. 13.140/2015.

Entretanto, quando se trata do âmbito extrajudicial, não faz sentido adotar o mesmo posicionamento. Uma vez que o acordo tenha sido celebrado pelas partes e desde que preenchidos os requisitos, ele representa um negócio jurídico perfeito e converte-se em título executivo extrajudicial, conforme estabelece o artigo 784, IV, do NCPC. Nessas situações, uma vez que os terceiros facilitadores (mediadores ou conciliadores) são munidos de fé pública, a chancela judicial é dispensável.

⁶⁹⁰ TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem cit.*, p. 80.

⁶⁹¹ SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução de conflitos envolvendo o poder público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz cit., p. 204.

⁶⁹² PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Artigo 3. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (Coord.). *Lei de Mediação comentada artigo por artigo: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Foco, 2018. p. 24-25.

A própria CCAF, instância administrativa de solução de controvérsias entre os entes públicos que atua no âmbito da Advocacia-Geral da União, tem seu exercício regulamentado pelo Decreto n. 7.392/2010, que estabelece em seu artigo 36, XII, como uma das atribuições do Advogado-Geral da União (órgão mais elevado de assessoramento jurídico do Poder Executivo) homologar termo de conciliação realizada no âmbito da Advocacia-Geral da União.

Janaína Soares Noleto Castelo Branco defende que para o sucesso das câmaras administrativas é primordial que o cumprimento das obrigações de qualquer espécie, inclusive as de pagar, ocorra em âmbito administrativo,⁶⁹³ sendo que a adoção desse entendimento muito estimulará a busca desses mecanismos consensuais pelos interessados. Quando o reconhecimento da obrigação se dá extrajudicialmente, em procedimento administrativo, já existe o dever de pagamento pela Fazenda Pública.⁶⁹⁴

Considerando que a transação ocorrida nas câmaras de conciliação e mediação é extrajudicial e produz todos os efeitos no mundo das obrigações, trata-se de transacionar exatamente com o objetivo de evitar a via judicial, resolvendo administrativamente a controvérsia.⁶⁹⁵

Outro ponto que corrobora o posicionamento de que não é aconselhável a obrigatoriedade da chancela judicial quando o acordo é celebrado em âmbito extrajudicial diz respeito ao risco de o magistrado não querer homologar o acordo após um longo e complexo procedimento de mediação versando sobre direitos indisponíveis. Isso nos parece um posicionamento razoável, uma vez que esse magistrado não teve qualquer participação no procedimento.

Sobre essa questão, Humberto Dalla Bernardina de Pinho vislumbra as seguintes situações: (i) o juiz pode considerar o direito indisponível não transacionável, caso em que

⁶⁹³ “Não se tratando de dívida judicial, não estaria eventual pagamento pela Administração submetido à sistemática dos precatórios judiciais, nada impedindo que se quitasse de imediato a dívida ou conforme os termos da transação” (BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia pública e solução consensual dos conflitos*. Salvador: JusPodium, 2018. p. 156).

⁶⁹⁴ “O não cumprimento espontâneo da obrigação após a celebração de acordo é ofensivo ao princípio da boa-fé processual, sendo de esperar que a Administração cumpra exemplar e fielmente suas obrigações tão logo celebrado o ajuste” (Idem, p. 153).

⁶⁹⁵ “O pagamento de tais valores na seara administrativa implica previsão de verba destinada a esse fim no orçamento das pessoas jurídicas de direito público. É possível um controle das verbas destinadas a esse fim, já que é o próprio ente público que seleciona os assuntos que serão submetidos a essas câmaras” (Idem, p. 154).

proferirá decisão interlocutória recusando homologação; (ii) ou pode alegar a ausência de um requisito formal, por exemplo, a ausência de assistência de advogado, ou mesmo ausência de representação ou assistência no caso do incapaz.⁶⁹⁶

Nessa primeira hipótese, o grande problema é que, admitindo que ela não se enquadra na previsão do artigo 1.015 do NCPC, numa primeira leitura, o ato de recusa do juiz seria irrecorrível, ao menos naquele momento. Poderiam as partes, futuramente, por ocasião da sentença, apelar e questionar tal decisão nas razões ou contrarrazões do apelo (artigo 1.009, § 1.º, NCPC). Contudo, se na decisão o juiz recusar a homologação sob o argumento de que o direito não admite autocomposição, isso equivale a uma decisão interlocutória de mérito, hipótese em que a via do agravo de instrumento se mostra cabível (artigo 1.015, II, NCPC).⁶⁹⁷

No caso da segunda hipótese, se a recusa da homologação se dá em razão da ausência de um requisito formal, “a decisão resta não agravável, podendo ser atacada, apenas, nos restritos limites dos embargos de declaração, na forma do artigo 1.022”.⁶⁹⁸

Diante de tais argumentos, o posicionamento que dispensa a chancela judicial encontra-se alinhado com os princípios preconizados pelos meios consensuais, como a autonomia da vontade, a boa-fé e a informalidade. Não faria sentido algum que, após deslocar um conflito para resolução consensual, em busca de celeridade e economicidade, que o acordo celebrado entre as partes tivesse que se submeter ao Poder Judiciário.

5.1.2 Outros órgãos de controle externo

O sistema brasileiro de fiscalização está assentado na dualidade de controle – o controle interno⁶⁹⁹ e o controle externo.⁷⁰⁰ Sendo a função de controle umas das mais

⁶⁹⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Artigo 3 cit., p. 25.

⁶⁹⁷ Idem, *ibidem*.

⁶⁹⁸ Idem.

⁶⁹⁹ A fiscalização que a mesma exerce sobre os atos e atividades de seus órgãos e das entidades descentralizadas que lhe são vinculadas, isto é, são os vários tipos de fiscalização existentes no interior da própria Administração Pública (MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 47).

⁷⁰⁰ Para diferenciar o controle interno do externo, o consagrado autor italiano Massimo Severo Giannini menciona ser o controle interno realizado por órgãos internos da organização, enquanto o controle externo é aquele exercido por unidades de outra organização. Cf. GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1981. p. 49-52; MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública* cit., p. 47.

importantes para o Estado Democrático de Direito, esta se confirma como organismo de relevância constitucional, atribuindo-lhe autonomia de ação e a característica de órgão essencial à preservação da democracia.⁷⁰¹

Para concretizar esse conceito de Estado Democrático de Direito, qual seja, um Estado eficiente, transparente e probo, deve existir um sistema de controle igualmente aprimorado. Em outras palavras, um controle que acompanhe, avalie e produza correção das distorções encontradas.⁷⁰²

Em virtude da potencial redução da litigiosidade que se observa na consensualidade administrativa, mostra-se de extrema importância o controle exercido sobre os acordos celebrados pelo Poder Público (ou por terceiros que se sintam prejudicados pela celebração dos pactos ou pelas instituições de controle), demonstrando a relevância de abordar as questões relacionadas com o controle exercido pelos órgãos de fiscalização externa (Tribunal de Contas, Ministério Público e o controle social).

Por se tratar de tema que merece atenção exclusiva em razão de sua complexidade e abrangência, não será o objetivo deste trabalho pormenorizar todos os órgãos, tampouco exaurir todos os questionamentos que cercam o tema. Em face de tal observação, serão apenas citados alguns pontos interessantes sobre a importância desses órgãos de controle e sua atuação.

Primeiramente, “todo aquele que atua em nome de outro deve prestar contas de sua atuação”.⁷⁰³ A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 15, dizia: “A sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”. No entanto, não se pode esperar que os detentores do poder se autolimitem de forma voluntária, sendo imprescindível a criação de instituições que sejam capazes de exercer esse controle.⁷⁰⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro admite que o controle pode ser interno ou externo, consoante decorra de órgão integrante ou não da própria estrutura em que se insere o órgão controlado. É interno o controle que cada um dos Poderes exerce sobre seus próprios atos ou agentes. É externo o controle exercido por um dos Poderes sobre o outro (*Direito administrativo* cit., p. 587).

⁷⁰¹ MILESKI, Helio Saul. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. Disponível em: <<http://mileskiadvogados.com.br/imagens/doutrina/artigos/08.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2018, p. 21.

⁷⁰² Idem, p. 2.

⁷⁰³ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública* cit., p. 13.

⁷⁰⁴ Cf. DROMI, Roberto. *Instituciones de derecho administrativo*, 1979, p. 91. A autora fornece uma acepção ampla de controle, conceituando-o como a “verificação da conformidade da atuação da Administração Pública a certos parâmetros, independentemente de ser adotada, pelo controlador, medida

Vale lembrar que a necessidade de autorização normativa que possibilita a autocomposição pelos entes públicos decorre do princípio da legalidade (artigo 37 da CF), que, quando se trata do Poder Público, apresenta como uma de suas decorrências a exigência de que este só pode atuar na medida em que é autorizado por algum texto normativo. Assim, é preciso que existam elementos de controle para a análise dos acordos feitos pelos entes públicos.⁷⁰⁵

Apesar de a celeridade e a diminuição dos custos serem benefícios proporcionados pelos meios consensuais, quando comparados ao processo judicial, faz-se necessário sopesar a importância destes em relação ao atendimento da segurança jurídica proporcionada por tais órgãos de controle, externos à Administração Pública.⁷⁰⁶

Diante disso, a Administração Pública deve ser controlada, ou seja, controles cada vez mais eficientes devem incidir sobre a atuação administrativa para coibir qualquer corrupção dos administradores e aumentar a transparência administrativa, assegurando uma melhor gestão dos recursos públicos.⁷⁰⁷

Além disso, atualmente ainda se observa certa resistência de utilização desses meios consensuais quando envolve o Poder Público. Considerando essa desconfiança da sociedade (social) e dos operadores do direito (jurídica), seria importante que esses órgãos de fiscalização externa, de acordo com as suas atribuições, realizassem esse controle sobre a Administração Pública.

Nesse contexto, recomenda-se o controle pelos órgãos de fiscalização externa, ainda que o acordo tenha passado por homologação judicial. Interessa, nesse momento, discorrer acerca de alguns importantes órgãos de controle de fiscalização externa e suas atribuições.

que afete, do ponto de vista jurídico, a decisão ou o agente” (Apud MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública* cit., p. 13).

⁷⁰⁵ PEIXOTO, Ravi. A Fazenda Pública e a audiência de conciliação no novo CPC. Disponível em: <conjur.com.br. 2016>. Acesso em: 10 dez. 2018.

⁷⁰⁶ “Embora tenha ocorrido, no Brasil, melhoria nos controles, ainda é insuficiente. Torna-se mister prosseguir no aprimoramento dos controles, institucionalizados ou não, para que a Administração e seus agentes atendam, de modo efetivo, os verdadeiros interesses e direitos da população, no caminho da moralidade, da legalidade, da eficiência e do correto uso dos recursos públicos” (MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública* cit., p. 17).

⁷⁰⁷ Idem, p. 14.

5.1.2.1 *Tribunal de Contas*

Apesar de existir uma fiscalização realizada pela própria Administração sobre seus órgãos ou entidades (controles internos), também se mostra muito interessante a fiscalização efetuada por Poderes ou entidades estranhas à sua estrutura interna, principalmente em virtude da independência de que desfrutam.⁷⁰⁸

Afirma-se que, em tese, caberia ao Poder Legislativo esse controle financeiro “externo” da Administração, contudo nem sempre é o que se verifica. Uma das justificativas para o não cumprimento adequado dessa função de controle – caracterizada pelo caráter técnico e complexidade crescente – são as dificuldades enfrentadas pelo Legislativo, sempre assoberbado com tarefas políticas.⁷⁰⁹

Atribuiu-se, então, tal tarefa a entidades denominadas *Tribunais ou Cortes de Contas*,⁷¹⁰ uma vez que varia o vínculo dessas entidades com o Poder Legislativo quanto ao caráter das decisões finais do processo fiscalizador, isto é, “tanto se encontra a situação em que o Legislativo tem a ‘última palavra’ como a situação em que o Tribunal de Contas configura jurisdição e praticamente suas decisões não mantêm vínculo com o Legislativo”.⁷¹¹

Em artigo publicado há mais de três décadas, Victor do Amaral Freire, ex-Ministro do Tribunal de Contas da União, relatou a necessidade de medidas para tornar mais eficiente e eficaz o controle do Tribunal de Contas, ao afirmar que “há ainda um longo caminho a ser percorrido pelos Tribunais de Contas para estruturar, cada vez mais, o novo e eficiente mecanismo de controle externo”.⁷¹²

⁷⁰⁸ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública* cit., p. 114.

⁷⁰⁹ Idem, *ibidem*.

⁷¹⁰ “Os Tribunais de Contas têm natureza jurídica de órgãos estatais de matriz constitucional, com autonomia administrativa, financeira e orçamentária, e se situam como órgãos independentes dos demais órgãos que estruturam os Poderes das entidades políticas a que pertençam, o que vem a ser uma característica constitucional que lhes é imprescindível para o exercício de suas funções de controle sobre todos e cada um deles, bem como sobre quaisquer outros entes ou órgãos, sejam públicos ou privados, que devam prestar contas de dinheiros públicos” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos (um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, p. 23-24, jan.-mar. 2001).

⁷¹¹ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública* cit., p. 114.

⁷¹² “Hoje o controle da administração pública tem três objetivos básicos: a eficiência, a regularidade e a economicidade da Administração Pública. Para que o Tribunal de Contas exerça essa ampla gama de novas funções, muito além do restrito ‘controle da legalidade’, não basta apenas verificar se o ato da administração se revestiu de uma legalidade formal e se conteve dentro dos limites numéricos das dotações orçamentárias” (FREIRE, Victor do Amaral. *Tribunal de Contas: jurisdição especial*. *Revista do*

Continua Victor do Amaral Freire:⁷¹³

Uma alteração substancial de objetivos fiscalizadores, em que não se dá ênfase apenas quanto à despesa, em averiguar apenas o procedimento legal da administração e em se preocupar com o “o onde” foram realizados os gastos, mas com o seu “porque”, ou seja, “quais os resultados”, os “custos dos projetos”, “os benefícios proporcionados pelas aplicações”. Na verdade, é necessário reconhecer que o contribuinte – que é o grande interessado na boa aplicação dos recursos que entrega à administração e, não apenas na sua legal utilização – não está satisfeito com a eficiência dos nossos Tribunais. Ele sente que alguma coisa melhorou. Mas ele sente também que o âmago da fiscalização dos dinheiros públicos ainda não foi atingido.

