

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

ADRIANA SILVA MAILLART

YURI NATHAN DA COSTA LANNES

EDMUNDO ALVES DE OLIVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

F723

Formas consensuais de solução de conflitos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Edmundo Alves De Oliveira; Yuri Nathan da Costa Lannes – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-469-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Formas consensuais. 3. Solução de conflitos. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apresentação

O V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, realizado em parceria com a Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS) e a Universidade Presbiteriana Mackenzie, entre os dias 14 e 18 de junho de 2022, apresentou como temática central “Inovação, Direito e Sustentabilidade”. Esta questão suscitou intensos debates desde o início e, no decorrer do evento, com a apresentação dos trabalhos previamente selecionados, fóruns e painéis que no ambiente digital ocorreram.

Os trabalhos contidos nesta publicação foram apresentados como artigos no Grupo de Trabalho “FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I”, realizado no dia 18 de junho de 2022, que passaram previamente por no mínimo dupla avaliação cega por pares. Encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-Graduação em Direito, que retratam parcela relevante dos estudos que têm sido desenvolvidos na temática central do Grupo de Trabalho.

As temáticas abordadas decorrem de intensas e numerosas discussões que acontecem pelo Brasil, com temas que reforçam a diversidade cultural brasileira e as preocupações que abrangem problemas relevantes e interessantes, a exemplo da mediação na esfera do direito público e do direito privado, Formas consensuais de solução de conflitos, conciliação, justiça restaurativa, cooperação processual, modelos multiportas e autocomposição.

Espera-se, então, que o leitor possa vivenciar parcela destas discussões por meio da leitura dos textos. Agradecemos a todos os pesquisadores, colaboradores e pessoas envolvidas nos debates e organização do evento pela sua inestimável contribuição e desejamos uma proveitosa leitura!

Profa. Dra. Adriana Silva Maillart – USFC

Prof. Dr. Edmundo Alves De Oliveira - Universidade de Araraquara

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes – Mackenzie/UNB

CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA COMO MEDIDA EFETIVA DE GESTÃO DE CONFLITOS

CONCILIATION AND MEDIATION IN PUBLIC ADMINISTRATION AS AN EFFECTIVE MEANS OF CONFLICTS MANAGEMENT

**Renato Passos Ornelas
Ricardo Augusto Bonotto Barboza
Aline Ouriques Freire Fernandes**

Resumo

O presente artigo aborda os institutos da conciliação e da mediação na Administração Pública brasileira. São trazidas à baliza as formas de solução de conflitos, com ênfase na parte histórica, em aspectos técnico-legislativos sobre a conciliação e na mediação como forma de desjudicialização perante a Administração Pública. Por meio de tal exposição, encadeada logicamente e realizada com amparo em pesquisa legal e doutrinária, é demonstrada a adequação de tais meios de solução de controvérsias à esfera da resolução das lides, especialmente no que se refere às querelas pertinentes ao âmbito da administração pública, objetivo principal da elaboração do presente trabalho.

Palavras-chave: Conciliação, Mediação, Desjudicialização, Administração pública brasileira

Abstract/Resumen/Résumé

This article discusses the institutes of conciliation and mediation in the Brazilian Public Administration. Forms of conflict resolution are brought to the fore, with emphasis on the historical part, on technical-legislative aspects on conciliation and on mediation as a form of dejudicialization before the Public Administration. Through such exposition, logically linked and carried out with the support of legal and doctrinal research, the adequacy of such dispute settlement means to the sphere of dispute resolution is demonstrated, especially with regard to disputes relevant to the scope of public administration, main objective of the elaboration of the present work.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Conciliation, Mediation, Dejudicialization, Brazilian public administration

1 Introdução

O objetivo do presente trabalho é apontar a implantação da conciliação e mediação na Administração Pública brasileira. Embora tal instituto não seja novidade no Direito Pátrio, ganhou força com alguns diplomas legais como a Constituição de 1988 e o Código de Processo Civil de 2015.

