

Data do recebimento: 18/07/2021

Data do aceite: 30/08/2021

DO CONFLITO AO CONSENSO: REFLEXÕES SOBRE A MEDIAÇÃO ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

FROM CONFLICT TO CONSENSUS: REFLECTION ABOUT
MEDIATION INVOLVING PUBLIC ADMINISTRATION

Flávio Matioli Veríssimo Silva¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Consensualismo na Administração Pública; 2. Meios Alternativos de Solução de Disputas Envolvendo a Administração Pública; 3. A Incorporação da Mediação em Conflitos no Âmbito da Administração Pública; 4. Considerações Finais; Referências.

1 - Mestre em Direito pela FDSM. Especialista em Direito da Tecnologia e Informação pela UCAM. Instrutor credenciado da Escola da AGU. Procurador Federal – AGU. Endereço do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5908935516925852>.

RESUMO: O presente trabalho analisa as possibilidades e desafios para incorporação da Mediação no âmbito da Administração Pública. Para isso, desenvolvem-se ideias sobre o consensualismo na Administração Pública e meios alternativos de solução de conflitos. A Advocacia Pública é apresentada como importante agente nesse processo. Toma-se como referência a Teoria da ação comunicativa, de Jürgen Habermas, para, ao final, concluir que a adoção da Mediação pelos Entes estatais pode se converter em importante meio de regulação social, pela reconstrução de relações com os particulares, atuação inclusiva e participativa e restauração da confiança junto à comunidade.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Administração Pública. Consensualismo. Advocacia Pública. Ação Comunicativa.

ABSTRACT: This paper analyzes the possibilities and challenges for the incorporation of Mediation in the scope of Public Administration. For this, ideas are developed about consensualism in Public Administration and the alternative dispute resolution. Public Advocacy is presented as an important agent in this process. The reference is Jürgen Habermas's Theory of Communicative Action, in order to conclude that the adoption of Mediation by the State Bodies can be converted in an important instrument of social regulation, through the reconstruction of relations with individuals, inclusive and participative action, and restoration of trust in the community.

KEYWORDS: Mediation. Public Administration. Consensualism. Public Advocacy. Communicative Action.



INTRODUÇÃO

O crescimento das demandas judiciais, e a ampliação da judicialização de conflitos em geral (sejam políticos, sejam sociais) são fenômenos, já há algum tempo, estudados no Brasil. Ao passo que o desenvolvimento dos meios de acesso ao judiciário e a conscientização dos direitos por parte da sociedade são apontados como possíveis causas, a hipertrofia do Poder Judiciário e o ativismo judicial são algumas das consequências perceptíveis.

A Administração Pública, por sua vez, acaba adquirindo um papel de protagonista nesse movimento, pois o Poder Público é, inegavelmente, um dos maiores litigantes na justiça brasileira (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011). O mesmo Estado que mantém o poder judiciário, é também um dos maiores usuários. Deve-se ressaltar, contudo, que a redução de demandas judiciais é um desafio que a Administração Pública ainda busca alcançar, embora já existam medidas experimentadas com esta finalidade.

Nesse sentido, merece destaque o estudo de meios alternativos de resolução de disputas como opção para que os sujeitos possam dirimir seus conflitos sem, necessariamente, movimentar a máquina judiciária. São inúmeros os diplomas legais que contemplam, em algum momento da história brasileira, o estabelecimento de mecanismos que permitissem a resolução de um conflito sem a necessidade de uma decisão judicial. Todavia, é fato que os meios alternativos de soluções de controvérsias vêm ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da Mediação, que passou a ter regulamentação própria com a Lei 13.140/2015 e com o Código de Processo Civil de 2015.

O legislador, desde então, vem dedicando alguns artigos de leis para estimular a Mediação envolvendo Entes públicos e reforçar o consenso no âmbito estatal. A questão, contudo, passa por entender como a Administração Pública, litigante contumaz do judiciário brasileiro, pode se tornar também praticante da Mediação de conflitos.

A problemática do presente trabalho, então, está na análise dos desafios e possibilidades na Mediação envolvendo a Administração Pública. Especificamente, serão desenvolvidas ideias sobre a faceta consensual da Administração Pública e comparações com outros meios de resolução consensual de litígios, merecendo destaque a atuação da Advocacia Pública como condutora da Mediação envolvendo Entes públicos.

O trabalho analisa a questão com base em uma pesquisa bibliográfica e pela teoria da Ação Comunicativa de viés emancipatório, democrático e procedimentalista (SIMIONI, 2010, p. 26). Jürgen Habermas trabalha com uma racionalidade comunicativa, sujeita a pretensões de validade universais, quais sejam, verdade, retidão normativa e sinceridade². Essa racionalidade se manifesta, no âmbito da linguagem, por meio de uma ação comunicativa, voltada para o entendimento entre os participantes³.