Também na mesma época o argentino Agustín Gordillo, ao tratar da fiscalização externa, afirmou:

Consideramos, com base na experiência de nossos países, que estes controles são inaptos para produzir mudança de mentalidade, de atitudes, de comportamentos e crenças; ao contrário, podem estar retroalimentando o sistema, coadjuvando a crescente regulamentação da atividade pública, realçando a formalidade em detrimento da eficácia.⁷¹⁴

Considerando essas afirmações, Odete Medauar questiona se, atualmente, elas podem ser reiteradas. Para a autora, no Brasil, verificou-se o aumento nas competências dos Tribunais de Contas (Constituição Federal de 1988 e advento da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n. 101/2000), e essas mudanças evidenciaram a atenção que tais órgãos recebem e a importância de sua presença institucional em matéria de controle.⁷¹⁵

Essa postura mais ativa do Tribunal de Contas tem feito com que esse órgão seja visto algumas vezes como uma espécie de instância revisora geral de diversas decisões administrativas. De ofício ou mediante provocação de interessados, essa Corte de Contas

Tribunal de Contas do Distrito Federal, v. 12, p. 50-51, 1982. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/app/biblioteca/pdf/PE500272.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2018).

⁷¹³ FREIRE, Victor do Amaral. *Tribunal de Contas: jurisdição especial cit.*, p. 51-52.

⁷¹⁴ Cf. GORDILLO, Agustín. *Problemas del control de la Administración Pública en América Latina*. Madrid: Civitas, 1981. p. 97; MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública cit.*, p. 115.

⁷¹⁵ Nessa linha, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (artigo intitulado “O Parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas”. *O novo Tribunal de Contas – Órgão protetor dos direitos fundamentais*, 2004, p. 33 e 84), para quem “os órgãos de controle de contas hoje representam bastiões dos direitos fundamentais e da democracia” (Apud MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública cit.*, p. 115).

tem sido chamada a se pronunciar sobre decisões administrativas das mais variadas naturezas.⁷¹⁶

No mesmo sentido, Helio Saul Mileski afirma que “o sistema de controle externo da Administração Pública tem nos Tribunais de Contas um dos principais elementos de sustentação da democracia moderna”.⁷¹⁷

Todavia, vale lembrar que esse poder de intervenção do Tribunal de Contas nas atividades da Administração Pública encontra limites, pois, apesar da sua inegável importância, essa Corte de Contas não é uma instância revisora integral da atividade administrativa, não sendo competente para corrigir ilegalidades em toda e qualquer decisão tomada no exercício da função administrativa por entes estatais.⁷¹⁸

O artigo 70 da CF indica as matérias sobre as quais incide o controle dos Tribunais de Contas (modalidades de controle): contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.⁷¹⁹ Analisando o rol de atribuições desse órgão de controle, infere-se do artigo 71, II, do mesmo diploma a competência para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos.

Afirma Helio Saul Mileski que o Estado sempre se preocupou com a manutenção de um controle sobre as rendas públicas, considerando a sua correta aplicação por parte dos encarregados pelo seu gerenciamento e guarda, uma vez que o dinheiro público nunca esteve imune à malversação de seus administradores.⁷²⁰

Ao exercer essa função, com base em levantamentos contábeis, certificados de auditoria, pronunciamentos das autoridades administrativas e inspeções, o Tribunal de

⁷¹⁶ CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 180.

⁷¹⁷ MILESKI, Helio Saul. *Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras* cit., p. 1.

⁷¹⁸ “Assim, não haveria cabimento, por exemplo, em provocar o Tribunal de Contas a rever a aplicação de sanção a servidor público no curso de processo administrativo disciplinar” (CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. *Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites* cit., p. 181).

⁷¹⁹ “Fiscalização patrimonial – Os Tribunais de Contas exercem controle sobre todos os bens integrantes do patrimônio público, móveis e imóveis, o modo de sua utilização, os atos propiciadores do uso de particulares, os atos e contratos relativos a sua alienação em geral etc.” (MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública* cit., p. 131).

⁷²⁰ MILESKI, Helio Saul. *Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras* cit., p. 3.

Contas analisa “a regularidade das contas dos ordenadores de despesas e de todos os que tiverem recebido, administrado, arrecadado e despendido recursos públicos”.⁷²¹

Esse sistema de controle externo vigente no atual ordenamento jurídico brasileiro prevê diversas competências ao Tribunal de Contas. Para exemplificar, Jacintho Arruda Câmara e Carlos Ari Sunfeld explicam que a CF/1988 fez uma diferenciação ao controle que se faz com relação aos atos e com relação aos contratos. Quando se tratar de fiscalização sobre atos da Administração, o próprio Tribunal de Contas está autorizado a sustá-los, caso a suposta irregularidade não for corrigida no prazo pelo responsável. No tocante aos contratos, todavia, somente o Poder Legislativo (no caso federal, o Congresso Nacional) terá competência para sustá-los.⁷²²

Apesar de não poder sustar tais contratos, ainda assim o papel do Tribunal de Contas no respectivo controle e fiscalização é muito relevante. É sua função conferir prazo às autoridades competentes para que estas corrijam possíveis irregularidades apontadas na fiscalização. Embora de *natureza colaborativa*, a influência que o Tribunal de Contas exerce é muito grande, pois é inegável que, diante da pronúncia do Tribunal de Contas no sentido da necessidade de adequar determinada prática contratual, haverá forte incentivo para o atendimento dessa medida pelo responsável.⁷²³

Nesse sentido, estabelece a Lei Orgânica do TCU (Lei n. 8.443/1992):

Art. 41. Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial:

I – acompanhar, pela publicação no Diário Oficial da União, ou por outro meio estabelecido no Regimento Interno:

[...]

b) os editais de licitação, os contratos, inclusive administrativos, e os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, bem como os atos referidos no art. 38 desta Lei.

⁷²¹ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública* cit., p. 135.

⁷²² O constituinte decidiu que, na esfera extrajudicial, apenas o Legislativo terá competência cautelar para sustar a execução de contratos. Havendo divergência, expressa ou tácita, entre o órgão técnico e a Administração, caberá ao Legislativo resolver, se a despesa contratual deve, ou não, ser interrompida. Fora isso, apenas o Poder Judiciário, quando devidamente acionado, poderá decidir a respeito da matéria (artigo 71, § 1.º, da CF) (CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. *Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites* cit., p. 200-201).

⁷²³ Idem, p. 200.

Segundo Jacintho Arruda Câmara e Carlos Ari Sunfeld, o Tribunal pode, de fato, avaliar se a atuação geral da Administração está proporcionando maior ou menor eficiência a dado segmento. Apesar de não resultar em ordem às autoridades administrativas, mas, sim, em recomendações não vinculantes, representam contribuições críticas que podem ajudar no permanente processo de melhoria que a própria Administração tem de fazer quanto à sua organização e atuação.⁷²⁴

Firmou-se, assim, o entendimento acerca da importância de um sistema de fiscalização sobre os atos governamentais realizados na atividade financeira do Estado, no intuito de preservar a probidade no manuseio do dinheiro público, devendo sua aplicação ser sempre efetuada em proveito do povo.⁷²⁵

Em decorrência do relevante papel que assume esse órgão de controle, portanto, deve buscar constante renovação, atendendo aos objetivos de eficácia e economicidade da Administração Pública,⁷²⁶ na tentativa de implementar uma cultura de controle em prol da sociedade.

Enfim, no Estado contemporâneo, o Tribunal de Contas (como órgão de controle da atividade financeira do Estado), com atuação autônoma e independente dos demais poderes, assume lugar de destaque na estrutura orgânica do Estado, uma vez que sua atividade de fiscalização está dirigida para o interesse público, no sentido de fazer com que os atos dos gestores sejam praticados sempre em favor do cidadão e da sociedade, observados os princípios da legalidade, legitimidade e economicidade.⁷²⁷

⁷²⁴ CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites cit., p. 218.

⁷²⁵ MILESKI, Helio Saul. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras cit., p. 5.

⁷²⁶ Explica Roberta Lombardi (*Contributo allo studio dela funzione di controllo*, 2003, p. 193-199): “economicidade significa proporcionalidade entre recursos utilizados e resultados obtidos. O controle de economicidade se refere ao comportamento que, nos limites de uma certa disponibilidade de meios, tende à obtenção do máximo resultado” (Apud MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública* cit., p. 132).

⁷²⁷ Pode-se dizer que o Tribunal de Contas é um órgão de controle externo de pura essência democrática, que atua sob fundamentos democráticos e em defesa da democracia. Pelo seu vínculo com a CF e às leis, produzindo ação em defesa do cidadão (interesse público), é órgão inerente ao Estado Democrático de Direito (MILESKI, Helio Saul. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras cit., p. 12-14).

5.1.2.2 Ministério Público

Dentro do conceito de Estado Democrático de Direito, emoldura-se um Estado direcionado para três aspectos fundamentais: um Estado eficiente, transparente e probo. Nesses termos, terá de ser um Estado ágil, que produza serviços públicos com eficiência para o cidadão. Deve também se pautar pela transparência, demonstrando e dando ciência de toda ação administrativa praticada. Também a honestidade em sua ação é imprescindível.⁷²⁸

Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1988 representou verdadeiro marco na história institucional do Ministério Público, ao inseri-lo no capítulo *Das funções essenciais à Justiça*⁷²⁹ (artigos 127 a 130-A), de forma desatrelada tanto do Poder Judiciário quanto do Poder Executivo. Preceituam o artigo 127 e parágrafos do referido diploma:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1.º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2.º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

É possível extrair dos dispositivos constitucionais que

[...] o MP foi qualificado como instituição indispensável à administração da justiça, ao mesmo tempo em que se destinou a ele, entre outras missões, as de defesa da ordem jurídica, defesa dos interesses sociais e

⁷²⁸ MILESKI, Helio Saul. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras cit., p. 2.

⁷²⁹ A inclusão do Ministério Público no capítulo sobre as funções essenciais à Justiça pode levar à conclusão de que esteja vinculado à função jurisdicional. Entretanto, a Justiça, como valor e prática, se efetiva na sociedade não somente pela via jurisdicional, cabendo a todos os Poderes, órgãos e entidades estatais, a consecução da Justiça com os mecanismos que lhes são próprios. Dessa forma, o MP realiza a Justiça também através do exercício de suas funções extrajudiciais (MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública* cit., p. 167).

individuais indisponíveis, além da possibilidade de cobrar, dos Poderes Públicos, a observância dos direitos garantidos na própria Constituição.⁷³⁰

Em razão dos poderes que a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público, essa instituição é hoje uma das mais respeitadas do País, o que lhe confere autoridade para intervir de maneira eficaz na pacificação de conflitos. Essa intervenção se dá, notadamente, no atendimento ao público, que fornece subsídios para o diagnóstico de problemas e a eleição de metas de trabalho, cabendo ao Promotor de Justiça prestar essa orientação jurídica, indicando à população, dentre os meios disponíveis, qual o mais adequado no caso concreto.⁷³¹

Essa orientação permite que, na grande parte dos atendimentos realizados pelos Promotores de Justiça, os conflitos sejam solucionados sem intervenção do Judiciário. Nas grandes Comarcas, a dificuldade de contato direto com o público (quer pela quantidade de atribuições, quer pela atuação eficaz de outras instituições governamentais ou não) faz com que nem sempre o Promotor disponha de tempo para a celebração de acordos extrajudiciais. Isso não impede que ele possa se valer de mediadores e conciliadores voluntários recrutados pelo Poder Judiciário.⁷³²

Nessas situações, os mediadores recebem as reclamações das pessoas interessadas, muitas vezes encaminhadas pelo Promotor de Justiça e, após a simples notificação da parte contrária, reduzem a termo o acordo eventualmente celebrado. A adoção desse procedimento, além de evitar o acionamento da Jurisdição, permite que casos que demandam celeridade tenham solução rápida e eficaz, o que também representa economia de dinheiro público.⁷³³

Não obstante a atividade dos conciliadores e mediadores, o Ministério Público participa ativamente desses procedimentos, desde o encaminhamento do caso (pelo menos

⁷³⁰ PUOLI, José Carlos Baptista. *Responsabilidade civil do promotor de justiça: na tutela aos interesses coletivos (meio ambiente-consumidor-improbidade administrativa)* cit., p. 10.

⁷³¹ POZZEBON, Gustavo R. Chaim; ROMANO, Michel Betenjane. O papel do Ministério Público na pacificação e conflitos. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; NETO, C. L. (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 35-37.

⁷³² Idem, p. 36-37.

⁷³³ Idem, p. 37.

nas cidades de pequeno e médio porte) até o referendo de eventual acordo estabelecido entre as partes, conforme preconizam os artigos do Código de Processo Civil de 2015.⁷³⁴

Assim, o foco desse tópico é analisar, dentre as inúmeras funções do Ministério Público, a questão do controle que exerce sobre a Administração Pública no que diz respeito a atos e omissões.⁷³⁵ Essas funções do Ministério Público, denominadas extrajudiciais, podem acarretar a solução da matéria envolvida sem utilização da via jurisdicional, como também pode ser o passo prévio ao ajuizamento (como nos casos em que se observa desobediência dos agentes públicos).⁷³⁶

Nesse sentido, sua função como órgão fiscalizador de controle da atuação da Administração Pública é de extrema importância (especialmente nas situações que envolvem hipossuficientes ou benefício por incapacidade, por exemplo), e sua atuação deve sempre guardar consonância com o que estabelecem a Constituição Federal e a legislação de regência.⁷³⁷

Mesmo após a Constituição Federal de 1988, o Ministério Público manteve forte ritmo de crescimento institucional, e as novas atividades vêm aumentando o campo de atuação desse órgão. Posteriormente à “Constituição Cidadã”, várias outras leis foram editadas, visando conferir poderes e outorgar novas funções ao Ministério Público, elevando essa instituição à posição de principal defensora dos interesses e direitos gerais

⁷³⁴ “Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I – interesse público ou social; II – interesse de incapaz; III – litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.” POZZEBON, Gustavo R. Chaim; ROMANO, Michel Betenjane. O papel do Ministério Público na pacificação e conflitos cit., p. 38.

⁷³⁵ No caso de ações em face da Administração Pública, o Ministério Público desencadeia o controle jurisdicional desta, sem ter a autoria das medidas resultantes, embora seu papel seja relevante. Neste trabalho, será tratada apenas a ação inserida nas funções extrajudiciais do Ministério Público, assim denominadas por não se referirem ao ajuizamento de ação penal ou de ações civis (MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública* cit., p. 164).

⁷³⁶ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública* cit., p. 164-165.

⁷³⁷ Artigo 11 da Resolução n. 118/2014 do CNMP: “A conciliação é recomendada para controvérsias ou conflitos que envolvam direitos ou interesses nas áreas de atuação do Ministério Público como órgão interveniente e nos quais sejam necessárias intervenções propondo soluções para a resolução das controvérsias ou dos conflitos”.