Inicialmente, é necessário conhecer um breve histórico sobre o instituto e sua aplicação nas questões particulares, para depois avaliar sua evolução e consequentemente, sua aplicação na Administração Pública, onde costuma haver maior resistência aos fatos novos.

No entanto, tanto a aplicação da conciliação como a mediação na Administração Pública têm sido aplicadas, entre outras razões, para oferecer aos cidadãos decisões mais rápidas e menos onerosas para a Administração Pública. Os objetivos gerais do presente artigo se relacionam justamente com uma demonstração de tais razões, as quais se mostram idôneas para a justificativa da adoção dos sobreditos mecanismos no curso da resolução de controvérsias envolvendo a Administração Pública, o que também evidencia a importância e a relevância das abordagens acerca do tema.

Como objetivos específicos, buscar-se-á explorar como, a partir do momento em que resistências são quebradas e os próprios tribunais passam tanto a aceitar como recomendar estes novos meios, há uma nova tomada de consciência. Tal novidade se trata da perspectiva de que este caminho deve ser seguido no Direito Pátrio, visando uma melhor composição dos conflitos, diminuindo os prazos e os custos que normalmente recaem sobre a administração, prejudicando assim o bom andamento do ato de administrar e também racionalizando recursos que podem ser usados em outras áreas.

Para tanto, o presente artigo está estruturado em uma exposição dos tópicos referentes, os quais se conectam de maneira lógica a conduzir em direção a um parecer a respeito da aplicabilidade dos meios em tela à esfera da Administração Pública.

A metodologia empregada em tal processo se trata de pesquisa consistente na consulta de legislação, livros e artigos sobre o assunto, com fulcro na qual é possível conhecer as mudanças já havidas na administração pública a partir da implantação das práticas de conciliação e mediação na Administração Pública.

Cabe ressaltar que ainda há muito espaço para implantação dessas normas no serviço público, e que isso acontecerá muito mais pela aquiescência dos Tribunais do que propriamente pela Lei, pois já existem diplomas legais que dão abertura para tais práticas.

Além disso, o próprio administrador público vai precisar de arrojo para vencer eventuais resistências e implantar novas práticas que tornem a administração mais dinâmica e condizente com os nossos tempos.

Sendo o Direito uma ciência dinâmica, é de se esperar que haja consideráveis progressos em breve futuro, e que haverá maior celeridade no trato da coisa pública, sem no entanto, deixar de lado os princípios básicos do Direito Administrativo.

2 Breves considerações sobre a aplicação da conciliação e mediação na Administração Pública brasileira

A aplicação da conciliação e mediação não é instituto jurídico novo, pois remonta ao Egito, Kheta, Assíria e Babilônia (SPENGLER, 2003). É necessário fazer um breve histórico sobre os referidos institutos ao longo da história.

Moore (1998) menciona que nos tempos bíblicos, a mediação era praticada por vários povos, sendo que os judeus a tinham como principal meio de resolução de conflitos. Houve mediação de conflitos para a resolução de demandas entre o clero católico e o povo.

Os Estados Unidos da América tiveram a primazia no experimento da conciliação e mediação nos tempos modernos, quando, em 1918, foram atribuídos poderes ao Secretário do Trabalho para obter conciliação entre as partes envolvidas em disputas trabalhistas (SPENGLER, 2010).

No Canadá, a mediação foi utilizada para resolver conflitos étnicos, em especial disputas entre coreanos e afro-americanos, afro-americanos e judeus, além de outros grupos de imigrantes (MOORE, 1998). Também no Canadá, a mediação viria a ser utilizada para outros conflitos, como proprietários e arrendatários de terras, nas relações comerciais, desinteligência entre cidadãos e policiais e violência envolvendo pessoas desabrigadas (MOORE, 1998).

Por sua vez na Europa, os meios consensuais ganharam destaque a partir da Diretiva nº 52, de 21 de maio de 2008, do Parlamento Europeu, com recomendações à Comunidade Europeia. A partir destas, os Estados-membros tiveram que elaborar diplomas legais visando a obter acordo de forma mais célere, obrigando-se, no entanto, a discussão da constitucionalidade pertinente ao assunto (PINHO e PAUMGARTTEM, 2012).