2 - "Podemos dar por sentado, por lo pronto, que el concepto de acción comunicativa ha de analizarse siguiendo el hilo conductor del entendimiento lingüístico. El concepto de entendimiento (Verständigung) remite a un acuerdo racionalmente motivado alcanzado entre los participantes, que se mide por pretensiones de validez susceptibles de crítica. Las pretensiones de validez (verdad preposicional, rectitud normativa y veracidad expresiva) caracterizan diversas categorías de un saber que se encarna en manifestaciones o emisiones simbólicas". (HABERMAS, 1988, p. 110)

3 - "Con el concepto de acción comunicativa empieza a operar un supuesto más: el de un medio lingüístico en que se reflejan como tales las relaciones del actor con el mundo". (Ibid., p. 136)



Ademais, essa racionalidade tem, na ação comunicativa, um importante instrumento de reconstrução das relações sociais, que, pela Mediação, pode se apresentar como uma interessante forma de atuação do Poder Público com outros atores da sociedade.

1. O CONSENSUALISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A atuação do Estado é marcada pelo poder de império, unilateralidade e coerção. Tais características, por consequência, acabam por transparecer nas mais diversas atividades desenvolvidas pela Administração Pública. Tais dogmas podem ser parcialmente mitigados, tanto pela influência de normas constitucionais, tanto pela positivação de instrumentos que garantam uma participação mínima dos administrados, a exemplo da regulamentação do processo administrativo federal, pela lei 9.784/99.

Contudo, a atuação da Administração sob a perspectiva consensual não está propriamente sistematizada em um código, uma lei ou regulamento específico. É por meio de previsões legislativas difusas, regulamentos esparsos, ou mesmo na atuação concreta de Entes estatais que exsurge a Administração Consensual, pautada em uma atuação dialógica ou concertada (NETO, 2003).

Dentre as premissas para essa abertura consensual da Administração Pública, pode-se destacar a eficiência, a participação dos administrados, fortalecimento da governança pública (PALMA, 2015, p. 119) e compatibilidade com o arcabouço constitucional e legal. A eficiência, alçada à categoria de princípio da Administração Pública⁴, deve sempre nortear a atuação da Administração pública, sem se descuidar da eficácia e do interesse público. A consensualidade, então, pode se apresentar como uma alternativa eficiente quando a atuação concertada permitir a realização do interesse público, e seus resultados práticos se mostrarem eficazes⁵.

A participação do cidadão tem, igualmente, grande importância na legitimação da atuação administrativa, relacionando-se diretamente aos princípios e valores democráticos. É por meio da participação do administrado que fica mais evidente o caráter dialógico que a administração pode assumir, confirmando sua atuação em face da diversidade que emana dos meios sociais (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2009).

A governança pública também se fortalece com a administração consensual. Isso ocorre porque a própria concepção de governança se assenta mais em uma relação cooperativa e pluralista dos atores sociais e econômicos, do que propriamente em uma relação unilateral e impositiva⁶. O poder público passa, então, de uma postura adversarial para uma postura de colaborador, junto aos agentes privados na consecução das finalidades públicas (PALMA, 2015, p. 143-145).

4 - Art. 37, Constituição Federal de 1988: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...).

5 - Segundo Neto (2003, p. 141), “também observável e de modo muito especial, nesse processo de definição jurídica do interesse público sobressai a introdução do *resultado da ação administrativa* como parte essencial do conceito de finalidade pública e, nele, a evolução da *eficácia à eficiência* e, desta, à *efetividade*”.

6 - Pode-se entender que “a governança constitui um modelo de exercício do poder de aplicação geral, transponível a todos os níveis e em todas as esferas de organização social. Correlativamente, a lógica da governança tende a penetrar o conjunto do direito, tanto privado como público: a ideia de que convém associar os diferentes atores à elaboração da norma e preferir o consenso à coerção é atualmente comumente admitida. Em todos os níveis, os produtores de direito são convidados a se conformar aos preceitos da governança. Isso não significa, no entanto, que se esteja em presença de uma configuração jurídica radicalmente nova. De um lado, esses preceitos já estavam mais ou menos presentes no direito clássico, como o demonstra a existência dos procedimentos consultivo e contratual”. (CHEVALLIER, 2015, p. 141-142).

A submissão da Administração Pública aos preceitos legais e constitucionais, por outro lado, não deve ser desconsiderada. Dessa forma, a existência de previsões legais, que contemplem hipóteses de atuação concertada dos Entes públicos, assume grande relevância na construção do cenário de atuação consensual da Administração Pública. A legalidade abre caminho para uma institucionalização de procedimentos e espaços próprios para atuação dialógica dos Entes estatais.

Destarte, tal qual a atuação em conformidade com o Direito, também o componente democrático é fundamental em Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual a participação dos atores sociais funciona como um importante elemento legitimador das regulações jurídicas que envolvam o Poder Público⁷.

Dentre as mais conhecidas possibilidades de atuação consensual da Administração pública, pode-se destacar os Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), celebrados pelos Entes estatais envolvendo interesses coletivos (Art. 5º, § 6 Lei 7.347/85), Termos de Compromisso de Cessação (TCC), celebrados no âmbito do CADE (Art. 85, Lei 12.529/11), Termo de Compromisso da CVM (Art. 11, Lei 9.457/97), Acordo de Leniência (Art. 16, Lei 12.846/2013) e a previsão para celebrar acordos e transações no âmbito do Juizado Especial Federal (Art. 10, p.u., Lei 10.259/01).