Artigo 12 da Resolução n. 118/2014 do CNMP: “A conciliação será empreendida naquelas situações em que seja necessária a intervenção do membro do Ministério Público, servidor ou voluntário, no sentido de propor soluções para a resolução de conflitos ou de controvérsias, sendo aplicáveis as mesmas normas atinentes à mediação”.

da coletividade, seja para coibir eventuais ilegalidades cometidas pelos poderes do Estado, seja em face de irregularidades cometidas por particulares.⁷³⁸

Entre os passos importantes que se enquadram nessas funções extrajudiciais do Ministério Público podem-se citar: o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990);⁷³⁹ o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990);⁷⁴⁰ a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n. 8.625/1993);⁷⁴¹ e o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003),⁷⁴² que traz funções extrajudiciais do Ministério Público similares ao do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em 2014, o Conselho Nacional do Ministério Público,⁷⁴³ por meio da Resolução n. 118, tratou da Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a adoção de mecanismos de autocomposição e estabeleceu em seu artigo 10, § 1.º: “Ao final da mediação, havendo acordo entre os envolvidos, este poderá ser referendado pelo órgão do Ministério Público ou levado ao Judiciário com pedido de homologação”.

No caso específico da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015), o artigo 3.º, § 2.º, dispõe: “O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”. Ou seja, nos casos de mediação⁷⁴⁴ que compreendam direitos indisponíveis que admitam transação, a lei exige a

⁷³⁸ PUOLI, José Carlos Baptista. *Responsabilidade civil do promotor de justiça*: na tutela aos interesses coletivos (meio ambiente-consumidor-improbidade administrativa) cit., p. 10-11.

⁷³⁹ “Art. 211. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

Além disso, nos artigos 85, 201, V, VI, VII e § 5.º, c, do ECA encontram-se arroladas competências extrajudiciais do MP na matéria (fiscalização e inspeção de entidades governamentais de atendimento).

⁷⁴⁰ A Lei n. 8.078/1990 (CDC) acrescentou à Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) o § 6.º do artigo 5.º, segundo o qual: “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”.

⁷⁴¹ A Lei Orgânica do Ministério Público traz várias atribuições extrajudiciais desse órgão (exemplos: artigos 25, IV, a, VI; 26, I, a, b, c, III; 27 e parágrafo único, I, II, III e IV).

⁷⁴² Como exemplos: artigos 52, 74, I, V, VIII.

⁷⁴³ A Emenda Constitucional n. 45/2004 criou o CNMP como colegiado responsável pelo controle externo do MP. Hugo Mazzilli defendia a conveniência do órgão, mas destacou que o controle não poderia cercear a independência e a liberdade funcional do MP e de seus agentes (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 131 apud PUOLI, José Carlos Baptista. *Responsabilidade civil do promotor de justiça*: na tutela aos interesses coletivos (meio ambiente-consumidor-improbidade administrativa) cit., p. 36).

⁷⁴⁴ Apesar de o legislador se referir apenas à mediação, ao admitir que ela seja utilizada para resolução de conflitos que envolvem direitos indisponíveis que admitam transação, consequentemente também admite que seja utilizada a negociação. Conforme visto, a mediação é um dos métodos de obtenção consensual de conflito, assim como a negociação. Diferem no método, mas não na forma de obtenção da resolução

homologação do acordo extrajudicial e a oitiva do Ministério Público. Nesse caso, a sentença será título executivo judicial, da mesma forma que a sentença que homologar a autocomposição obtida no curso do processo judicial (artigo 515, II e III, do NCPC).⁷⁴⁵

Diante do conteúdo da Constituição Federal de 1988 e dos inúmeros diplomas que elencam essas funções extrajudiciais do Ministério Público, demonstra-se a relevância desse controle sobre os entes e órgãos da Administração Pública.⁷⁴⁶ Nesse sentido, é inerente à atuação desse órgão que, em caso de fiscalização, o controle ocorra caso se constate que o acordo feriu a legalidade.

5.1.2.3 Controle social

O Estado Democrático de Direito não só dirigiu suas ações para o bem dos cidadãos, como possibilitou sua participação nas decisões importantes do Estado. Como decorrência, passou-se a exigir uma transparência dos atos governamentais, com estímulo à participação popular. Isso culminou com a expansão dos meios de controle sobre a Administração Pública, fazendo surgir um novo tipo de controle, o controle social.⁷⁴⁷

Um dos desdobramentos da transparência e do controle pode ser encontrado na Lei n. 12.527/2011,⁷⁴⁸ que regula o acesso a informações previstas no artigo 5.º, XXXIII, da CF. Odete Medauar ensina:⁷⁴⁹

Parece adequado inserir, no âmbito do controle social, atuações do cidadão, isolado ou mediante associações, referentes a decisões já tomadas, a decisões em vias de adoção, com o intuito de verificar ou provocar a verificação de sua legalidade, moralidade, impessoalidade,

do conflito (autocomposição). Não há como critério de distinção entre a mediação e a conciliação ou a negociação o fato de que a mediação permite a solução de conflitos que envolvem direitos indisponíveis que admitam transação e as demais não (TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem* cit., p. 114).

⁷⁴⁵ Art. 515 da Lei n. 13.140/2015. “São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: II – a decisão homologatória de autocomposição judicial; III – a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza.”

⁷⁴⁶ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública* cit., p. 168.

⁷⁴⁷ “No controle social, o cidadão é o meio executor do controle, que pode verificar, acompanhar e fiscalizar a regularidade dos atos governamentais” (MILESKI, Helio Saul. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras cit., p. 15).

⁷⁴⁸ Art. 3.º da Lei n. 12.527/2011. “Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: V – desenvolvimento do controle social da administração pública.”

⁷⁴⁹ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública* cit., p. 176-177.

economicidade, conveniência e oportunidade etc. Os mecanismos de controle social permitem, por si, que a Administração corrija ou evite inadequações nos seus atos ou omissões, e também suscitam a atuação dos órgãos de controle.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que, “embora o controle seja atribuição estatal, o administrado participa dele à medida que pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas também na proteção do interesse coletivo”. A Constituição Federal outorga ao particular certos instrumentos de ação a serem utilizados com essa finalidade, sendo este, provavelmente, o mais eficaz meio de controle da Administração Pública: o controle popular.⁷⁵⁰

Também o artigo 74, § 2.º, da Constituição Federal dispõe que: “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

Por isso, serão tratados apenas os *controles sociais institucionalizados* (também denominados *mecanismos formais de atuação da sociedade*), qual seja aqueles fundamentados em preceitos constitucionais ou infraconstitucionais, podendo a Administração estendê-los a situações não contempladas na legislação, mantido, contudo, seu caráter formal.⁷⁵¹ Trata-se, assim, de rol exemplificativo:

- i) Artigo 31, § 3.º, da CF: “As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei”.
- ii) Artigo 49 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei n. 101/2000): “As contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade”.
- iii) Também o artigo 48, § 1.º, II, da mesma Lei: “A transparência será

⁷⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 586.

⁷⁵¹ Embora possam ter alguma finalidade reivindicatória, não se encontra aí o objetivo dos instrumentos de controle social. Assim, manifestações aleatórias, genéricas, meros protestos, passeatas, manifestações organizadas ou insufladas, invasão de bens públicos não representam controle sobre a Administração Pública (MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública* cit., p. 177).

assegurada também mediante: liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público”.

- iv) Artigo 74, § 2.º, da CF: “Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.
- v) Artigo 113, § 1.º, da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993): “Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo”.
- vi) Lei n. 9.784/1999: que prevê, em caráter facultativo, a consulta pública e a audiência pública como instrumentos prévios à tomada de decisões administrativas relevantes.
- vii) Lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu artigo 31, § 2.º: “O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais”.
- viii) Lei n. 11.079/2004 (PPPs): “Artigo 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital”.

Embora existam todos esses dispositivos arrolados e muitos outros, reguladores do controle social, entende-se que a exigência de controle sobre os atos da Administração Pública se dá por meio da transparência, sendo esta um fator relevante para a boa governança, além de proporcionar uma participação popular que amplia o controle sobre a Administração Pública.⁷⁵²

Enfim, todos esses dispositivos relacionados *supra* encontram-se alinhados com o Estado Democrático de Direito, constituindo fatores importantes para que os governos se tornem mais responsáveis perante o cidadão. “Quanto mais consolidados e reconhecidos os valores democráticos como igualdade, dignidade humana, participação e representatividade, mais intensos serão a participação popular e o exercício do controle social.”⁷⁵³

Como explicado anteriormente nos tópicos que tratam da atuação do Tribunal de Contas e do Ministério Público, esse controle social exercido pela sociedade é muito importante, uma vez que é a forma de provocar a atuação dos referidos órgãos. Segundo Hélio Saul Mileski:⁷⁵⁴

O controle social exercido pelo cidadão não se esgota em si mesmo, nem possui a função de substituir o controle oficial regulado constitucionalmente. O controle social é complementar ao controle oficial e depende deste último para ter eficácia. O controle social, para fazer valer as suas constatações contra irregularidades praticadas pelo Poder Público, deve buscar a própria Administração para a correção das falhas encontradas, representar aos integrantes do sistema de controle interno, denunciar os fatos ao Tribunal de Contas ou representante do Ministério Público.

Nesse contexto, é recomendável a prática do controle social sobre os atos da Administração, sendo a transparência e a participação popular elementos fundamentais para o seu exercício, pois proporcionam ao cidadão condições efetivas de participação e fiscalização, dando-lhe elementos para propor, acompanhar, avaliar e controlar a ação dos gestores públicos.⁷⁵⁵

⁷⁵² MILESKI, Helio Saul. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras cit., p. 17.

⁷⁵³ Idem, *ibidem*.

⁷⁵⁴ Idem, p. 18.

⁷⁵⁵ Idem, p. 17-18.

5.2 Requisitos que viabilizam o acordo

A resistência à celebração de acordos na esfera administrativa se deu em razão de uma fundada preocupação de que tais negociações, intrínsecas à dinâmica dessa atuação consensual administrativa, pudessem ser utilizadas para fins ilegítimos ao direito.⁷⁵⁶

O receio, portanto, consistia na possibilidade de que tais acordos se transformassem em “simulacros de legitimidade de conluio ou indevido beneficiamento de um particular”.⁷⁵⁷ Assim, no direito administrativo brasileiro, a resistência que se firmou com relação à consensualidade na Administração Pública fundamentou-se nos argumentos da supremacia do interesse público e na indisponibilidade do interesse público.⁷⁵⁸

Ao argumentar contra o mito de que a indisponibilidade do interesse público teria aptidão para impedir acordos pelos entes públicos, Ravi Peixoto cita o artigo 334, § 4.º, do NCPC, que trata das hipóteses em que não será feita audiência de mediação e conciliação. O inciso II do referido dispositivo elenca os casos em que não se admite autocomposição, não fazendo qualquer menção à indisponibilidade dos direitos (porque esta não pode ser confundida com vedação à transação).⁷⁵⁹

Uma vez que se admite a celebração de acordos pela Administração Pública, esta se torna mais uma opção de atuação administrativa que integra a esfera de discricionariedade conferida ao Poder Público.⁷⁶⁰ Assim, compete à Administração decidir

⁷⁵⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial cit., p. 160.

⁷⁵⁷ Idem, p. 162-163.

⁷⁵⁸ A consensualidade administrativa, *a priori*, não pode ser considerada uma afronta ao princípio da supremacia do interesse público. Pelo contrário, a celebração de acordo administrativo, dependendo do caso concreto, pode significar a própria materialização do interesse público considerando os potenciais efeitos positivos da consensualidade quando comparada à atuação administrativa imperativa (economia de tempo e recursos, bem como o direcionamento da decisão consensual para o problema colocado na situação fática).

Com relação à indisponibilidade, os acordos administrativos revelam-se efetivos instrumentos de satisfação da finalidade pública. Ora, um mecanismo de satisfação do interesse público não pode ser entendido como um ato de disposição do interesse público. O interesse público será, portanto, o resultado da composição dos diversos interesses envolvidos no caso concreto, que, quando se trata da consensualidade, se encontra nas negociações para a celebração do acordo (PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial cit., p. 162-163).

⁷⁵⁹ PEIXOTO, Ravi. A Fazenda Pública e a audiência de conciliação no novo CPC cit.

⁷⁶⁰ No âmbito administrativo, existem vários casos de transações autorizadas por lei, por exemplo: os acordos em contratos administrativos (artigos 65 e 79 da Lei n. 8.666/1993); os acordos nos procedimentos sancionatórios do Cade (artigo 86 da Lei n. 12.529/2011). Outras hipóteses de direitos indisponíveis que admitem transação: acordo quanto ao valor e à forma de pagamento em ação de alimentos e o cabimento do compromisso de ajustamento de conduta em processos coletivos (artigo 5.º, § 6.º, da Lei n. 7.347/1985) (Idem, *ibidem*).

qual o melhor e mais adequado modo de exercício da função administrativa – se imperativo ou consensual – de acordo com cada situação fática e acompanhado da devida motivação.⁷⁶¹

Tanto é verdade que a consensualidade administrativa estabelece uma relação de compatibilidade com o ordenamento jurídico, que apenas as matérias expressamente vedadas em lei ou regulamento não podem ser objeto de celebração de acordo administrativo.⁷⁶²

Nessa linha, é legítima a celebração desses acordos pela Administração Pública, uma vez que são exatamente as potenciais vantagens da consensualidade (em detrimento da atuação unilateral e imperativa) que permitem afirmar serem os acordos administrativos as soluções ótimas e adequadas em cada caso concreto, equiparando-se ao interesse público.⁷⁶³

De acordo com Luciane Moessa de Souza, a primeira etapa para analisar se é ou não o caso de resolução consensual de conflitos na seara pública consiste na avaliação de risco jurídico nas ações judiciais e representações administrativas em face do Poder Público. Vale dizer, avaliar a consistência dos argumentos fáticos e jurídicos alegados pela outra parte (cidadão, empresa ou entidade). Se for possível concluir preliminarmente que assiste razão ao particular, a medida mais econômica e a única juridicamente admissível para um ente público – vinculado ao princípio da legalidade – é não contestar o pedido. Nessa hipótese, não há espaço para negociações, havendo o reconhecimento total ou parcial da procedência do pedido.⁷⁶⁴

Por outro lado, apesar de se tratar de uma análise preliminar, pode ficar constatado que não assiste razão ao particular, pois seu pleito não tem fundamento fático ou jurídico, somente restando a alternativa de contestá-lo para proteção do interesse

⁷⁶¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial cit., p. 164.

⁷⁶² Por exemplo, cita-se o artigo 17, § 1.º, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), que estabelece: “vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*” (ações de improbidade administrativa) (Idem, p. 165).

⁷⁶³ Idem, *ibidem*.