Com base na Diretiva nº 52, o Parlamento Italiano promulgou a Lei nº 69, de 18 de junho de 2009, oficializando a mediação de conflitos e constatou-se que ao longo das últimas décadas, os parlamentos nacionais europeus estão elaborando diplomas legais instituindo a Conciliação e Mediação como uma possibilidade para seus cidadãos.

Embora o marco oficial da utilização da Conciliação e Mediação de Conflitos no Brasil seja a década de 1990, portanto logo após a promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988, na realidade existe uma longa história envolvendo tal instituto, ainda que tenha sido pouco utilizado.

A Constituição brasileira de 1824, em seu artigo 161, dispunha que nenhuma causa poderia ter acesso ao Judiciário sem que anteriormente houvesse uma tentativa de conciliação. “Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se iniciará processo algum”. Na década de 1930, já sob a égide Republicana, a lei determinou que no caso de causas trabalhistas, deveria haver uma audiência inicial visando conciliar as partes (PINHO, 2017).

Na década de 1990, a Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, alterou significativa parte do Código de Processo Civil, incluindo entre as prerrogativas do juiz a possibilidade de, a qualquer tempo, promover a conciliação das partes (Art. 125, IV, do CPC/73, com a redação dada pela lei supra).

A reforma no Código Processual determinou que a audiência de conciliação seria feita até 30 dias após o término do prazo assinalado para defesa do réu, caso o feito não fosse extinto prematuramente pelo magistrado. A minirreforma no Código Processual Civil acima descrita abriu novas possibilidades para a conciliação no Direito brasileiro. A partir de então, os legisladores avançaram em sua determinação de ampliar o acesso à justiça através de desjudicialização.

Até então, a imensa maioria dos casos estava afeita aos processos na área civil ou comercial, mas com a nova mentalidade criada pelas mudanças feitas, foi possível partir em direção a outro patamar, que seria a aplicação da conciliação e mediação pela Administração Pública.

Entre os fatores que alicerçaram a decisão de continuar o processo de desjudicialização, estava a constatação de que a Justiça brasileira estava abarrotada de processos e a resolução dos conflitos demandava tempo excessivo para todas as partes envolvidas. Assim sendo, mesmo a parte vencedora tinha sérias desvantagens em demandar na Justiça.

Na década de 90, a mediação ganhou força no Brasil, embasado no artigo 5º, inciso, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, que determina que “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (ALMEIDA, 2021).

Como garantidor deste direito em um sistema judicial abarrotado, o Congresso Nacional apreciou e aprovou a Lei 4.827/98, de autoria da Deputada Federal Zulaiê Cobra Ribeiro, estabelecendo e definindo a mediação a elencando disposições a respeito. O ano de 2003 marcou novos debates sobre a necessidade de reforma da justiça. A partir de então, houve aumento exponencial de outros mecanismos visando a solução de conflitos, que vêm sendo abordado tanto pelos parlamentares de ambas as casas do Congresso Nacional como também pelo Ministério da Justiça (ALMEIDA, 2021).

Outro marco importante no processo de desjudicialização ocorreu em 2009, quando o Ministro Luiz Fux, presidindo uma Comissão de Juristas, apresentou projeto de Código de Processo Civil, que posteriormente foi encaminhado à Câmara dos Deputados e transformado no Projeto de Lei 8046/10.

O texto do Código de Processo Civil, aprovado em 2015, reflete a preocupação do legislador com os institutos da conciliação e da mediação. O Código determina a regulamentação da mediação no curso do processo judicial, não excluindo a mediação prévia ou a utilização de outros métodos para a solução de conflitos. Cabe ressaltar que o Código de Processo Civil de 2015 manteve os princípios informadores da conciliação e da mediação, tais como a autonomia da vontade, a confidencialidade, a independência, a informalidade, a neutralidade e a oralidade (Almeida, 2021).