No âmbito do consensualismo, a Administração assume tarefa de mediar e compor conflitos envolvendo interesses estatais e privados, harmonizando e aproximando Entes públicos e a sociedade (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2009). Essa atuação consensual pode se dar na fase decisória, executória e judicativa⁸, podendo ser reconhecida, neste último caso, como uma técnica de superação de conflitos, dentre as quais pode se incluir os meios alternativos de resolução de conflitos envolvendo os Entes públicos.

Importa mencionar a relevância da Advocacia Pública para a atuação consensual dos Entes estatais. A Advocacia Pública, como Função Essencial à Justiça, prevista na Constituição, corresponde à Advocacia Geral da União, Procuradorias do Estado, Distrito Federal, Municípios e respectivos membros advogados públicos. Essa função atua em um espectro, com atribuições amplas, diversas das do Ministério Público e Defensorias Públicas. Da mesma forma que o Estado, a Advocacia Pública acaba por se nortear em suas atuações, pelo interesse público, valores e princípios da Constituição Federal brasileira, de forma que o regime jurídico de Direito Público marca, igualmente, as atribuições dos Advogados Públicos.

Como se verá adiante, foi no âmbito da Administração Federal que a Advocacia Geral da União desenvolveu, dentre seus eixos de atuação, importantes e simbólicas práticas que pres-

7 - O ordenamento jurídico também possui importante papel de integração social: “A positividade do direito não pode fundar-se somente na contingência de decisões arbitrárias, sem correr o risco de perder seu poder de integração social. O direito extrai a sua força muito mais da aliança que a positividade do direito estabelece com a pretensão à legitimidade. Nessa ligação reflete-se o entrelaçamento estrutural entre aceitação, que fundamenta os fatos, e a aceitabilidade exigida por pretensões de validade, que já estava introduzida no agir comunicativo e na ordem social mais ou menos natural, na forma de tensão entre facticidade e validade” (HABERMAS, 1997, p. 60).

8 - “Para adotar uma classificação simples para essas inúmeras modalidades de *administração concertada* pode-se usar o critério das finalidades administrativas imediatas: a promoção do interesse público, a realização do interesse público ou a recuperação do interesse público. A cada uma dessas finalidades correspondem funções administrativas legalmente postas, bem como modalidades de administração consensual distintas. (...) São, em suma: a *função decisória administrativa* abstrata ou concreta, como manifestação de vontade primária da Administração Pública; a *função executiva administrativa*, como transformação do ato em fato e a *função judicativa administrativa*, como técnica de superação de conflitos”. (NETO, op. cit., p. 147)

tigiam o consenso e o acordo bilateral como solução alternativa para resolução de litígios envolvendo o Estado, sejam eles judiciais ou extrajudiciais.

2. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A resolução alternativa de conflitos pode ser considerada uma política pública específica do Estado brasileiro¹¹, voltada para tentar solucionar gargalos e ampliar o acesso à justiça no país. A ideia não é nova, visto que foi observado um movimento semelhante em várias partes do mundo.

Nesse movimento, existem diversas nomenclaturas adotadas: No Brasil, pode-se mencionar MASC (Meios Alternativos de Resolução de Conflitos), MESC (Meios Extrajudiciais de Resolução de Conflitos), RAD (Resolução Apropriada de Disputas); Nos EUA e na Inglaterra, tem-se a expressão ADR (*Alternative Dispute Resolution*); em países da América Latina, fala-se em RAD (*Resoluciones Alternativas de Disputas*); e na França, existem os MARC (*Modes Alternatifs de Règlement des Conflits*). (ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN (coord.), 2016).

Em contraste com a jurisdição, monopólio do Estado, que tem como uma de suas características a coercibilidade, os meios alternativos prestam maior deferência ao consenso entre os conflitantes. As inovações legislativas da última década - caso do Código de Processo Civil (Lei 13105/15), Lei da Mediação (Lei 13.140/15) e Reforma da Lei da Arbitragem (Lei 9.037/96, alterada pela Lei 13.129/15), Lei 13867/19 (alterou a Lei de Desapropriações) - demonstram que a Arbitragem, a Mediação e a Conciliação são uma realidade factível, acessível não somente aos Particulares, mas também à Administração Pública em geral. Recentemente, a Lei 14.133/21 além de permitir a adoção da Arbitragem, Conciliação e Mediação em contratos administrativos, passou a admitir o Comitê de Resolução de Disputas como meio alternativo de prevenção e resolução de controvérsias¹⁰.

A Conciliação, a Arbitragem e a Mediação já despontavam, assim, como os principais meios alternativos de solução de conflitos. Nessas situações, percebe-se o incentivo legal para que a Administração venha a submeter suas disputas a vias que melhor se adequem ao conflito a ser dirimido. Algumas distinções valem ser mencionadas em relação a estas alternativas à jurisdição Estatal.

Na Arbitragem, os sujeitos em conflito concordam em submeter a questão a um terceiro, que irá efetivamente decidir sobre o caso, de forma que há uma heterocomposição do dissídio.