⁷⁶⁴ SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução de conflitos envolvendo o poder público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz cit., p. 201.

público primário (cumprimento das regras) e secundário (proteção do patrimônio público contra atos abusivos).⁷⁶⁵

Outras vezes, ainda, pode-se constatar algum grau de probabilidade de que o particular tenha razão, apesar de não existir certeza fática (que depende da instrução ou pelas provas não serem contundentes) ou jurídica, por serem admissíveis diversas interpretações das normas jurídicas aplicáveis e/ou pela própria divisão da jurisprudência acerca do tema. Nesses casos de incerteza, portanto, verifica-se espaço para a utilização da resolução consensual de conflitos.⁷⁶⁶

Diante de tais afirmações, Gustavo Justino de Oliveira – ao citar como exemplo as PPPs – ensina que ajustes que almejem firmar parcerias entre os setores público e privado, visando promover o desenvolvimento dos indivíduos, da sociedade e do País, notadamente pela melhoria dos serviços públicos, devem ser permeados por novos parâmetros e instrumentalizados por meio de novas formas jurídicas,⁷⁶⁷ e essa observação se aplica aos demais casos em que a Administração esteja envolvida.

O artigo 174 do NCPC previu a criação pelos entes públicos de todos os níveis da federação de câmaras de conciliação e mediação para a solução consensual de conflitos na esfera administrativa, especificando em seus incisos em que consistiria a competência desses órgãos. Também a Lei da Mediação, em seu artigo 32, tratou do assunto, possibilitando a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito dos órgãos da Advocacia Pública, repetindo as competências elencadas no Novo Código de Processo Civil e deixando claro que não se restringiriam apenas àqueles conflitos entre órgãos/entidades administrativas, mas entre particulares e as pessoas de direito público.⁷⁶⁸

A inovação da Lei n. 13.140/2015 consiste na previsão de atuação dessas câmaras também para a solução de conflitos entre particulares, “além de traçar normas

⁷⁶⁵ SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução de conflitos envolvendo o poder público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz cit., p. 201.

⁷⁶⁶ Idem, *ibidem*.

⁷⁶⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas cit., p. 255.

⁷⁶⁸ “Câmaras para resolução de litígios entre órgãos ou entidades de direito público já existem, por exemplo, a CCAF no âmbito da AGU. A referida câmara, todavia, não possui entre suas atribuições a de solucionar conflitos entre particulares e a Administração, mas apenas entre órgãos ou entidades da Administração Federal entre si ou com outros órgãos ou entidades das demais pessoas jurídicas de direito público” (BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia pública e solução consensual dos conflitos* cit., p. 151-153).

gerais de atuação, corretamente deixando amplo espaço para regulamentação da estrutura, competência e procedimento por cada ente federado”.⁷⁶⁹ Essa iniciativa legislativa é louvável, entretanto, para ser bem-sucedida, dependerá da forma como serão administradas tais câmaras e de como serão cumpridas as obrigações pelo ente público ou pelo particular após o procedimento da mediação.⁷⁷⁰

Luciane Moessa de Souza propõe que procedimentos e critérios podem ser detalhados por atos normativos editados pelos órgãos da Advocacia Pública competentes, de acordo com cada matéria, de modo a fornecer parâmetros para a atuação dos advogados públicos. Sugere, assim, um artigo com a seguinte redação:⁷⁷¹

Os órgãos de Advocacia Pública de cada ente público, da Administração direta ou indireta, deverão estipular, mediante atos normativos próprios, procedimentos e critérios para a celebração de acordos envolvendo o ente público.

Parágrafo primeiro. Estes critérios deverão incluir:

- a) atos normativos aplicáveis ao caso;
- b) fatos comprovados durante o procedimento de negociação;
- c) jurisprudência administrativa e judicial sobre o tema;
- d) pareceres da própria Advocacia Pública;
- e) custos e duração da instrução e do processo judicial;
- f) interesses legítimos dos envolvidos no conflito, positivados ou não em atos normativos.

Parágrafo segundo. Além de atos normativos gerais sobre a celebração de transações, poderão ser editados atos normativos específicos, para os casos de matérias em que seja adequado estipular uma faixa de negociação possível, estipulando parâmetros e procedimentos para autorização de acordos em determinados conflitos repetitivos.

De acordo com Ravi Peixoto, o grande desafio não consiste na aptidão ou não dos entes públicos de celebrar acordos, mas sim *sob quais condições*, uma vez que é inegável que a margem de liberdade para a realização de acordos pelo Poder Público é menor do que a existente para o setor privado.⁷⁷²

⁷⁶⁹ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia pública e solução consensual dos conflitos* cit., p. 153.

⁷⁷⁰ Idem, *ibidem*.

⁷⁷¹ SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução de conflitos envolvendo o poder público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz cit., p. 206.

⁷⁷² PEIXOTO, Ravi. A Fazenda Pública e a audiência de conciliação no novo CPC cit.

Para viabilizar a adoção desse caminho da consensualidade aplicada à esfera pública, é desejável que existam *parâmetros prévios estabelecidos em normas legais ou administrativas*, que estipulem critérios para a adequada celebração de acordos ou transações, bem como autoridades comprometidas a realizar a análise desses riscos e autorizar os acordos em cada caso concreto.⁷⁷³

Vale ressaltar, ainda, a conveniência de que tais decisões sejam tomadas de maneira colegiada, isto é, com a participação de pessoas ligadas à área jurídica, como também à área técnica afetada. Como salientado, é impossível viabilizar a celebração de acordos no âmbito público enquanto não forem previstos procedimentos e critérios claros.⁷⁷⁴

5.2.1 Capacitação e a criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores

Continuando na linha de pensamento de sugestão da criação de requisitos que pudessem realmente viabilizar a utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos, outra questão interessante diz respeito ao cadastro de mediadores e conciliadores.

Os Cejuscs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania) foram criados pela Resolução n. 125/2010 e são unidades judiciárias com atribuição específica. Com o advento do Novo Código de Processo Civil, sua implementação nos tribunais tornou-se obrigatória, mas tais centros não dispunham de sistema próprio, e, onde foram implementadas, funcionavam com magistrados designados para acumularem funções e quadro de servidores diminuto.⁷⁷⁵

Quando se trata da conciliação e mediação nos Cejuscs da Justiça Federal, por ser constante a presença de entes públicos nas causas que tramitam na Justiça Federal, sente-se diretamente o reflexo no método consensual de conflitos utilizado. Apesar de o

⁷⁷³ SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução de conflitos envolvendo o poder público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz cit., p. 201.

⁷⁷⁴ Idem, p. 201-206.

⁷⁷⁵ Há muitos Estados nos quais não há sequer um Cejusc, como Amazonas, Piauí, Santa Catarina e Roraima; outros nos quais há apenas um (Acre, Rondônia, Pará, Ceará, Rio Grande do Norte, Alagoas e Sergipe); e, outros, ainda, como Paraíba, Pernambuco e Bahia, nos quais, apesar de haver unidades judiciárias que fazem conciliação, apresentam variações de nomenclatura e estrutura. Para piorar, a Emenda n. 2 da Resolução n. 125/2010 do CNJ flexibilizou a previsão contida no artigo 165, *caput*, do NCPD no que diz respeito à obrigatoriedade de instalação dos Cejuscs, o que não é salutar (LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. O novo paradigma de solução dos conflitos: juízes e advogados estão preparados? cit., p. 993-995).

artigo 174 do NCPC “estipular a necessidade de as pessoas jurídicas de direito público políticas, de todos os níveis, criarem Câmaras de Mediação e Conciliação para a resolução consensual de conflitos no âmbito administrativo”, ainda existe um longo caminho a ser percorrido.⁷⁷⁶

Apesar de o Novo Código de Processo Civil e de a Lei de Mediação preverem a “capacitação mínima” de conciliadores e mediadores, “por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça” (artigo 167, § 1.º, do NCPC e artigos 11 e 12 da Lei n. 13.140/2015), a realidade ainda está longe desse ideal.

Valeria Lagrasta menciona que no Estado de São Paulo, por exemplo, apesar do grande número de unidades do Cejusc instaladas (mais de 160), elas contam com apenas um servidor do Judiciário e dependem de parcerias e convênios com universidades e o Poder Executivo para obtenção de instalações adequadas e de funcionários.⁷⁷⁷

Nesse sentido, a Resolução n. 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, já trazia em seu artigo 7.º, III, que compete às unidades e ramos do Ministério Público, a promoção da capacitação, treinamento e atualização permanente de membros e servidores nos mecanismos autocompositivos de solução de conflitos.

Além disso, o art. 167 do NCPC prevê que conciliadores, mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, passou a existir um Cadastro Nacional desenvolvido pelo CNJ.

⁷⁷⁶ “Seguindo a Orientação n. 125/2010, cada um dos cinco Tribunais Regionais Federais existentes no Brasil possui um Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Além disso, há diversos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, embora seu número e sua efetiva estruturação variem conforme a região, contando o TRF1 com 17 (dezesete) Centros; o TRF2 com 2 (dois) Centros; o TRF3 com 21 (vinte e um) Centros, sendo 20 (vinte) apenas no Estado de São Paulo e 1 (um) no Mato Grosso do Sul; o TRF4 com 3 (três) Centros Regionais localizados nas capitais dos três Estados que integram, 30 (trinta) Centros em Subseções espalhadas pelos Estados e 1 (uma) Vara Especializada em conciliação; e o TRF5 com 6 (seis) coordenações estaduais, sendo uma para cada Estado da região” (LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. O novo paradigma de solução dos conflitos: juízes e advogados estão preparados? cit., p. 996-997).

⁷⁷⁷ Idem, p. 995.

Segundo Emmanoel Campelo, presidente da Comissão de Acesso à Justiça e Cidadania, além de manter e atualizar esse cadastro, para contribuir com os tribunais que ainda não tenham desenvolvido o cadastro estadual, o banco de dados nacional conta com avaliações de desempenho e patamar de remuneração dos profissionais, que são estímulos para que mediadores e conciliadores promovam um melhor desempenho.⁷⁷⁸

Nesse contexto, a importância de contar com profissionais treinados e qualificados, que desenvolvam as habilidades necessárias para desenvolver suas funções com excelência, é inegável.⁷⁷⁹ Contudo, constata-se que as entidades competentes ainda não estão cumprindo as determinações contidas na Resolução do CNJ de forma satisfatória no que concerne à implementação da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos.

A adoção do cadastro não é obrigatória aos tribunais, que deverão elaborar cadastro próprio de conciliadores e mediadores, de acordo com o Novo Código de Processo Civil e as determinações da Resolução n. 125/2010 do CNJ. Vale ressaltar que a autonomia para aceitar ou não o mediador é do tribunal, que agirá como administrador, avaliando e decidindo sobre a inclusão ou não no seu banco de dados.⁷⁸⁰

Com relação ao cadastro dos profissionais, a Resolução n. 118/2014 do CNMP estabeleceu em seu artigo 7.º, VI – “a manutenção de cadastro de mediadores e facilitadores voluntários, que atuem no Ministério Público, na aplicação dos mecanismos de autocomposição dos conflitos”.

Uma sugestão razoável, que poderia auxiliar a efetiva implementação desses meios consensuais, seria a criação de um quadro próprio (cadastro estadual), além do cadastro nacional de conciliadores e mediadores para facilitar o acesso a esses profissionais de acordo com a região. Com isso, os operadores do direito e os cidadãos teriam à sua disposição uma lista de terceiros facilitadores cadastrados e contariam com a segurança de que seriam profissionais habilitados para o exercício da função.

⁷⁷⁸ Cf. informações colhidas do Cadastro Nacional de Mediadores e conciliadores disponível no Portal do CNJ. Disponível em: <cnj.jus.br>. Acesso em: 14 dez. 2018.

⁷⁷⁹ A manutenção do cadastro nacional permitirá que o CNJ possa, futuramente, avaliar os níveis de desempenho de mediadores e conciliadores de todo o País, o percentual de acordos e outros recortes possíveis com base nos registros. Cf. informações colhidas do Cadastro Nacional de Mediadores e conciliadores disponível no Portal do CNJ. Disponível em: <cnj.jus.br>. Acesso em: 14 dez. 2018.

⁷⁸⁰ Cf. informações colhidas do Cadastro Nacional de Mediadores e conciliadores disponível no Portal do CNJ. Disponível em: <cnj.jus.br>. Acesso em: 14 dez. 2018.

5.2.2 A questão da remuneração de conciliadores e mediadores

Nos Cejuscs, a atuação dos mediadores e conciliadores é voluntária na maioria dos Estados da Federação, e em apenas alguns Estados – por exemplo, os Estados da Bahia e de Goiás – os conciliadores/mediadores são concursados. A utilização do Cejusc pode ser considerada gratuita para as partes, pois tanto no setor pré-processual como no processual não há previsão de pagamento de qualquer taxa judiciária para sua utilização nem pagamento direto da remuneração desses profissionais.⁷⁸¹

Apesar de o Novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação trazerem uma determinação sobre a remuneração desses profissionais, com exceção dos concursados, que deve estar prevista em tabela fixada pelo tribunal, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo CNJ (art. 169 do NCPC e art. 13 da Lei n. 13.140/2015), até pouco tempo não existia um regulamento que tornasse essa remuneração efetiva.

Diante disso, não se pode deixar de inferir que um dos principais entraves ao desenvolvimento da conciliação e da mediação consiste na falta de remuneração desses terceiros facilitadores, que gera: (i) desmotivação e descontinuidade do trabalho; e (ii) baixa qualidade do serviço prestado (uma vez que não há investimento em aperfeiçoamento e reciclagem).⁷⁸²

Recentemente,⁷⁸³ uma Resolução do CNJ definiu regras padronizadas com relação à remuneração dos conciliadores e mediadores. Conforme orientação da Resolução n. 125/2010 do CNJ, existe a necessidade de capacitação dos conciliadores e mediadores. Em razão disso, há urgência também na definição de parâmetros para o pagamento dos trabalhos exercidos por esses profissionais.⁷⁸⁴

⁷⁸¹ “Mesmo nos Estados nos quais os terceiros facilitadores recebem alguma remuneração – como Mato Grosso do Sul –, esse valor é custeado pelo Estado” (LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. O novo paradigma de solução dos conflitos: juizes e advogados estão preparados? cit., p. 994).

⁷⁸² Nas Comarcas paulistas de Serra Negra e Patrocínio Paulista, que seguem as determinações contidas na Resolução n. 125/2010 do CNJ, tanto com relação aos conciliadores e mediadores quanto no tocante ao método de trabalho da unidade judiciária, os resultados são bastante animadores (Idem, ibidem).

⁷⁸³ Ocorrido no Fonamec no dia 27 de novembro de 2018, na sede do CNJ, em Brasília. Cf. informações colhidas no Portal do CNJ (“CNJ decide esta semana sobre profissionalização de mediador e conciliador”). Disponível em: <cnj.jus.br>. Acesso em: 14 dez. 2018.

⁷⁸⁴ Cf. informações colhidas no Portal do CNJ (“CNJ decide esta semana sobre profissionalização de mediador e conciliador”). Disponível em: <cnj.jus.br>. Acesso em: 14 dez. 2018.