Outro marco legal de suma importância foi a resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, dispondo sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, e determinações sobre a implementação da mediação como Política Pública.

Com o advento da Resolução 125, houve iniciativas variadas para praticar a Mediação. Foi então que surgiram os Centros de Mediação do Poder Judiciário nos Tribunais Estaduais, e outros projetos foram realizados para que os juízes pudessem sentir a necessidade de incentivar as partes a autocomposição (Almeida, 2021).

A partir de então, centros privados de Arbitragem passaram também a incorporar a mediação entre suas atividades, lançando regulamentos sobre a solução consensual de conflitos civis e comerciais.

Outra instituição que teve importante participação no instituto da mediação foi a Ordem dos Advogados do Brasil. Através de seu Conselho Federal, a OAB foi constituída o Colégio de Presidentes de Mediação e Arbitragem, com o objeto de fomentar a utilização desses recursos em nível nacional. Atualmente, diversas seccionais possuem comissões temáticas comprometidas com o desenvolvimento da mediação em seus respectivos Estados (Almeida, 2021).

A própria sociedade parece ter incorporado a mudança na temática da resolução de conflitos. O litígio judicial era o primeiro caminho escolhido diante do surgimento de divergências familiares, societárias, entre vizinhos e outros. Diversos fatores, no entanto, impulsionaram a mudança para métodos alternativos de resolução de tais problemas. Importante ponderar que a própria noção de acesso à justiça, que é uma garantia constitucional, não elimina a possibilidade de métodos alternativos, visando uma solução mais adequada dos desentendimentos.

Sendo a mediação um método alternativo ao judicial, apropriados às pessoas com vínculo permanente ou pelo menos continuado em determinado espaço de tempo, o objetivo é uma solução mutuamente satisfatória por meio do diálogo ou do consenso. O efeito secundário, igualmente importante, é a pacificação social, transformando a maneira como as partes interagem (Almeida, 2021)

O objetivo é evoluir de uma cultura de litígio para uma cultura de paz, embora esta não exclua a possibilidade de conflitos. O caminho para resolver conflitos passa pela participação não violenta das partes (NOLETO, 2010). Por isso mesmo que o diálogo entre as partes é uma característica marcante da mediação. Cabe ao mediador criar condições para a abertura do diálogo, deixando as partes à vontade para que coloquem seus verdadeiros interesses, chegando assim às causas que motivaram o conflito. A participação precisa ter caráter igualitário, ambiente de acolhimento, cooperação e reciprocidade. Apresenta também um caráter didático, pois as partes saberão que evitar no futuro (Noleto, 2010).

2.1 Tipos de mecanismos para a resolução de conflitos no direito brasileiro

Os cidadãos têm, atualmente, diversos mecanismos para resolução de conflitos em que se veem envolvidos, abrangendo desde uma decisão individual até as soluções impostas por um mediador imparcial (Neiva, 2019).

Antes de entrar no âmago do presente artigo científico, cabe fazer uma rápida incursão por estes meios de resolução de conflitos, que em outros momentos, poderão ser aplicados à administração pública.

2.1.1 Autotutela

Conhecida como a forma mais antiga de resolução de conflitos, ocorre quando os envolvidos fazem justiça com as próprias mãos. Reflete o princípio básico da Lei de Talião – “olho por olho, dente por dente”. O princípio é de que o mal deve ser rechaçado através da própria conduta do agredido ou de alguém que o represente, devendo ser de igual intensidade ou proporcional ao dano sofrido.

A autotutela reflete a ausência de juiz distinto das partes e a imposição da decisão de uma à outra parte (Grinover, 1998).

Trata-se, atualmente, de um instituto superado, e somente admitido em situações extremas, como no caso de legítima defesa da propriedade, dos direitos de retenção e naqueles em que a administração pública exerce o poder de fazer exercer suas deliberações, como no caso de auto executoriedade em determinados atos administrativos.

O próprio desenvolvimento das civilizações e as normas civilizadoras do Direito eliminaram o exercício da chamada Lei de Talião, que em seu tempo teve um papel destacado, ao impedir que a vingança fosse desproporcional ao delito cometido.