9 - No âmbito da regulação administrativa, a legislação das agências reguladoras já admitia a adoção de técnicas diretas de solução extrajudicial de dissensos, a exemplo do art. 20 da lei 9.478/97. Já para as questões judicializadas, por exemplo, tem-se o II Pacto republicano de estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, firmado entre os Poderes, que se propõe, dentre outros, a fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização, assim como ampliar a edição de súmulas administrativas e a constituição de Câmaras de Conciliação.

10 - Sobre os Comitês de Disputas ou *Dispute boards*: "A principal diferença entre a arbitragem e os disputes boards está no fato de que, no primeiro caso, a disputa será submetida ao árbitro, que não integra ou acompanha a execução do contrato, e no segundo caso, a controvérsia será dirimida pelo Colegiado de experts, que integra a relação contratual e acompanha a sua execução, com melhores condições, em tese, de prevenir e solucionar problemas, em virtude da redução da assimetria de informações e da celeridade da decisão" (OLIVEIRA, 2017, p. 26).

Esse terceiro, vale dizer, não atua em nome do poder judiciário. Neste caso, a relação entre os participantes é de adversários, porém a adesão é facultativa.

Se chegou a existir divergência sobre a possibilidade de Entes públicos se submeterem a um procedimento arbitral contra um particular, a Lei 13.129/15 tratou de dissipar a questão, permitindo expressamente a arbitragem envolvendo a Administração Pública, desde que a Arbitragem seja de direito e respeite o princípio da publicidade¹¹.

Outro requisito legal para realização da Arbitragem, nos processos em que seja litigante a Administração Pública, é ter como objeto da disputa questão envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. A distinção entre direitos disponíveis e indisponíveis carece de um critério definitivo, contudo é usualmente associada à indisponibilidade do interesse público por parte do Poder Público. Para fins práticos - sem querer se aprofundar neste ponto específico -, pode-se mencionar como passíveis de submissão à Arbitragem os direitos passíveis de contratação pela Administração Pública, ou que envolvam uma expressão de valor pecuniário¹².

A Conciliação desenvolve-se pela participação de um terceiro conciliador, que auxilia as partes, apresentando e sugerindo propostas, sem forçar ou intimidar as partes. Em geral, a Conciliação é tratada pela legislação como fase do processo judicial, onde prevalece a vontade negociada como fundamento para o encerramento de um conflito.

Há semelhança entre a Conciliação e a Mediação, na medida em que se trata de métodos de autocomposição de conflitos. No caso da Mediação, o terceiro atua como facilitador do diálogo, conferindo às partes um protagonismo que permita a elas alcançar um consenso ou mesmo reestabelecer uma relação (ou vínculo) deteriorada em virtude de alguma desavença.

A título de exemplificação, no âmbito federal, a possibilidade de conciliação, por parte da Administração Pública, é assente no ordenamento há alguns anos, obtendo-se resultados importantes para o Estado brasileiro. A atuação conciliatória em processos judiciais se dá por meio da Advocacia Pública Federal, nos mais diversos processos e instâncias do judiciário¹³. Assim, a

11 - Lei 9.037/96 (alterada pela Lei 13.129/15): Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

12 - Vale registrar a posição doutrinária, segundo o qual “o princípio da indisponibilidade do interesse público não estabelece propriamente um dever ou proibição.(...) Sua função não é a de prescrever condutas, mas sim apontar um traço característico daquele conjunto de normas, contribuindo para sua compreensão e posterior interpretação.(...) Não foi esse o sentido que a legislação empregou, ao estabelecer que a arbitragem só se destina a ‘dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis’. Com essa demarcação, a Lei de Arbitragem afastou de seu âmbito de aplicação apenas os temas que não admitissem *contratação* pelas partes. Numa palavra, a lei limitou a aplicação do procedimento arbitral às questões referentes a *direito (ou interesse) passível de contratação*. Para evitar confusão terminológica - que propicie um falso embate em face do princípio da indisponibilidade do interesse público -, passaremos a designar este requisito como a existência de um direito *negociável*” (SUNDFELD; CÂMARA, 2008, p. 120).

13 - Lei 9469/97: Art. 1º. 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



Advocacia Geral da União pode tanto transacionar, quando representando a União Federal (e respectivas Autarquias e Fundações), como pode também atuar como terceiro, arbitrando ou mesmo mediando soluções para casos específicos¹⁴.

3. A INCORPORAÇÃO DA MEDIAÇÃO EM CONFLITOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A) Contextualizando a Mediação na Administração Pública

Como já referido anteriormente, o arcabouço jurídico da Mediação vem sendo moldado, ao longo da última década, em leis e regulamentos¹⁵, na esteira da disseminação dos outros meios de resolução consensual de conflitos, como a Conciliação e a Arbitragem.

Na mediação, diversamente do que ocorre na Conciliação, há interessados, e não adversários, demonstrando que a lógica prevalente é a da cooperação. Por consequência, um dos objetivos da Mediação é uma solução que evite que um dos interessados saia perdendo. Permite-se, por consequência, a recomposição ou a reconstrução de uma relação que possivelmente existia e continuará existindo ao término do procedimento, diversamente do que ocorre com a Conciliação, na qual, em geral, o acordo recai sobre a reparação de alguma situação jurídica pontual. Disso também decorre a importância do protagonismo dos interessados na Mediação, ou seja, o consenso deve ser satisfatório para todos.