A minuta desse projeto de resolução foi elaborada pelos membros do Fórum Nacional da Mediação e Conciliação (Fonamec) ainda em 2016. O Ato Normativo que trata do tema é o de número 0001874-88.2016, e, entre outros pontos, a referida norma prevê o pagamento de honorários, cabendo aos tribunais a fixação dos valores, seja por hora trabalhada, por atos, ou mesmo por valores das causas, variando de acordo com a conveniência do tribunal.⁷⁸⁵

Conforme o presidente do Fonamec, Paulo César Alves das Neves, “o conciliador deve ser bem capacitado e bem remunerado para que ele possa se profissionalizar. Não queremos um mediador que tenha essa atividade como um bico. Mas que possa cada vez mais se capacitar e prestar um bom serviço à sociedade”.⁷⁸⁶

No mesmo sentido, a coordenadora do Movimento Permanente pela Conciliação do CNJ, a conselheira Daldice Santana, reforçou a importância do aprimoramento e valorização do trabalho desses terceiros facilitadores:

A utilização dos serviços dos CEJUSCs tem um elevado custo. Não é possível esse profissional não ser remunerado. A excelência é cara. E devemos exigir capacitação e supervisão, para, em contrapartida, podermos exigir que o serviço prestado à população seja realmente bom.⁷⁸⁷

A ideia, portanto, é que as partes paguem o valor da sessão de mediação ou conciliação diretamente ao profissional, independentemente da celebração do acordo. A cobrança do valor seria fixada pelo tribunal local, conforme sugestão de Hildebrando da Costa Marques, juiz coordenador do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) do Tribunal de Justiça do Mato Grosso (TJMT).⁷⁸⁸

Recentemente, e seguindo orientação do artigo 32, § 2.º, da Lei n. 13.140/2015 (“O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o *caput* será estabelecido em regulamento de cada ente federado”), a Lei n. 16.873/2018 do Município de São Paulo estabeleceu em seu artigo 4.º a forma de pagamento dos profissionais:

⁷⁸⁵ Cf. informações colhidas no Portal do CNJ (“CNJ decide esta semana sobre profissionalização de mediador e conciliador”). Disponível em: <cnj.jus.br>. Acesso em: 14 dez. 2018.

⁷⁸⁶ Cf. Idem, *ibidem*.

⁷⁸⁷ Cf. Idem.

⁷⁸⁸ Cf. Idem.

Os valores a serem desembolsados pelo órgão contratante para pagamento de honorários dos membros do Comitê deverão compor o orçamento da contratação, sendo certo que ao contratado privado caberá o pagamento da integralidade dos custos atinentes à instalação e manutenção do Comitê, enquanto competirá ao órgão contratante reembolsá-lo da metade de tais custos, após aprovação das medições previstas no contrato.

Como se pode observar, a tendência caminha no sentido de incentivar a implementação dos meios consensuais nos mais diversos âmbitos, o que será possível somente a partir do estabelecimento de requisitos que possam ampliar o alcance e normatizar o funcionamento dos Cejuscs e a atuação dos profissionais capacitados para tanto, sendo agora imprescindível arrumar o orçamento para efetivar esses pagamentos conforme ficou estabelecido.

Em outras palavras, diante das experiências realizadas, a absorção dos Cejuscs e dos procedimentos neles utilizados, pelo Novo Código de Processo Civil e Lei da Mediação, representa grande avanço desses instrumentos. Entretanto, é necessário que haja investimento dos tribunais em estrutura e pessoal, na remuneração dos profissionais e a correta atuação do CNJ no que diz respeito ao estabelecimento de diretrizes e orientação dos tribunais na implementação da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos prevista na Resolução n. 125/2010, para evitar o retrocesso no caminho da cultura da paz.⁷⁸⁹

5.2.3 *Comunicação entre Poder Judiciário e Poder Público*

Conforme salientado, inegável afirmar a existência de certas restrições para realização de acordos pelo Poder Público.⁷⁹⁰ Vencida a questão de impossibilidade de sua realização, o grande desafio consiste não mais na verificação da aptidão dos entes públicos de efetua-los, mas sim na discussão a respeito das condições necessárias para utilização desses meios consensuais.

⁷⁸⁹ LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. O novo paradigma de solução dos conflitos: juízes e advogados estão preparados? cit., p. 998.

⁷⁹⁰ Alvo de inúmeras críticas quando demandante ou demandada em juízo, haja vista as prerrogativas de que se vale, decorrentes de sua diferenciada posição na busca e preservação do interesse público, atualmente, encontra-se a Administração Pública integrada no universo das ADRs. Sua incorporação nesse contexto decorre não apenas de uma tendência de construção de um novo equilíbrio entre público e privado, mas também em virtude dos direitos e garantias que são conferidos aos cidadãos em face da Administração Pública (MAZZONETTO, Nathalia. Novos (e adequados) rumos da Administração Pública na resolução de conflitos. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 276).

Quando a situação envolve o Poder Público, exige-se prévia autorização normativa para que o membro da advocacia pública possa transigir em juízo (princípio da legalidade – artigo 37 da CF). Apesar de algumas leis possuírem autorizações genéricas,⁷⁹¹ a questão é que ainda se depende de atos normativos por cada ente federativo, em razão da autonomia federativa detida por cada um deles.⁷⁹²

Essa autorização pode decorrer tanto diretamente da lei quanto de ato normativo do chefe do Poder Executivo regulamentando o exercício da autocomposição pelo Poder Público. Além disso, a edição de um ato normativo – público e com critérios para a autocomposição – também é imprescindível para atender aos princípios da publicidade e da impessoalidade, fornecendo elementos de controle para a análise dos acordos feitos pelos entes públicos.⁷⁹³

Mesmo diante de uma série de desafios que podem ser enfrentados quando da participação da Administração Pública, deve-se considerar que com a utilização dos mecanismos consensuais será possível proporcionar não apenas maior conhecimento e compreensão da causa pública, mas de certa forma “horizontalizar” a relação com os particulares. Para Nathalia Mazzonetto, partindo-se de tomada de decisões partilhadas e *consensuadas*, maiores as chances de adesão dos interessados no processo.⁷⁹⁴

O artigo 334 do NCPC⁷⁹⁵ estabelece uma audiência quase obrigatória de conciliação ou mediação logo no início do procedimento, a qual, salvo alguns casos

⁷⁹¹ Artigo 10, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001 (dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal). “Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do *caput*, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.”

Artigo 8.º da Lei n. 12.153/2009 (dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios). “Os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação.”

⁷⁹² A AGU, por exemplo, editou a Portaria n. 109/2007, em que permite a transação por procurador nos casos de erro administrativo reconhecido pela autoridade competente ou, quando verificável pela simples análise das provas e dos documentos que instruem a ação, pelo advogado ou procurador que atua no feito, mediante motivação adequada e nos casos em que inexistir controvérsia quanto ao fato e ao direito aplicado (artigo 3.º, I e II) (PEIXOTO, Ravi. *A Fazenda Pública e a audiência de conciliação no novo CPC cit.*).

⁷⁹³ *Idem*, *ibidem*.

⁷⁹⁴ MAZZONETTO, Nathalia. *Novos (e adequados) rumos da Administração Pública na resolução de conflitos cit.*, p. 285.

⁷⁹⁵ Artigo 334, *caput*, NCPC. “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.”

excepcionais, só não ocorrerá, caso ambas as partes manifestem expressamente desinteresse na composição consensual (art. 334, § 4.º, I, NCPC).⁷⁹⁶ Inclusive, o não comparecimento injustificado (e, ao que parece, o mero desinteresse em comparecer à audiência não se afigura como justificativa razoável) é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa (artigo 334, § 8.º, NCPC).⁷⁹⁷

Com base nessas disposições advindas com o Código de Processo Civil de 2015, boa parte dos processos iniciados sob a vigência desse diploma terá a referida audiência, o que envolve também o Poder Público, uma vez que seu caso não se enquadra na hipótese prevista no artigo 334, § 4.º, II, em que a audiência não se realiza pela inadmissão de autocomposição do direito.⁷⁹⁸

Em tese, significa que o Poder Público deveria se enquadrar na regra geral segundo a qual haverá realização de audiência, com exceção das hipóteses em que ambas as partes aleguem desinteresse. Entretanto, como destacado, o procurador precisa de autorização normativa para realizar autocomposição no caso concreto. Assim, “na grande maioria dos casos, o direito do ente público é, em tese, apto a ser alvo de autocomposição, mas inexistente autorização legal, o que implica, na realidade dos fatos, a sua inadmissão”.⁷⁹⁹

Diante disso, Ravi Peixoto defende que o posicionamento mais adequado é o de que, inexistindo autorização para autocomposição, a audiência de conciliação e mediação não seja marcada (artigo 334, § 4.º, II, NCPC).⁸⁰⁰ Caso contrário, inúmeras audiências sem qualquer utilidade seriam marcadas, uma vez que o procurador não estaria autorizado para fazer proposta de acordo.⁸⁰¹

Para que um ato administrativo seja considerado válido, ainda depende da análise de alguns aspectos, entre eles: motivo, requisitos procedimentais, finalidade, causa,

⁷⁹⁶ Artigo 334, § 4.º, NCPC. “A audiência não será realizada: I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual.”

⁷⁹⁷ Artigo 334, § 8.º, NCPC. “O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.”

⁷⁹⁸ PEIXOTO, Ravi. A Fazenda Pública e a audiência de conciliação no novo CPC cit.

⁷⁹⁹ Idem, *ibidem*.

⁸⁰⁰ Artigo 334, § 4.º, NCPC. “A audiência não será realizada: II – quando não se admitir a autocomposição.”

⁸⁰¹ Essa interpretação está de acordo com o princípio da razoável duração do processo (Artigo 6.º, NCPC. “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”) (PEIXOTO, Ravi. A Fazenda Pública e a audiência de conciliação no novo CPC cit.).

formalização e sujeito. Para as próximas observações, interessa, nesse momento, o sujeito ou agente, que é quem produz o ato administrativo.⁸⁰² A respeito do tema, relevante relembrar o conceito de *competência administrativa*, que nada mais é do que a “atribuição normativa da legitimação para a prática de um ato administrativo” e atribuída a uma função ou cargo, jamais a uma pessoa física específica.⁸⁰³

Tanto a realização de acordo em juízo como fora dele devem atender à identificação da competência. No caso da competência para composição extrajudicial, parece difícil a identificação: se não foi criada competência específica para algum órgão ou função, deve-se procurar dentre as normas do ente público quem deteria a competência para negociar sobre aquele assunto. Em juízo, as leis orgânicas que organizam a advocacia do ente público normalmente atribuem a seu superior hierárquico essa competência para transigir ou realizar acordo em juízo.⁸⁰⁴⁻⁸⁰⁵

André Luis Bergamaschi constatou que a concentração de competência no superior hierárquico da advocacia para realização de acordos representa um óbice em um sistema de gestão de conflitos que priorize a consensualidade. Alguns procuradores do Município entrevistados apontaram como obstáculo a falta de autorização para que o procurador individualmente celebre um acordo em juízo (que depende da autorização dos

⁸⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* cit., p. 404-405.

⁸⁰³ *Idem*, p. 406.

⁸⁰⁴ BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 138.

⁸⁰⁵ Quanto ao tema, confirmam-se as seguintes hipóteses legais:

1.º exemplo: O artigo 4.º da Lei Complementar n. 73/1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União) cria a competência do Advogado-Geral da União: “São atribuições do Advogado-Geral da União: VI – desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente”; e a submete aos termos de lei própria, conforme artigo 1.º da Lei n. 9.469/1997: “O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais”.

2.º exemplo: Artigo 6.º, VI, da Lei Complementar Estadual n. 478/1986 (Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo) estabelece a delegação de competência ao Procurador-Geral, mas a submete à autorização do governador: “Artigo 6.º Compete ao Procurador-Geral, sem prejuízo de outras atribuições previstas em lei ou regulamento: VI – desistir, transigir, firmar compromisso e confessar nas ações de interesse da Fazenda do Estado, autorizado pelo Governador”.

3.º exemplo: No Município de São Paulo, o artigo 4.º, VI, da Lei n. 10.182/1986 prevê a competência do Procurador-Geral para: “confessar, desistir, transigir, firmar compromissos e reconhecer pedidos nas ações de interesse da Fazenda Municipal, podendo delegar estas atribuições”.

superiores), o que representa um desestímulo para essa condução diferenciada do processo judicial.⁸⁰⁶

Contudo, de acordo com Ravi Peixoto, permanece o problema de como identificar os casos em que essa autorização existe ou não, uma vez que pode ter sido feita por ato não facilmente disponível ao público, em especial, ao Poder Judiciário, que, caso já tivesse conhecimento, poderia dispensar previamente a audiência. Isso parece essencial, pois não se mostra adequado simplesmente por supor a impossibilidade de autocomposição, que o magistrado deixe de marcar a audiência que envolva ente público (o que contraria o mandamento do artigo 3.º, §§ 2.º e 3.º, NCPC).⁸⁰⁷

No intuito de tentar encontrar uma solução para esse problema, Ravi Peixoto vislumbra duas hipóteses: (i) caberá ao advogado público informar ao juízo a ausência de autorização normativa emitida pela autoridade administrativa para autocomposição já na petição inicial, quando autor, ou até dez dias antes da audiência, quando réu; (ii) a realização de protocolos institucionais entre os entes públicos e o Poder Judiciário.⁸⁰⁸

No tocante à primeira hipótese, o autor acredita não ser uma boa solução, pois dependeria de uma decisão do magistrado reconhecendo a impossibilidade de autocomposição. Especialmente nos casos em que o ente público figura como réu, poderia acarretar uma audiência inútil, pois, muitas vezes, não há tempo hábil para uma decisão sobre o tema entre a petição e a ocorrência da audiência.⁸⁰⁹

Por isso, a melhor solução seria a sugerida na segunda hipótese. Por meio dos protocolos institucionais,⁸¹⁰ “de forma prévia à instauração dos conflitos, o próprio ente

⁸⁰⁶ Esse óbice é um dos motivos pelos quais dificilmente se realizam, na prática, audiências de conciliação em juízo envolvendo a Administração Pública Municipal, conforme a pesquisa realizada. Para o autor, um modelo interessante que vem sendo adotado na prática pela Advocacia-Geral da União é o da delegação limitada de poderes que possibilita ao procurador transigir sem necessidade de autorização (geralmente no caso de demandas mais simples, com entendimento mais uniformizado), estabelecendo faixas de valor ou matérias específicas (BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais* cit., p. 139).

⁸⁰⁷ Artigo 3.º, NCPC. “§ 2.º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3.º 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” (PEIXOTO, Ravi. *A Fazenda Pública e a audiência de conciliação no novo CPC* cit.).

⁸⁰⁸ Idem, *ibidem*.