Atualmente, outros princípios norteiam a sociedade e definem as formas de execução da justiça dentro de parâmetros estabelecidos pela legislação.

2.1.2 Heterocomposição

Trata-se da resolução de conflitos na qual os interessados entregam a solução da desdita a uma terceira pessoa, imparcial, podendo ser alguém da esfera estatal (juiz, por exemplo), ou um terceiro de confiança das partes, o árbitro (NEIVA, 2019.)

A jurisdição estatal e a arbitragem se fazem presente nesta modalidade. A causa é levada à presença do juiz, que tentará resolver a demanda através da composição das partes (Spengler, 2010). As partes envolvidas atribuem ao Estado a decisão final, ficando a parte sucumbente obrigada a cumprir a decisão.

2.1.3 Autocomposição

Nesse caso, as partes tentam resolver o conflito com o auxílio de um terceiro da confiança de ambos. A solução, nesse caso, fica a cargo de um terceiro imparcial, indicado de comum acordo pelas partes, que usa os mecanismos de autocomposição de conflitos na presença dos envolvidos. Estes serão auxiliados pelo terceiro a encontrar uma fórmula para resolver a demanda (Spengler, 2010).

Cabe às próprias partes dar os passos iniciais para a composição, incluindo a escolha do mediador. Na autocomposição, o objetivo desenvolvido afasta-se do ganhar ou perder, mas aumentar a compreensão e o diálogo entre as partes para que consensualmente, tomem uma decisão final.

2.1.4 Negociação

Na negociação, a resolução de conflitos é realizada diretamente pelas partes, não havendo, portanto, a interferência de um terceiro (Calmon, 2015).

Existe a possibilidade da participação de pessoas estranhas ao conflito, quando as partes não apresentarem condições de dialogar de forma direta, elegendo assim um *tertius* como intermediador do processo. O referido mecanismo, portanto, é aquele realizado direta ou indiretamente pelos interessados. Havendo um terceiro, sua característica será a parcialidade, pois vai representar uma das partes envolvidas, diferindo aí da conciliação e da mediação (Spengler, 2010).

2.1.5 Conciliação

Conciliação pode ser definida como um meio do qual o Poder Judiciário comumente lança mão em seus processos e procedimentos paraprocessuais para que seja obtida uma solução autocompositiva (Calmon, 2015).

O objetivo da conciliação, segundo Calmon (2015) é obter a autocomposição, podendo esta ser feita pelo juiz ou por intermédio de outra pessoa que faça parte da estrutura do Judiciário, como por exemplo, um conciliador judicial, um advogado ou defensor público.

A conciliação pode ser utilizada tanto no decorrer do processo como extrajudicialmente. Com o advento do Código Processual de 2015, a tentativa prévia de conciliação entre as partes passou a ser obrigatória. O rito processual, de acordo com este Código, passou a incluir uma audiência prévia de conciliação. No entanto, não havendo

conciliação nesta audiência inicial, esta poderá acontecer no decorrer do processo (Grinover, 1998).

Apesar das vantagens do instituto, como economia de tempo e mesmo de gastos financeiros, os dados de 2016, ano posterior à entrada do Código de Processo Civil em vigor, mostram que houve aumento de 0,8%, representando 11,9% do total de processos. Já nos Juizados Especiais criados em 1999, o percentual de ajustes entre as partes representou 16% desses processos (Brasil, 2016).

Cabe ressaltar que a conciliação é mais rápida do que a mediação, pois costuma resolver a lide em uma ou duas sessões, sendo que a mediação é um processo mais longo para permitir uma investigação mais acurada do caso.

A referência legislativa para o conciliador extrajudicial está contida na Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000, que determinou a criação das Comissões de Conciliação Prévia, com o objetivo de conciliar conflitos individuais e trabalhistas (SPENGLER, 2010).

As partes escolhem livremente os conciliadores extrajudiciais, sendo que a escolha pode recair sobre advogados que representam seus clientes.