A inserção da Administração Pública na sistemática da Mediação, seja participante da Mediação com particulares, ou como frente a outros Entes Públicos, passa pela atuação da Advocacia Pública¹⁶, desenvolvendo e mantendo Câmaras próprias de resolução administrativa de conflitos, com a finalidade de desenvolver soluções eficientes e adequadas para uma disputa¹⁷.

Como o foco é a busca pelo consenso, o direito em questão, ainda que indisponível, deve ser transacionável, na medida em que a Lei 13.140/15 veda a realização da Mediação para direi-

14 - A partir da estrutura da Advocacia Geral da União, foi criada a Comissão de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal (CCAF), regulamentada originalmente pelo Decreto 7.392/2010, e transformada em Câmara de Mediação e de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal pelo Decreto 10.608/21. A referida Câmara tem como principal função dirimir disputas entre os Entes da Administração Pública Federal, ou mesmo conflitos envolvendo Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas, Entes Públicos Estaduais, do Distrito Federal e Municipais. No âmbito da CCAF, após a admissão do caso, é tentado, no primeiro momento, uma solução conciliatória entre os participantes. Em havendo o fracasso da tentativa de alcançar o consenso, a resolução da questão pode ser decidida no âmbito da própria AGU. Ao final, pode-se gerar um tanto um Termo de conciliação (homologado pelo Advogado Geral da União) quanto um Termo de Ajustamento de Conduta (que se converte em título executivo extrajudicial, por força do art. 784, IV, do CPC), ou mesmo um arquivamento do caso sem conciliação.

15 - Vale lembrar a importância da Resolução 125/2010, uma das pioneiras regulamentações do tema pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Mais recentemente o CNJ, na Resolução Nº 358 de 02/12/2020, tratou da utilização de meios eletrônicos que permitam a mediação à distância.

16 - Lei 13.140/15, Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar 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.

17 - Ressalta-se que as Câmaras podem ser criadas também a nível Estadual ou Municipal, na medida das atribuições de cada ente federativo. No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, pode-se citar a CRLS (Câmaras de Resolução de Litígios em Saúde) e a CASC (Câmara Administrativa para Solução de Conflitos), que desenvolvem trabalhos que buscam uma composição extrajudicial de demandas entre o Particular e o estado-membro e respectivos órgãos.

tos indisponíveis que não admitam transação¹⁸. Há uma especificidade, então, em relação à Lei de Arbitragem, que se pauta na patrimonialidade e na indisponibilidade ou não do direito.

B) Desafios para a Implementação

Não se deve desconsiderar que a implementação da Mediação, como meio de solução de controvérsias da Administração Pública, ou mesmo entre particulares, enfrentará alguns desafios, sejam práticos ou teóricos. Uma delas é o estímulo à adoção de uma postura cooperativa, superando a concepção adversarial prevalente nos processos judiciais. O litígio, quando submetido a juízo, acaba se submetendo à lógica do contraditório¹⁹, afastando, muitas vezes, o próprio diálogo das partes. Isso se reflete também nos processos administrativos, onde o contraditório concorre com o poder de império da administração.

Na Mediação, deve prevalecer a perspectiva colaborativa, de forma que outro deve ser visto não como adversário, mas sim como elemento que integra a construção da solução do conflito. Referindo-se à Administração Pública, não se deve perder de vista que a Mediação pode permitir uma solução inclusiva do outro participante.

A Mediação, em sua proposta reconciliatória (que permite a transferência do centro de decisões para os próprios interessados) pode levar a uma superação dos obstáculos experimentados pela Conciliação no Brasil. Isso porque a Conciliação, absorvida pelos tribunais, tornando-se parte da burocracia processual, acabou, por vezes, descreditada pelos operadores do direito e cidadãos, que preferem, na maioria das vezes, transferir para o juiz a palavra final sobre a desavença (MELLO; LUPETTI BAPTISTA, p. 113).

Nesse sentido, a promoção de uma cultura na qual o diálogo, a intercompreensão, a empatia e a emancipação sejam a tônica das relações, implica no abandono da ideia de que a Mediação deve estar sob a tutela exclusiva do judiciário (ORSINI; SILVA, 2016, p. 352). Por outro lado, o reconhecimento e a inclusão dos participantes na construção da solução de um conflito devem ser uma alternativa oferecida pela Administração Pública, na medida de seus compromissos assumidos na Constituição Federal.

O Aprimoramento da comunicação entre os participantes também é importante na Mediação (FISHER; URY; PATTON, 2005, p. 50). Na própria comunicação, pode residir o âmago da disputa. Assim, a Mediação deve ser vista com base em uma lógica de racionalidade comunicativa, que se utiliza da linguagem como principal instrumento viabilizador do entendimento, integrando e refletindo o ponto de vista dos interessados²⁰.