⁸⁰⁹ Idem.

⁸¹⁰ A autora explica que o protocolo institucional é espécie de convenção processual coletiva que pode ser celebrada entre instituições, seja com o escopo de gerir coletivamente processos, seja como instrumento de consecução de políticas públicas de justiça (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público* cit., p. 381).

público já poderia informar ao Poder Judiciário em quais casos é ou não possível a autocomposição”. Assim, do ponto de vista do artigo 334, § 4.º, II, NCPC, já na instauração do processo, não haveria necessidade de qualquer discussão sobre o cabimento ou não da audiência, pois já se conheceriam os casos em que o direito do ente público poderia ser alvo de autocomposição.⁸¹¹

Nesse sentido, o artigo 75, § 4.º, do NCPC prevê uma hipótese típica de protocolo institucional, ao estabelecer a possibilidade de os entes públicos firmarem compromisso recíproco para a prática de atos processuais por seus procuradores em favor de outra pessoa jurídica de direito público, mediante convênio firmado pelas respectivas procuradorias. Tais acordos têm como objetivo concretizar os princípios da economia e eficiência processuais.⁸¹²

Na opinião de Lorena Miranda Santos Barreiros, o Poder Público pode e deve utilizar tais protocolos para atingir essas finalidades. Para a autora, há possibilidade de o Poder Público celebrar protocolos institucionais atípicos. Exemplos interessantes são mencionados para fomentar futuros debates:⁸¹³

a) é possível a celebração de protocolo institucional entre o Poder Público e o Poder Judiciário para regular a forma de recebimento de citações pelo ente público (indicando, por exemplo, dias para a sua realização, quantidade média de atos citatórios a praticar por semana), como forma de racionalizar a gestão coletiva de processos em ambas as instituições. Em contrapartida, o Poder Público poderia se comprometer a aceitar o recebimento de citação por meio eletrônico previamente indicado;

b) também a celebração de protocolo institucional entre Poder Público e Poder Judiciário que disponibilizasse estrutura física e de conciliadores para em determinados dias do mês, realizar audiências de conciliação de processos envolvendo pessoas jurídicas de direito público.

Observa, ainda, a referida autora a necessidade de se atentar para três questões importantes ao celebrar tais protocolos institucionais, quais sejam: (i) o acordo não pode ocasionar prejuízo ou impor ônus ou dever não decorrente de lei a terceiro (sendo esse limite imposto a qualquer convenção processual, independentemente da presença do Poder

⁸¹¹ PEIXOTO, Ravi. A Fazenda Pública e a audiência de conciliação no novo CPC cit.

⁸¹² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público* cit., p. 381.

⁸¹³ Idem, p. 381-382.

Público); (ii) não pode prejudicar o adequado desenvolvimento do serviço jurisdicional ou prejudicar o interesse público, devendo ser sopesadas as vantagens e desvantagens quando acarretarem acréscimo de gastos públicos; (iii) não pode haver violação da independência funcional dos magistrados.⁸¹⁴

Enfim, tais protocolos viabilizariam a comunicação entre Poder Público e Poder Judiciário, o que representaria verdadeiro estímulo à utilização dos meios consensuais. Apesar do regime próprio a que se submetem os entes públicos nas negociações processuais, inúmeras são as possibilidades de aplicação desses protocolos institucionais, que poderiam servir como importante instrumento de exercício da consensualidade, superando dificuldades práticas e operacionais em prol de uma mais eficiente gestão processual coletiva.⁸¹⁵

5.2.4 *A obrigatoriedade de os entes públicos firmarem critérios e a criação de banco de dados*

Considerando os diplomas recentes, é possível aferir a tendência do ordenamento jurídico e das entidades para o estímulo aos meios consensuais de resoluções de conflitos. Vencidas diversas questões que barravam a utilização desses instrumentos na seara pública,⁸¹⁶ cabe discutir a viabilização desse uso por meio do estabelecimento de critérios pelos entes públicos dentro de um lapso de tempo razoável.

⁸¹⁴ Quanto a essa terceira observação, permanece a dúvida acerca da possibilidade de celebração de protocolo institucional que objetiva estabelecer prazos mínimos para o cumprimento de obrigações de fazer pelos entes públicos, a depender da matéria e do número de litisconsortes existentes em cada processo. Embora haja vantagem no estabelecimento de tais prazos (resguardo da segurança jurídica e da previsibilidade no cumprimento de decisões judiciais), contrapõe-se a esse argumento o fato de que um protocolo institucional dessa natureza violaria a independência funcional dos juízes (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público* cit., p. 383).

⁸¹⁵ Idem, *ibidem*.

⁸¹⁶ O autor afirma que é preciso que seja desfeito o mito de que a indisponibilidade do interesse público teria aptidão para impedir acordos pelos entes públicos. A verdade é que nem todo direito indisponível implica a impossibilidade de transação que o envolva (PEIXOTO, Ravi. *A Fazenda Pública e a audiência de conciliação no novo CPC* cit.).

No mesmo sentido, Luciane Moessa de Souza explica que, para além de defender, como muitos vêm fazendo, a possibilidade de resolução consensual de conflitos na esfera pública, seu artigo teve como objetivo refutar os argumentos daqueles que a ela se opõem, sendo sua proposta sintetizar as peculiaridades que a presença de um ou mais entes públicos em pelo menos um dos polos do conflito traz para a sua resolução (Resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público: caminho possível e adequado, com o devido respeito às peculiaridades do regime jurídico-administrativo cit., p. 163).

Para corroborar essa ideia de que o ordenamento jurídico realmente está em busca de promover a ampliação da utilização desses instrumentos para celebração de acordos, é interessante mencionar alguns diplomas recentes nesse sentido.

O Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n. 118/2014 que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público. Por considerar que a adoção de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos é uma tendência mundial (decorrente da evolução da cultura de participação, do diálogo e do consenso), o Ministério Público percebeu a necessidade de consolidar uma política permanente de incentivo e aperfeiçoamento desses mecanismos.⁸¹⁷ Nesse sentido, esses instrumentos efetivos de pacificação social são importantes na prevenção e redução da litigiosidade, principalmente nos conflitos que envolvem o Poder Público e têm levado os envolvidos à satisfação, à pacificação e à não reincidência.

Importante mencionar, ainda, a proposta de Emenda à Constituição n. 108/2015, de autoria do Senador Vicentinho Alves, que se encontra atualmente na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). Referida proposta acrescenta o inciso LXXIX ao artigo 5.º da Constituição Federal para estabelecer o emprego de meios extrajudiciais de solução de conflitos como um direito fundamental, no intuito de promover o estímulo pelo Estado à adoção de métodos extrajudiciais de solução de conflitos. De acordo com o autor da proposta, apesar de o Novo Código de Processo Civil já tentar prestigiar os métodos extrajudiciais, incluir a diretriz na Constituição tornará mais efetiva a adoção de políticas públicas conciliatórias na solução de conflitos.⁸¹⁸

Cabe citar também o Projeto de Lei n. 577/2017 (do Vereador Caio Miranda Carneiro), aprovado pela Câmara Municipal no dia 14 de dezembro.⁸¹⁹ Seu texto foi encaminhado para João Dória (ex-prefeito do Município de São Paulo), que, em 2018, promulgou a Lei n. 16.873, que reconhece e regulamenta os Comitês de Prevenção e

⁸¹⁷ O artigo 5.º da referida Resolução assim dispõe: “Art. 5.º O Conselho Nacional do Ministério Público tem, entre outras funções, o objetivo de avaliar, debater e propor medidas administrativas, reformas normativas e projetos que incentivem a resolução autocompositiva extrajudicial ou judicial consensual de conflitos e controvérsias no âmbito do Ministério Público”.

⁸¹⁸ Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/01/11/proposta-tenta-desafogar-o-judiciario-hoje-com-quase-100-milhoes-de-processos>> (Proposta tenta desafogar o Judiciário, hoje com quase 100 milhões de processos, de 11 de janeiro de 2018). Acesso em: 20 dez. 2018.

⁸¹⁹ Do ponto de vista dos negócios, a medida representa um avanço, principalmente porque viabiliza decisões céleres e imparciais na resolução de divergências entre a Administração Pública e o parceiro privado contratado. Disponível em: <conjur.com.br> (Capital de São Paulo acerta ao planejar comitê para analisar contratos públicos, de 26 de dezembro de 2017). Acesso em: 20 dez. 2018.

Solução de Disputas para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em contratos da Administração Direta e Indireta. Por esse diploma, estabeleceram-se importantes critérios, inclusive no que diz respeito à forma de composição dos Comitês⁸²⁰ e quanto aos valores para pagamentos de honorários dos membros desses Comitês.⁸²¹

No mesmo sentido,⁸²² o Projeto de Lei do Senado n. 206, também de 2018, de autoria do Senador Antônio Anastasia, que tramita na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) e regulamenta a criação de Comitês de Prevenção e Solução de disputas para dirimir conflitos de direitos patrimoniais disponíveis em contratos firmados pela Administração Pública. O senador entende que a legislação brasileira caminha nesse sentido, ao estabelecer, em diversas leis (NCPC e Lei n. 13.140/2015), a possibilidade de autocomposição de conflitos. Além disso, “é necessário fortalecer os mecanismos da administração pública consensual no Brasil, entendida como a tendência de se aproximar poder público e particulares para a edição de atos administrativos e resolução de controvérsias”.⁸²³

Recentemente, o Governador Fernando Damata Pimentel, do Estado de Minas Gerais, promulgou a Lei n. 23.172, de 2018, que estabelece em seu artigo 5.º:

Fica criada, no âmbito do Poder Executivo, a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, vinculada ao Governador do

⁸²⁰ Artigo 6.º da Lei Ordinária n. 16.873/2018: “O Comitê será composto por três pessoas capazes e de confiança das partes, sendo, preferencialmente, dois engenheiros e um advogado. § 1.º Competirá ao órgão ou ente público contratante, em conjunto com a entidade contratada, indicar os membros que comporão o Comitê.

§ 2.º O Comitê entrará em funcionamento quando estiver regularmente constituído por meio da assinatura do respectivo Termo de Compromisso pelas partes e membros, o que deverá ocorrer em até 30 (trinta) dias contados da celebração do contrato administrativo.

§ 3.º No desempenho de suas funções, os membros do Comitê deverão proceder com imparcialidade, independência, competência e diligência”.

⁸²¹ Artigo 4.º da Lei Ordinária n. 16.873/2018: “Os valores a serem desembolsados pelo órgão contratante para pagamento de honorários dos membros do Comitê deverão compor o orçamento da contratação, sendo certo que ao contratado privado caberá o pagamento da integralidade dos custos atinentes à instalação e manutenção do Comitê, enquanto competirá ao órgão contratante reembolsá-lo da metade de tais custos, após aprovação das medições previstas no contrato”.

⁸²² O autor do projeto destaca que seu projeto inspira-se em iniciativa do município de São Paulo, que recentemente editou a Lei n. 16.873, de 2018, e defende a ampliação das hipóteses de autocomposição e resolução vinculante de controvérsias entre o poder público e os particulares por ele contratados. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/11/29/projeto-institui-comites-para-resolucao-extrajudicial-de-conflitos-em-contratos-celebrados-pela-uniao>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁸²³ Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/11/29/projeto-institui-comites-para-resolucao-extrajudicial-de-conflitos-em-contratos-celebrados-pela-uniao>> (Projeto institui comitês para resolução extrajudicial de conflitos em contratos celebrados pela União). Acesso em: 20 dez. 2018.

Estado, com a finalidade de instituir a conciliação e a mediação como meios para a solução de controvérsias administrativas ou judiciais que envolvam a administração pública direta e indireta.

A coordenação dessas Câmaras cabe à Advocacia-Geral do Estado (artigo 5.º, parágrafo único).

Ainda de acordo com o diploma supracitado, o artigo 7.º e seu parágrafo único dispõem da seguinte forma com relação aos limites e critérios:

Art. 7.º A Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos terá sua composição e funcionamento regulamentados por resolução do Advogado-Geral do Estado.

Parágrafo único. A resolução do Advogado-Geral do Estado a que se refere o *caput* fixará os limites e critérios para as conciliações, para o processo de mediação e para a realização do termo de ajustamento de conduta.

De acordo com Luciane Moessa de Souza, ao analisar o capítulo II da Lei de Mediação, cujo título é “Da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público”, constata-se que o texto traz poucas novidades, sobretudo pela excessiva remissão à necessidade de regulamentação. Na opinião da autora, não estão estabelecidos quaisquer parâmetros ou diretrizes para nortear a celebração desses acordos que envolvem o Poder Público, “os quais indiquem de forma inequívoca o que deve ser tido em conta no *conteúdo* de tais acordos”.⁸²⁴

No tocante ao tema, interessa observar o disposto no artigo 32, §§ 1.º e 2.º, da Lei n. 13.140/2015:

Art. 32. [...]

§ 1.º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o *caput* será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

§ 2.º A submissão do conflito às câmaras de que trata o *caput* é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

Percebe-se da leitura do § 1.º e dos dispositivos seguintes não haver qualquer referência aos parâmetros para a negociação; nem sequer se menciona a necessidade de que os integrantes das referidas Câmaras deverão ser previamente capacitados para a

⁸²⁴ SOUZA, Luciane Moessa de. Artigo 32. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (Coord.). *Lei de Mediação comentada artigo por artigo*: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Foco, 2018. p. 162.

resolução consensual de conflitos. Tampouco existe a previsão de um conteúdo mínimo para os acordos eventualmente celebrados, com a previsão de obrigações e seus responsáveis, a estipulação de prazos, sanções, responsáveis pelo monitoramento, necessidade de fundamentação fática e jurídica desse acordo.⁸²⁵

Segundo Luciane Moessa de Souza:⁸²⁶

Faltou, assim, a previsão de que o acordo (ou “termo final de mediação”, como o denomina a lei) deve necessariamente incluir a adequada fundamentação (fática e jurídica) para os acordos celebrados. Este item é fundamental tanto para fins de homologação (no caso dos conflitos judicializados, o juiz sempre há de verificar se o acordo não viola norma de ordem pública) quanto para fins de controle interno (exercido no âmbito da própria Advocacia Pública) e externo (exercido pelo Tribunal de Contas) da atuação da Administração Pública, inclusive para dar segurança jurídica às autoridades que firmam o acordo, assim como controle do Ministério Público (quando esse não tomou parte no acordo) e ainda controle social.