2.1.6 Mediação

De acordo com Moore (1998), a mediação pode ser entendida como uma espécie de aprimoramento ou dilatação do procedimento negocial em direção à admissão da intervenção de um terceiro, o qual tem sua prerrogativa circunscrita a um âmbito de auxílio à obtenção de um acordo voluntariamente pelos envolvidos, não interferindo de modo autoritário. Destarte, tal como ocorre com as demandas resolvidas por negociação, a decisão final em tais disputas cabe às próprias partes.

Trata-se, portanto, de um procedimento em que há busca de uma solução para o conflito, podendo haver um terceiro que ajudará as partes para que estas consigam dialogar buscando a melhor solução para o conflito.

A mediação constitui um ato cooperativo, quando todos os envolvidos estão dispostos a agir com boa fé e lealdade, visando uma solução aceitável para todos. Ao contrário da conciliação, não tem como objetivo somente a obtenção do acordo, ou seja, a simples solução para o problema que se apresenta. Mas vai além, não sugerindo nem interferindo no conflito (Neiva, 2019).

A Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, estabelece que “a mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que acolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

A lei supra define em seu artigo 2º, incisos I a VIII e §§ 1º e 2º e artigo 3º, § 2º e § 3º, alguns princípios básicos para a mediação:

- I - imparcialidade do mediador;
- II - isonomia entre as partes;
- III - oralidade;
- IV - informalidade;
- V - autonomia da vontade das partes;
- VI - busca do consenso;
- VII - confidencialidade;
- VIII - boa-fé.

§ 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.

§ 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

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.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público. (BRASIL,2015)

A imparcialidade do Mediador é ponto central para tornar a mediação sistema confiável de resolução de conflitos.

2.2 A aplicação adequada da gestão de conflitos na administração pública brasileira

Inicialmente, é necessário fazer a definição de Administração Pública e seu cotejamento com Interesse Público. Segundo Moraes (2020), é possível conceituar a administração pública de modo objetivo como o exercício estatal concreto e consecutivo desenvolvido em prol da satisfação dos interesses da coletividade e de modo subjetivo como um grupo de entidades investidas legalmente da prerrogativa de exercer o papel administrativo do ente estatal.

A Administração pública guia-se por institutos diferentes do Direito privado. Ao cidadão comum, é lícito fazer tudo o que a lei não veda expressamente. Já a administração pública somente pode agir dentro daquilo que lhe é determinado por lei. Trata-se do princípio da legalidade, listado no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 (Di Pietro, 2015).

O texto original da Constituição de 1988 determinou para a administração pública os princípios da legalidade, impessoalidade, da moralidade e da publicidade. A Emenda Constitucional nº 19, de 5 de junho de 1998, acrescentou a esses o princípio da eficiência. Tais princípios não podem ser abolidos na adoção da conciliação e mediação, mas interpretados de forma abrangente, de forma a beneficiar toda a sociedade. Assim, o ônus do Poder Público em um determinado processo pode tornar-se menor, o tempo de espera do litigante pode diminuir, e o orçamento pode ser menos afetado beneficiando toda a sociedade.

O interesse público, objeto basilar da administração pública, é um tema bastante etéreo e multifacetado, com diferentes definições tanto de autores como nos Tribunais. Assim, a transigência do Estado em algumas questões pode representar afronta ao interesse público.

Devido a essa dicotomia, as mudanças na prática do Direito Público são mais morosas, sendo que os tribunais demonstram cautela nas alterações feitas. Apesar disso, nas últimas décadas, houve significativas mudanças na administração Pública visando a aplicação da conciliação e mediação na solução de conflitos.

Cabe ressaltar que com o predomínio do Estado democrático de Direito entre os países ocidentais, aconteceu a valorização da pessoa como integrante do corpo social. O ser humano passa a ser protagonista, e não mero expectador das ações governamentais.

Assim, o Estado perdeu o seu protagonismo na tomada de decisões, e assim passou-se a exigir a anuência da sociedade para legitimar as decisões governamentais (Moreira Neto, 2008).