18 - Lei 13.140/15: Art. 3º. Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. § 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

19 - "A lógica do contraditório é um método de constituição do saber jurídico e de socialização dos operadores do campo do direito que não se confunde com o princípio do contraditório, embora nele encontre eco e inspiração. A diferença básica entre a lógica e o princípio, nesse caso, reside no fato de que o contraditório no processo, como princípio, é empírico, enquanto a lógica do contraditório é mais ampla e contamina todas as demais manifestações do direito destituídas de empiria, seja na doutrina, seja na chamada teoria. A eficácia dessa lógica na filosofia do direito fica, assim, neutralizada, sem demonstrações ou experimentações que lhe sirvam de suporte para explicações, compreensões ou aplicações. A lógica do contraditório, portanto, se estrutura no pensamento e informa a prática dos operadores" (MELLO; LUPETTI BAPTISTA, 2011, p. 114).

20 - É nesse sentido que Jürgen Habermas (1988, p. 136) concebe o modelo de ação comunicativa, baseado na linguagem como médium de entendimento não abreviado, onde os agentes fazem referência a algo no mundo objetivo, social e subjetivo, com a finalidade de negociar definições compartilhadas para as diversas situações.



Dessa forma, a difusão da postura colaborativa, reconhecimento e abertura dialógica, e o incremento de uma prática comunicativa são desafios à incorporação da Mediação na resolução de conflitos - não só na prática forense brasileira, mas também no âmbito das relações em que for parte a Administração Pública. Nesse ponto, vale destaque para os modelos e perspectivas da qual se podem valer os interessados em uma Mediação, em especial se referindo a Entes estatais.

C) Perspectivas e Modelos de Aplicação

A Mediação também se vale de alguns modelos de aplicação, que podem ser utilizados na busca pela solução que melhor atenda o interesse dos participantes. Tudo isso passa pela consideração de algumas variáveis, que dependem de uma avaliação mais profunda e contextual da desavença posta em análise.

A dimensão social, as regionalidades e o contexto cultural do local devem ser considerados pelo mediador na mesma proporção em que se compreende a relação interpessoal posta em disputa. Da mesma forma, o ordenamento jurídico deve nortear a atuação do mediador na busca por uma solução consentânea, com normas e valores reconhecidos pelo Estado e a sociedade.

É nesse contexto que se pode falar em mundo da vida compartilhado, em que, segundo Habermas (1988), ocorrem os desentendimentos e entendimentos sobre algo que está no mundo objetivo, no mundo social ou em um mundo subjetivo e particular. Trata-se de um contexto em que os entendimentos dependem de uma compreensão cultural prévia. Na medida em que os delimitamentos de uma relação são negociados pelos próprios envolvidos, tem-se um novo fragmento temático correspondente do mundo da vida²¹.

Dentre os modelos de Mediação, podemos destacar o Modelo Linear de Harvard e o Modelo Transformativo²². Tais modelos não se excluem, podendo tanto ser aplicados isoladamente, quanto conjuntamente, a depender do conflito posto em questão pelas partes, com base na linguagem e na metodologia que serão utilizadas pelo mediador.

O modelo Linear da escola de Harvard trabalha a Mediação como um processo de negociação assistida por um terceiro neutro. Essa neutralidade se expressa pelo não envolvimento emocional, ausência de favoritismos, sem preconceitos ou juízos de valor (ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN (coord.), 2016, p. 192-193). Nesse método, há a separação entre pessoas e problemas²³, foco na análise dos interesses dos participantes (em detrimento das posições das partes)²⁴, trabalho

21 - "Todo proceso de entendimiento tiene lugar sobre el trasfondo de una precomprensión imbuida culturalmente. El saber de fondo permanece aporoblemático en su conjunto. Sólo la parte de ese acervo de saber, que los participantes en la interacción utilizan y tematizan en cada caso para sus interpretaciones, queda puesta a prueba. En la medida en que las definiciones de la situación son negociadas por los implicados mismos, con el tratamiento de cada nueva definición de una situación queda también a disposición el correspondiente fragmento temático del mundo de la vida" (HABERMAS, 1988, p. 145).

22 - Existem ainda outros modelos, a exemplo do modelo de Mediação Circular-Narrativo, utilizada em relações familiares. (CARDOZO. In: NETTO (org.), 2014, p.147-167).

23 - "Uma consequência fundamental do 'problema das pessoas' na negociação é que o relacionamento entre as partes tende a confundir-se com suas discussões da substância" (FISHER; URY; PATTON, 2005, p.38)

24 - "Por trás das posições opostas há interesses comuns e compatíveis, assim como interesses conflitantes" (Ibid., p.59)

conjunto para se chegar a um acordo que satisfaça as partes²⁵ e a adoção de critérios objetivos na definição da composição²⁶.

Já o modelo Transformativo de Mediação se concentra nas pessoas em conflito, na tentativa de transformar o relacionamento entre elas. Nesse caso, o acordo não é objetivo primordial da Mediação, mas sim o fortalecimento - e o empoderamento - dos participantes, para que consigam transformar o conflito em uma oportunidade de (re)construir a relação deteriorada²⁷.