Diante do exposto, para viabilizar a realização de acordos no âmbito público com a devida segurança exigida, é necessário que se estabeleçam procedimentos claros (sobretudo quem autoriza, como são identificados os casos semelhantes etc.) e critérios para celebração de acordos. Tais procedimentos e critérios podem ser determinados por atos normativos editados pelos órgãos de Advocacia Pública competentes.⁸²⁷

No que concerne à redação do § 2.º, apenas se lamenta a inadequação do seu texto, uma vez que faculta aos entes públicos a utilização do caminho consensual pelo uso das referidas Câmaras. Uma regra como essa desconsidera o que preconiza o princípio constitucional da eficiência, segundo o qual o meio mais rápido, menos oneroso e menos desgastante, além de mais adequado na busca de soluções duradouras, deve ser sempre priorizado.⁸²⁸

Considerando a importância dessas regulamentações e a dificuldade de encontrar tais diplomas de forma compilada para favorecer a sua utilização, é relevante também discorrer acerca do estabelecido pelo artigo 41 da Lei da Mediação (Lei n. 13.140/2015):

⁸²⁵ A única previsão com relação ao acordo encontra-se no § 3.º: “Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial” (SOUZA, Luciane Moessa de. Artigo 32 cit., p. 166).

⁸²⁶ SOUZA, Luciane Moessa de. Artigo 32 cit., p. 166.

⁸²⁷ Idem, *ibidem*.

⁸²⁸ Idem.

Art. 41. A Escola Nacional de Mediação e Conciliação, no âmbito do Ministério da Justiça, poderá criar banco de dados sobre boas práticas em mediação, bem como manter relação de mediadores e de instituições de mediação.

Segundo José Herval Sampaio Júnior, um dos grandes desafios da Resolução n. 125/2010 do CNJ é se integrar com a sociedade, apresentando-lhe uma forma de resolver seus dissídios, ou seja, que a sociedade possa reconhecer na mediação e nos demais meios consensuais procedimentos flexíveis e efetivos para o alcance da justiça. Nesse sentido, a previsão de uma Escola Nacional de Mediação e Conciliação (Enam), vinculada a um Ministério, constitui uma excelente estratégia para que o Poder Público se prepare para as mudanças que devem acontecer na mentalidade da sociedade com relação aos meios consensuais.⁸²⁹

O referido artigo, ao atribuir à Enam essa função de centralizar e controlar um banco de dados de boas práticas de mediação, busca estimular todos os agentes envolvidos a utilizar os meios consensuais e promover sua permanente divulgação, para consolidar a implementação de uma política consensual. Sobre o assunto, José Herval Sampaio Júnior:⁸³⁰

Quem trabalha com política consensual sabe que o maior desafio é disseminar essa cultura dentro da sociedade, através da cidadania ativa, envolvendo a comunidade, de modo que ela, participando dos projetos, possamos realmente inculcar esses meios no dia a dia das pessoas, logo incentivar boas práticas e, por conseguinte, fazer a sua catalogação é um trabalho primordial.

Assim, tal iniciativa poderá contribuir com o desenvolvimento e adequação dos meios consensuais, facilitando o acesso, tanto da população quanto dos operadores do direito, a esses importantes diplomas legais. Andou bem o legislador, portanto, ao prever nesse artigo a atuação da Enam e do Ministério da Justiça (cujas atribuições é assegurar as condições para o fiel cumprimento dessa tarefa), um referencial para os mediadores e todas as instituições que trabalham com mediação em nosso país.⁸³¹

⁸²⁹ A Enam existia formalmente antes da Lei da Mediação, e, com o Conselho Nacional de Justiça, já se trabalhava a conscientização da sociedade sobre a importância dos meios consensuais para o alcance da pacificação social (SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Artigo 41. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (Coord.). *Lei de Mediação comentada artigo por artigo*: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Foco, 2018. p. 217-218).

⁸³⁰ Idem, p. 218-219.

⁸³¹ Idem, *ibidem*.

Enfim, o alcance da efetiva pacificação social almejada somente se mostrará viável se aqueles que submetem suas controvérsias à resolução consensual e celebram acordos puderem contar com a devida segurança jurídica, sendo que o controle e a consequente retirada de efeitos apenas ocorrerão nas situações em que ficar constatada a ilegalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos tópicos e das conclusões trazidas no presente trabalho possibilita afirmar que à Administração não apenas é permitida, como é recomendada, a utilização dos meios consensuais de solução de controvérsias a depender da situação em questão. Essa constatação se verifica a partir das razões elencadas a seguir:

1. Quando se vive em sociedade, a existência de conflitos mostra-se inevitável. A tendência natural do ser humano, em virtude dos diferentes pensamentos e posicionamentos, é se envolver em controvérsias. Ao longo do tempo e com o aumento das relações, os dissídios vêm se tornando cada vez mais frequentes e mais complexos, fato constatado pelo aumento numérico de processos na justiça brasileira.
2. Em razão da cultura arraigada do litígio na sociedade brasileira, o Poder Judiciário encontra-se abarrotado. A morosidade processual, o alto custo e, muitas vezes, a ineficiência para proferir decisões justas em tempo razoável, acarretaram a descrença da sociedade no Judiciário, que se mostra inapto a promover a verdadeira justiça.
3. Apesar das inúmeras reformas observadas do ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de diminuir o formalismo processual e proporcionar celeridade aos procedimentos, o processo judicial tradicional ainda não se mostra eficiente o suficiente para promover uma modificação do atual quadro de crise numérica em que o Poder Judiciário se encontra.
4. Nesse sentido, a proposta de criação de um sistema multiportas que pudesse fornecer opções mais adequadas aos litigantes de acordo com a análise de cada caso concreto mereceu estudo mais aprofundado. No Tribunal Multiportas é realizada uma triagem prévia que leva em consideração as especificidades do conflito e das partes envolvidas para encaminhá-lo ao meio de solução de conflitos mais adequado.
5. A necessidade de um direito cada vez mais eficiente para diminuir o inchaço das estruturas judiciárias e a reconstrução do conceito de “acesso à justiça” vêm promovendo o estímulo à utilização e implementação dos meios

consensuais de solução de conflitos, destacando a importância da mudança de cultura, tanto dos operadores do direito como da sociedade, para viabilizá-los.

6. Vive-se um momento de reflexão sobre o papel do Poder Judiciário em razão desse aumento da litigiosidade e da demanda pela tutela jurisdicional. O fomento aos meios consensuais de solução de conflitos encontra-se em consonância com o que estabelece a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que propõe a instituição de uma Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos e representou verdadeiro marco em termos de sistema multiportas.
7. Cabe deixar claro que a proposta não é a substituição da justiça formal pelos mecanismos consensuais de solução de conflitos, mas sim a implementação de formas diferenciadas da adjudicação estatal tendo como fundamento a compreensão da garantia de um “acesso à ordem jurídica justa”. Dentro de tais considerações, importa analisar qual meio se mostra mais adequado e capaz de prover as melhores soluções em cada situação.
8. Por se tratar de presença marcante e permanente no Judiciário, o Estado é considerado um dos grandes litigantes, sendo responsável por parcela considerável das demandas que congestionam os Tribunais. Esse quadro demanda do Poder Público uma solução para o problema, a qual passa pela utilização dos mecanismos consensuais, visando dar tratamento adequado aos conflitos e reduzir o volume de processos judiciais.
9. Dependendo da situação, a negociação, a conciliação e a mediação constituem alternativas eficazes que podem ser adequadamente utilizadas pela Administração Pública para resolver controvérsias em que esteja envolvida. Nesse contexto, tanto o Novo Código de Processo Civil como a Lei da Mediação (Lei n. 13.140/2015) buscaram incentivar esse uso no âmbito do Poder Público.
10. Também verificou-se, nos últimos anos, o surgimento de inúmeras políticas de estímulo ao uso desses instrumentos, sendo algumas delas direcionadas especificamente ao tratamento adequado de conflitos que envolvem a Administração Pública, culminando na criação dos Cejuses (Centros

judiciários de Solução Consensual de Conflitos), da CCAF (Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal), das Câmaras Especializadas e das Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos.

11. Os mecanismos consensuais revelam-se grandes aliados na busca pela pacificação social, apresentando inúmeras vantagens quando comparados à adjudicação estatal. Por se tratar de meios autocompositivos, em que as próprias partes, com ou sem a presença de um terceiro facilitador, buscam o diálogo e a solução negociada, as chances de efetivo cumprimento do acordo aumentam consideravelmente.
12. Além disso, observa-se a redução da litigiosidade (uma vez que tais relacionamentos não se baseiam no sistema ganha-perde), a redução dos custos, menor desgaste psicológico (decorrente da excessiva demora para o proferimento da decisão judicial) e a possibilidade de preservação das relações sociais existentes.
13. Para que tais instrumentos atendam a essa expectativa, importa abandonar os posicionamentos fechados para focar os interesses realmente envolvidos (enfoque cooperativo), separando as pessoas dos problemas, e criar um ambiente de diálogo em que as partes percebam opções com possibilidade de ganhos recíprocos.
14. Essa visão baseada na satisfação de interesses e no fortalecimento dos vínculos interpessoais viabiliza a obtenção de um acordo sensato e com perspectiva de durabilidade, uma vez que, diferentemente do processo judicial, a vontade do Estado-juiz não se sobrepõe à vontade dos interessados.
15. Diante de todos esses benefícios que a utilização adequada dos meios consensuais pode proporcionar, os “supostos” obstáculos considerados como impeditivos – desequilíbrio de poder, legalidade, indisponibilidade do interesse público – não podem subsistir quando se faz uma análise crítica. É fato que o regime jurídico administrativo pressupõe certas limitações e restrições, que, entretanto, não podem servir de desculpa para a

inviabilização desses instrumentos consensuais na solução de conflitos que envolvem a Administração Pública.

16. O interesse público representa um dos fins estatais inerentes, constantes e essenciais e sua realização efetiva e concreta pelo aparato administrativo deve necessariamente coincidir com as demandas da sociedade, e é necessário ser considerado pelo agente público no momento de suas decisões. Por conseguinte, é vedado à Administração agir da mesma forma e com a mesma liberdade permitida aos particulares, sob pena de esvaziar sua missão e até mesmo sua razão de existir.
17. Espera-se da Administração Pública que ela atue no sentido de satisfazer as necessidades coletivas e com o objetivo de alcançar os interesses públicos, ou seja, tem o dever da boa administração, atendendo aos princípios da boa-fé, da eficiência e da economicidade. Como consequência, os agentes públicos devem agir em nome de seus titulares, atuando como gestores de bens públicos.
18. Quando se analisam o interesse público e sua relação com o regime de indisponibilidade dos bens públicos, conclui-se que, dependendo da situação concreta, é possível verificar uma flexibilização do princípio da indisponibilidade do interesse público, ao pressupor que a utilização dos meios consensuais de forma adequada atende exatamente a esse interesse público.
19. Observa-se que o interesse público não está em dissonância com a consensualidade; pelo contrário, os efeitos positivos decorrentes de uma atuação administrativa consensual representam a satisfação do interesse público concretizado no acordo administrativo. Isso significa que a adequada utilização dos meios consensuais para dirimir conflitos que envolvem a Administração Pública atende ao interesse público em si.
20. A esse respeito, a consensualidade como fenômeno que conduz a Administração Pública a adotar mecanismos de diálogo e composição torna-se um instrumento na busca pelo equilíbrio dos interesses das partes envolvidas, atenuando essa verticalização que caracteriza as relações entre a Administração Pública e os particulares.

21. Esse Estado propenso à negociação com o escopo de atingir os fins públicos ficou conhecido como Administração Pública paritária e tem como importante característica a ruptura com o formalismo excessivo e a busca pela eficiência, proporcionando melhores resultados, tanto para os particulares como para o próprio Estado.
22. Após discutir as características dessa atuação administrativa consensual e demonstrar sua consonância com as expectativas da sociedade contemporânea, destacou-se a importância do controle jurisdicional com relação à consensualidade. Apesar de a Administração Pública gozar de certos poderes de autoridade, estes são condicionados, pois devem obediência ao princípio da legalidade.
23. A ação administrativa só possui tais poderes desde que previstos em lei, e seu exercício, além de ser dever do administrador (e não mera faculdade), deve atender à sua função, ou seja, só será legítimo desde que ocorra para realizar os fins estabelecidos em lei.
24. A submissão da ação administrativa a diferentes níveis de controle tem como função impedir o arbítrio e evitar que interesses particulares se sobreponham ao interesse público. Portanto, a lei passa a funcionar como uma delimitadora de competências, conferindo parâmetros para que o administrador pautar sua atuação pela consensualidade.
25. No tocante à necessidade de homologação judicial de acordos celebrados que envolvem a Administração Pública, cabe fazer a distinção entre o âmbito judicial e extrajudicial, adotando-se condutas diferentes a depender da situação. Quando se trata do âmbito judicial, caso em que a Administração Pública foi provocada pela justiça – como acontece em qualquer outro processo –, existe a obrigatoriedade de chancela judicial, de acordo com o que estabelece o artigo 334, § 11, do NCPC e o artigo 3.º, § 2.º, da Lei n. 13.140/2015.
26. Diverso é o entendimento com relação ao âmbito extrajudicial. Uma vez que o acordo tenha sido celebrado pelas partes e desde que preenchidos os requisitos, constitui um negócio jurídico perfeito, sendo a chancela judicial dispensável. Tal posicionamento se justifica, uma vez que o objetivo de

transacionar é exatamente evitar a via judicial por meio da resolução administrativa da controvérsia.

27. Além disso, não faria sentido algum optar por um meio consensual de solução de conflitos visando desfrutar dos benefícios que esses mecanismos podem proporcionar (celeridade, menor custo, informalidade) para depois submeter os termos e condições pactuados no acordo entre os interessados à chancela judicial.
28. Ademais, o fato de o Estado Democrático de Direito exigir uma atuação eficiente, transparente e honesta pressupõe um sistema de controle capaz de acompanhar, avaliar e corrigir as distorções encontradas, sendo que a possibilidade de acordo não impede que haja o controle desempenhado por órgãos como Tribunal de Contas, Ministério Público e o controle exercido pela sociedade.
29. A despeito disso, cabe à Administração Pública definir qual o melhor e mais adequado método de exercício da atuação administrativa em cada caso concreto, bem como a função de definir estratégias que possam viabilizar a utilização dos meios consensuais de solução de conflitos quando estes se mostrarem mais adequados.
30. Para tanto, não pode a Administração Pública deixar de observar os princípios, devendo estabelecer critérios claros, atendendo aos valores próprios do funcionamento do Poder Público. Nesse contexto, tanto o Novo Código de Processo Civil quanto a Lei da Mediação fixam normas gerais de atuação da Administração Pública, deixando, contudo, ampla margem para regulamentação da estrutura, competência e procedimento para cada ente federado.
31. No sentido de viabilizar a utilização desses mecanismos consensuais de conflitos na seara administrativa, observou-se a importância da capacitação, treinamento e atualização permanente de membros e servidores, sendo essencial a criação de um cadastro que possa facilitar a procura por esses profissionais devidamente qualificados. Apesar de já existir um Cadastro Nacional desenvolvido pelo CNJ, é importante que cada Tribunal possua um banco de dados da sua região.