Se no modelo Linear, o foco está na elaboração de um acordo, a partir dos interesses dos participantes, no modelo Transformativo, ele se baseia nas pessoas, na valorização e reconhecimento do outro, de forma que o acordo é apenas um dos resultados possíveis. Assim, por meio da comunicação entre os envolvidos, busca-se uma mudança na percepção de um conflito, de forma que uma interação negativa e destrutiva pode se converter em uma interação positiva e construtiva²⁸.

Vale mencionar, também, a concepção de Justiça Restaurativa, importada do direito norte-americano para nosso direito penal como alternativa punitiva do Estado. Pode-se dizer que, na Justiça Restaurativa, há um processo no qual todas as partes (inclusive a comunidade) afetadas pela situação de conflito ou violência, voluntariamente se encontram (de forma ordenada e em espaços seguros e acolhedores) para, por meio de um facilitador (capacitado em técnicas de Mediação, diálogo, dentre outras), construir plano de ação para reparar o dano, e, eventualmente restaurar a relação rompida e transformar o contexto pessoal social e institucional que ensejou aquela situação (ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN,(coord.), 2016, p. 684).

Na Mediação envolvendo a Administração Pública, essas e outras concepções podem - e devem - ser levadas em consideração na busca pela resolução do litígio, sempre em conformidade com o interesse público e com o ordenamento jurídico vigente. Assim, a solução de uma disputa envolvendo a Administração Pública, seja com outros Entes estatais, seja com particulares, pode passar pela celebração de um acordo, pela ótica da reconstrução de uma relação junto a outros atores estatais (ou mesmo da sociedade) e até por uma restauração da confiança do Poder público junto à comunidade.

Dessa forma, nada impede que a Mediação assuma um papel de regulador social, permitindo a recomposição entre Estado e sociedade civil para além da perspectiva da globalização do comércio, que vê na Mediação uma técnica de resolução de conflito (BONAFE-SCHMITT, 2012, p.182).

25 - "O desafio do mediador é estimular as pessoas a criarem soluções mutuamente benéficas e satisfatórias" (JONATHAN; PELAJO. In: ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN (coord.), 2016, p. 200).

26 - "Quanto mais você aplicar padrões de imparcialidade, eficiência ou mérito científico a seu problema específico, maior será a probabilidade de produzir uma solução final sensata e justa". (FISHER; URY; PATTON, *ibidem.*, p. 99).

27 - O modelo transformativo de Mediação tem por base estudos de Robert A. Barush Bush e Joseph Folger (2005), que entendem possível, por meio da mediação, a valorização das pessoas e o reconhecimento do outro. Nessa perspectiva, os referidos autores entendem que: "The key to this transformation of conflict are the empowerment and recognition shifts that the parties themselves make. No matter how small and seemingly insignificant, as these shifts continue and accumulate, they can transform the entire interaction". (BUSH; FOLGER, 2005, p.56)

28 - "In the transformative mediation process, parties can recapture their sense of competence and connection, reverse the negative conflict cycle, reestablish a constructive (or at least neutral) interaction, and move forward on a positive footing, with the mediator's help" (BUSH; FOLGER, *ibidem.*, p.53).



D) A Advocacia Pública como Condutor da Mediação Envolvendo a Administração Pública

Por meio da Mediação, um vasto campo de diálogo pode se abrir entre os participantes. Nos conflitos envolvendo a Administração Pública, não é diferente, pois, muitas vezes, a própria Conciliação pode resolver uma disputa pontual entre os participantes, mas novos conflitos podem emergir dentro da mesma relação (que se mantém no tempo), se não for repensada a própria postura do participante.

Imagine-se uma situação na qual o órgão estatal entre em divergência com o contrato sobre adimplemento contratual em uma possível questão que, se judicializada, pode levar décadas para ser dirimida. Neste caso, a Administração Pública, por meio de sua Advocacia Pública, pode mediar uma conversa que permita uma solução que contemple não só as divergências contratuais, mas também que antecipem divergências futuras que venham a prejudicar um serviço público ou seus usuários. Em outras palavras, não é só a divergência pecuniária que é pontualmente solucionada, pois revigora-se a própria relação entre o Estado o ente particular.

A partir de suas atribuições, norteadas por normas constitucionais democráticas, a atuação da Advocacia Pública na Mediação deve ter a percepção de que o conflito permite mudanças positivas nas relações entre órgãos do Poder público, ou entre estes e os cidadãos.

Nesse sentido, a Mediação pode levar a um consenso parcial, isto é, apenas sobre parte do objeto do litígio, desde que a composição já seja suficiente para contribuir para o fortalecimento dos laços entre a sociedade e os Entes estatais, ou mesmo entre estes, visto que a realização do acordo nem sempre é possível dentro de uma relação de direito público, ou sequer envolvendo direitos indisponíveis que não admitiam transação.

Por meio de uma interpretação conjunta da legislação, em especial do art. 174 do Código de Processo Civil²⁹ e do art. 32 da Lei 13.140/15, percebe-se um dever da Administração Pública de criar câmaras de resolução de conflitos, especializadas em Mediação e conciliação. A institucionalização das câmaras voltadas à Mediação, mesmo que no âmbito da Advocacia Pública, visam garantir, dentre outros, uma integridade do procedimento, sem prejuízo da adoção de outras práticas próprias da Mediação entre particulares.

No âmbito da Advocacia Pública Federal, por exemplo, a Mediação de conflitos acaba por se inserir dentre as próprias atribuições dos advogados públicos federais³⁰. Os advogados públicos poderiam atuar não só na representação do ente público em uma Mediação, mas também cooperando nas câmaras específicas, criadas pelos entes estatais, na condição de facilitadores. E igualmente, também caberá ao ente público desenvolver e capacitar eventuais câmaras de resolução de conflitos já existentes, para também realizarem procedimentos e técnicas de Mediação, inclusive, se for o caso, envolvendo particulares.

29 - Código de processo Civil: 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.

30 - Lei 13.327/16: Art. 37. Respeitadas as atribuições próprias de cada um dos cargos de que trata este Capítulo, compete a seus ocupantes: XV - atuar em procedimento de mediação, nos termos da Lei no 13.140, de 26 de junho de 2015;

Nota-se que a garantia da independência do Advogado Público, na condição de mediador, não só pode ser inferida do ordenamento jurídico, como também se consubstancia em uma deferência do Estado à Mediação com uma solução justa entre as partes envolvidas no conflito, quer esta envolva entes particulares ou públicos.

A Advocacia Pública, então, deve atuar não só na segurança jurídica da atuação estatal, mas também na garantia da existência de um espaço público e um ambiente de diálogo nas relações entre os Entes estatais e os cidadãos, envolvendo disputas jurídicas.

E a inclusão do cidadão, no direito praticado pelo Estado, também ganha relevância, na medida em que o direito moderno se sustenta de uma solidariedade concentrada no papel dos cidadãos, que surge, em última instância, de uma ação comunicativa (HABERMAS, 1997, p. 54).

Nessa lógica, a atuação da Advocacia Pública pode contribuir para o aprimoramento da regulação social por intermédio da Mediação, bem como por intermédio de outros meios alternativos de conflitos que privilegiem o consenso.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como alternativas aos conflitos envolvendo entes estatais, a Arbitragem e a Conciliação estão em permanente evolução no contexto de atuação da Administração Pública. A Mediação, com as possibilidades criadas pela legislação nos últimos anos, também vem se desenvolvendo. Se faz necessário, contudo, o incremento da cultura do consenso no âmbito estatal.

A Mediação se apresenta como um novo e amplo campo de dinamização nas relações postas em conflito no ordenamento jurídico brasileiro. A partir de uma atuação consensual, e passando por uma racionalidade comunicativa, tem-se uma nova possibilidade de resolução de conflitos envolvendo entes estatais e, até mesmo, junto a cidadãos ou empresas privadas.

No âmbito das relações da Administração pública, a Mediação pode ser utilizada inclusive como nova forma de dinamização e regulação social, caso se supere os desafios impostos a essa forma de atuação consensual dos Entes públicos. E, para isso, o papel da Advocacia Pública adquire grande relevância, pois passa por esta função, essencial à justiça, a institucionalização e implementação das práticas da Mediação de conflitos envolvendo a Administração Pública.

REFERÊNCIAS

BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre. Os modelos de mediação: modelos latinos e anglo-saxões de mediação. **Meritum – Revista de Direito da Universidade FUMEC**, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, 2012.

BRASIL. **II Pacto republicano de estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Acesso em: maio 2021.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. **The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Mediation**. Rev. Ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2005.



CARDOZO, Raquel Nery. Os conflitos familiares e as escolas de mediação. In: NETTO, Fernando Gama de Miranda (org.). **Mediação nas comunidades e nas instituições (livro eletrônico)**. Niterói: PPGDSD- Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, 2014. Disponível em: <<https://www.professores.uff.br/fernandogama/wp-content/uploads/sites/15/2017/07/livromediacao.pdf>>. Acesso em: maio 2021.

CHEVALLIER, Jacques. A governança e o Direito. **Revista de Direito Público da Economia -RDPE**, n.12. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Os cem maiores litigantes**. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: maio 2021.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao Sim**: Negociação de Acordos sem Concessões. 2. ed. revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade, volume I, tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Teoría de la Acción Comunicativa I**: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus Ediciones.1988.

JONATHAN, Eva; PELAJO, Samantha. Diferentes Modelos: Mediação Linear (Harvard). In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivm, 2016.

MELLO, Katia Sento Sé; LUPETTI BAPTISTA, Barbara Gomes. Mediação e Conciliação no Judiciário: Dilemas e significados. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, 2011, v. 4, n.1, jan./mar. 2011.

NETO, Diogo De Figueiredo Moreira. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, 231, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, Universidade de São Paulo, n.104, jan./dez. 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios. **BDA – Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, NDJ, ano 33, n. 1, jan. 2017.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa e a efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 18 n. 115, jun./set. 2016.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de. Os Métodos “alternativos” de Solução de Conflitos (ADRs). In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivm, 2016.

PENIDO, Egberto. Justiça Restaurativa. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivm, 2016.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e Racionalidade Comunicativa*: A teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, n. 248, São Paulo: Atlas, maio/ago. 2008.