32. Outra questão que merece atenção diz respeito à remuneração dos conciliadores e mediadores. Apesar de o Novo Código de Processo Civil e de a Lei de Mediação trazerem uma determinação sobre o assunto, até pouco tempo não existia nenhum regulamento que tornasse essa remuneração efetiva, constituindo um dos principais obstáculos ao desenvolvimento da conciliação e da mediação.
33. Quando se trata do Poder Público e em atendimento ao princípio da legalidade, exige-se prévia autorização normativa para que o membro da advocacia pública possa transigir em juízo. Nos casos de competência para composição extrajudicial é recomendável a criação de competência específica para algum órgão ou função, pois a concentração de competência no superior hierárquico da advocacia representa verdadeiro óbice em um sistema de gestão de conflitos que priorize a consensualidade.
34. Importante a criação de um banco de dados que reúna orientações para facilitar o acesso tanto da população quanto dos operadores do direito a casos em que a possibilidade de acordo é maior.
35. Nesse sentido, importa analisar cada situação para determinar qual mecanismo, dentre as opções disponíveis, se mostra o mais adequado e efetivo para alcançar a pacificação social, especialmente nos casos que envolvem o Poder Público.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1960.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: RT, 2009.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Conciliação judicial*. Palestra proferida na IV Jornada Brasileira de Direito Processual Civil. Fortaleza, 9 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

ARAÚJO, Edmir Netto. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: RT, 1992.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 1.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a negociação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. (Org.). Glossário: métodos de resolução de disputas – RDS. In: _____. (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. v. 3.

_____. Panorama do processo de mediação. In: _____. (Org.). *Manual de mediação judicial*. Brasília, 2009, p. 55. Disponível em: <<http://www.youblisher.com/p/51028-Manual-de-Mediacao/>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 95, p. 122-134, jul.-set. 1999.

_____. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: JusPodium, 2017.

BERGAMASCHI, André Luis. *Resolução de conflitos envolvendo a administração pública por mecanismos consensuais*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005.

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Fortaleza: ABC Editora, 2003.

_____. A mediação de conflitos no contexto comunitário. *Revista Síntese Direito de Família*, São Paulo, n. 58, p. 63-74, 2010.

BRANCO, Janaína Soares Noletto Castelo. *Advocacia pública e solução consensual dos conflitos*. Salvador: JusPodium, 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas. Acórdão n. 1099/2006, Órgão Julgador: Plenário. Relator: Augusto Nardes. Julgado em: 05.07.2006.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & direito de família*. Curitiba: Juruá, 2005.

_____; MASSALI, Wilson Euclides Guazzi. Arbitragem: uma saída liberal à crise do Judiciário. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n. 2, p. 165-183, dez. 2011.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e conciliação*. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944. v. 1.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASSESE, Sabino. La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado. In: _____. *La crisis del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: fim de milênio*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 3.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, mediação e arbitragem: teoria e prática*. Tradução de Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2011.

COSTA, Helena Dias Leão. Os meios alternativos na solução de conflitos e a experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF. In: GABBAY, D. M; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo: teoria do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 2.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 1. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (Coord.). *Lei de Mediação comentada artigo por artigo: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Foco, 2018.

CUNHA, Luciana Gross; GABBAY, Daniela Monteiro (Coord.). *Projeto Pensando o Direito*. O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/vol-38_o_desenho_de_sistemas_de_resolucao_alternativa_de_disputas_para_conflitos_de_interesse_publico_fgv.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce et al. *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: FGV, 1999. p. 61-76. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/produção_intelectual/arq/39.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2018.

FALECK, Diego. Desenho de sistemas de disputas no contexto da justiça federal: uma introdução. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: ESI, 2011.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FISHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce. *Getting to yes: negotiation agreement without giving in*. 3. ed. New York: Penguin Books, 2011.

FISS, Owen. Against settlement. In: RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute resolution and lawyers*. 2. ed. Saint Paul: West Group, 2004. p. 18.

FRANÇA, Phillip Gil. *Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo*. São Paulo: RT, 2013.

FREIRE, Victor do Amaral. Tribunal de Contas: jurisdição especial. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, v. 12, p. 50-51, 1982. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/app/biblioteca/pdf/PE500272.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

FREITAS, Danielli Xavier. Da solução de conflitos da administração pública por meio da arbitragem, 2014. Disponível em: <<https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/138425424/da-solucao-de-conflitos-da-administracao-publica-por-meio-da-arbitragem>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. Desenho de sistemas e mecanismos consensuais de solução de conflitos na justiça federal: uma introdução. In: _____; _____ (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014..

GALANTER, Marc. The hundred year decline of trials and the thirty years war. *Stanford Law Review*, v. 57, n. 1255, 2005.

GARCEZ, José Maria Rossani. O Estado, suas agências, as empresas públicas e as sociedades de que participa na arbitragem privada. Recentes progressos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 8, p. 101-118, jan.-mar. 2006.

GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1981.

GORDILLO, Agustín. *Problemas del control de la Administración Pública en América Latina*. Madrid: Civitas, 1981.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: _____ et al. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1-21.

HARGER, Marcelo. O direito administrativo e o regime jurídico administrativo. In: _____ (Coord.). *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JOHNSON, Earl. The pound conference remembered. *Dispute Resolution Magazine*, v. 19, n. 1. Publicada pela Ordem dos Advogados Americana – Seção de Resolução de disputas, 2012. Disponível em: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/dispute_resolution_magazine/fall2012-drmag-frank-sander.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 29 maio 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 95-136, jan.-mar. 2003.

_____. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTIÇA em Números, relatório de 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/relatorios-publicacoes#Justia-em-Numeros>>. Acesso em: 1.º nov. 2018.

KEMPFER, Marlene; MIRANDA, Lara Caxico Martins. Gestão dos negócios públicos e a resolução extrajudicial dos conflitos em face da administração pública gerencial. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 103-123, jul.-dez. 2016.

LEAL JÚNIOR, João Carlos. *O direito à razoável duração do processo e os impactos econômicos da morosidade processual nos negócios empresariais*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

_____. Os impactos da morosidade judicial na atividade empresária e a efetivação do acesso à justiça em um diálogo com o sistema processual civil inglês. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 424, p. 75-102, fev. 2013.

_____; PRADO, Martha Asunción Enriquez. Da manutenção da atividade empresarial no ordenamento brasileiro. *Revista de Direito Privado*, v. 46, p. 347, abr. 2011. Disponível em:

<<http://150.162.138.7/documents/download/1095;jsessionid=13FAC5A5E43AE763F7F30F993567F0E3>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 47.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Prestação jurisdicional pelo estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social. Uma sugestão de integração*. 2006. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. Formação de mediadores e conciliadores – Resolução n. 125 do CNJ e a proposta da Enam. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 123, p. 48-55, ago. 2014

_____. O novo paradigma de solução dos conflitos: juízes e advogados estão preparados? In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Processo em jornadas*. Salvador: JusPodium, 2016.

_____. Os centros judiciários de solução consensual de conflitos (CEJUSCS) e seu caráter de tribunal multiportas. Artigo que tem por base a obra de Guia Prático de funcionamento do CEJUSC. *Conciliação e mediação – ensino em construção*. 2. ed. São Paulo: IPAM, 2016.

MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

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

_____. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 926, p. 135-176, dez. 2012

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MASUCCI, Alfonso. *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali: il contratto di diritto pubblico*. Napoli: Jovene, 1988.

MAZZONETTO, Nathalia. *Novos (e adequados) rumos da Administração Pública na resolução de conflitos*. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. São Paulo: RT, 2012.

MENKEL-MEADOW, Carrie. *Roots and inspirations: a brief history of the foundations of dispute resolution*. In: MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C. (Coord.). *The Handbook of Dispute Resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005. p. 13-31.

_____; LOVE, Lela Porter; SCHNEIDER, Andrea Kupfer; STERNLIGHT, Jean R. *Dispute Resolution: beyond the adversarial model*. New York: Aspen, 2005.

MILESKI, Helio Saul. *Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras*. Disponível em: <<http://mileskiadvogados.com.br/imagens/doutrina/artigos/08.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos (um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil)*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, jan.-mar. 2001.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um fundamento do regime administrativo: o princípio da prossecução do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MUNIZ, Tânia Lobo. *A ética na mediação*. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais: reflexões acerca da sua admissibilidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

NALINI, José Renato. *Justiça pacificadora: um ideal bem possível*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 12, v. 45, p. 331-338, abr.-jun. 2015.

OLIVEIRA, Euclides de. *O percurso entre o conflito e a sentença nas questões de família*. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 62, mar. 2001.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 2, maio-jul. 2005.

_____. *Contrato de gestão*. São Paulo: RT, 2008.

_____. O setor público é obrigado a buscar soluções para os seus conflitos sem recorrer ao Judiciário: o papel da mediação, conciliação e arbitragem para a atual administração pública brasileira. Disponível em: <<http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/10/litigancia-no-setor-publico.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

_____; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In: XVII ENCONTRO DO CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. Tema: Cidadania e efetividade dos direitos. *Anais...* Salvador, v. 104, p. 303-322, jan.-dez. 2009.

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. *Gerenciamento do processo e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

ORTEGA, Flávia Teixeira. Todas as normas de processo civil são cogentes? Disponível em: <<http://draflaviaortega.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. A consensualidade na Administração Pública e seu controle judicial. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

_____. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

PARAÍSO, Taritha Meda Caetano. *Panorama do direito civil na atualidade e a mediação de conflitos como instrumento pacificador no cenário jurídico brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina. Londrina.

PEIXOTO, Ravi. A Fazenda Pública e a audiência de conciliação no novo CPC. Disponível em: <conjur.com.br. 2016>. Acesso em: 10 dez. 2018.

_____. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo Poder Público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 261, p. 467-497, nov. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Artigo 3. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (Coord.). *Lei de Mediação comentada artigo por artigo: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Foco, 2018.

_____. Marco legal da mediação no direito brasileiro. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

POZZEBON, Gustavo R. Chaim; ROMANO, Michel Betenjane. O papel do Ministério Público na pacificação e conflitos. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K.; NETO, C. L. (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo*. São Paulo: Atlas, 2007.

PUOLI, José Carlos Baptista. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. In: COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. *Responsabilidade civil do promotor de justiça: na tutela aos interesses coletivos (meio ambiente-consumidor-improbidade administrativa)*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

ROGÉRIO, Taiz; DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação como instrumento de eficiência e consensualidade do processo administrativo disciplinar. *Revista Pública de Direito*, p. 11. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=54072f485cdb7897>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

SALES, Lilia Maia de Moraes. A mediação de conflitos e a pacificação social. In: _____ (Org.). *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Fortaleza: ABC Editora, 2003.

_____. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003..

_____. *Mediação de conflitos: família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SALLES, Carlos Alberto de. A indisponibilidade e a solução consensual de controvérsias. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

_____. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Artigo 41. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (Coord.). *Lei de Mediação comentada artigo por artigo: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Foco, 2018..

SANDER, Frank E. A. Varieties of dispute processing. In: LEVIN, Leo A.; WHEELER, Russel R. (Ed.). *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the future*. St. Paul: West Publishing, 1979. p. 65-87.

SCHNEIDER, Gabriela. A (incessante) busca pela garantia da celeridade processual: possibilidades e desafios. In: SILVEIRA, V. (Coord.). *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, ano 3, v. 4, p. 459-477, jan.-abr. 2013.

SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO. *Acesso à Justiça por Sistemas Alternativos de Administração de Conflitos*. Brasília: SRJ, 2005, p. 24. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/reforma/main.asp?View=%7B597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0%7D>>. Acesso em: 4 jul. 2018.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 123, p. 40-47, ago. 2014.

_____. Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: _____; SALLES, C. A.; LORENCINI, M. A. G. L. (Coord.). *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

SIOUF FILHO, Alfred Habib. Negociação para resolução de controvérsias. In: SALLES, C. A.; LORENCINI, M. A. G. L.; SILVA, P. E. A. (Coord.). *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017.

SOUZA, Luciane Moessa de. Artigo 32. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (Coord.). *Lei de Mediação comentada artigo por artigo: dedicado à memória da Profa. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Foco, 2018.

_____. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

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

_____. Resolução de conflitos envolvendo o poder público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. In: GABBAY, D. M.; TAKAHASHI, B. (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 189-207.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 2014.

TÁCITO, Caio. O princípio de legalidade: ponto e contraponto. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 206, out.-dez. 1996.

TARTUCE, Fernanda. Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar? In: SALLES, C. A.; LORENCINI, M. A. G. L.; SILVA, P. E. A. (Coord.). *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

_____. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

TOFFOLI, José Antônio Dias. Movimento conciliatório e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF): breves considerações. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 50, jul.-set. 2016.

TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

VEZZULLA, Juan Carlos. Mediação responsável e emancipadora: reflexões sobre a atuação dos advogados. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 123, p. 56-61, ago. 2014.

VIEIRA, Raimundo de Menezes. Tribunal de Contas: jurisdição especial. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, v. 12, p. 6, 1982. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/app/biblioteca/pdf/PE500272.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 128-135.

_____. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Mauricio. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2004.

_____. Mediação como política pública social e judiciária. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 123, p. 35-39, ago. 2014.

_____. Política de conciliação desafia o Judiciário e pacifica as relações sociais, 2011. Disponível em: <<http://www.direitolegal.org/diario-forense/politica-de-conciliacao-desafoga-o-judiciario-e-pacifica-as-relacoes-sociais/>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

_____. Prefácio. In: GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Org.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

WEINMANN, Gustavo Seiji Sendoda. *Interesse público e sua supremacia sobre o interesse privado*. 2010. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 14. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31407/M1417JU.pdf?sequence=>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

YALE Law School. Symposium participants revisit Owen Fiss groundbreaking paper Against Settlement, março de 2010. Disponível em: <<https://law.yale.edu/yls-today/news/symposium-participants-revisit-owen-fiss-groundbreaking-paper-against-settlement>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

Sites consultados

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6878/Re1ICJBRASIL2TRI2010.pdf?sequence=1>>

<<http://www.camara.it/parlam/leggi/deleghe/10028dl.htm>>

<<http://www.conjur.com.br/2010-ago-11/entrevista-cezar-peluso-presidente-supremo-tribunal-federal>>

<<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/aceso-a-justica/conciliacao>>

<<http://www.capital.sp.gov.br/noticia/prefeitura-renova-compromisso-com-programa-201cmunicipio-amigo-da-justica201d>>

<<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/01/11/proposta-tenta-desafogar-o-judiciario-hoje-com-quase-100-milhoes-de-processos>>

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/11/29/projeto-institui-comites-para-resolucao-extrajudicial-de-conflitos-em-contratos-celebrados-pela-uniao>>

<vivario.org.br>

<mpce.mp.br>

<www.cnj.jus.br>

<conjur.com.br>