No Brasil, em especial a partir da década de 90, ficou nítida a mudança do foco na administração, que passou a ter como centro os cidadãos como sujeitos de direitos, a valorização entre os indivíduos e o respeito aos direitos humanos (Neiva, 2019).

Assim sendo, perdeu espaço a dicotomia entre interesse público e privado, pois a perspectiva de um Estado de Direito enseja aos cidadãos o respeito às suas necessidades particularidades, em especial aquelas definidas como direitos fundamentais.

Existe a necessidade de conciliar, de um lado, o interesse público baseado nos princípios da legalidade, da moralidade e da boa-fé, e de outro lado, atender às conquistas democráticas dos cidadãos elencadas nos direitos fundamentais. Este fato parte do pressuposto da própria situação da justiça, abalroada de processos, sendo que a maioria deles tem como um dos polos o Poder Público.

Na conciliação e mediação pela Administração Pública, cabe à lei identificar quais os conflitos que comportam solução consensual dentro de determinada margem de interpretação à luz do interesse público em especial nos casos em que dois ou mais direitos fundamentais colidirem (Neiva, 2019)

2.2.1 Percepções sobre a antiga e a atual legislação sobre o tema conciliação

Cabe ressaltar que antes das atuais regras processuais terem entrado em vigor, havia a possibilidade da administração apelar para a consensualidade através do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, originado na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1995, e também o acordo sobre o valor das ações indenizatórias nas ações de desapropriação amigável, previsto no Decreto—Lei 3.365, de 21 de junho de 1941 (Neiva, 2019).

O Código Processual Civil de 2015, instituiu as formas consensuais de resolução de conflito não somente entre particulares, mas envolvendo também a administração pública. Trata-se de uma imposição normativa à solução de conflitos tanto na esfera particular como também na pública.

Assim se manifestou Cabral (2016), chamando a atenção para uma mudança paradigmática existente na nova perspectiva que há, segundo a qual é possível aplicar meios autocompositivos de resolução de controvérsias na esfera da tutela do interesse público, de modo que haja vantagens para todas as partes. Apesar de grande divergência doutrinária com fulcro no princípio da indisponibilidade do interesse público, o entendimento que passa a cada vez mais se sedimentar é condescendente com a sobredita aplicação, ainda que sobre controvérsias versando acerca de faculdades indisponíveis, uma vez que, diante da inocorrência de ofensa ao interesse público nas demandas transacionáveis, não há mais razão para limitações ineficazes e sem amparo idôneo para sua justificativa.

Acerca da legislação atual sobre o tema, o Código de Processo Civil de 2015 deu maior importância às maneiras consensuais de resolução de conflitos, sendo que foi incluída a Mediação e mantidas a Conciliação e Arbitragens, que constavam do Código de Processo Civil de 1973.

Ao agir dessa forma, o legislador teve como objetivo impor de forma normativa a solução de controvérsias tanto entre particulares, mas também entre esses e a administração pública, com a participação de magistrados, advogados e membros do

Ministério Público, além da própria Administração Pública, instituindo centros judiciários e câmaras de conciliação e mediação na administração pública.

O artigo 3º. §§ 1º, 2º e 3º, e os artigos 165 e parágrafos e 174 e incisos trouxeram significativas inovações nesta área.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

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.

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

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

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

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. (BRASIL, 2015)

O Código de Processo Civil, ao entrar em vigor, no dia 17 de março de 2016, após o período do *vacatio legis*, possibilitou a adoção da Conciliação e da Mediação Extrajudicial na administração pública, suplantando assim qualquer quebra do princípio da legalidade.

3 A desjudicialização como medida adequada de solução de conflitos na Administração Pública brasileira

Alguns princípios da desjudicialização já estão sendo utilizados pelo Direito Administrativo, desde que haja previsão legal e economicidade para o município.

A administração, diante da eficiência que lhe é exigida, deve realizar suas obrigações constitucionais garantindo aos cidadãos o pleno exercício dos direitos que lhes são assegurados Pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional.

Ainda antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, autorizou a autocomposição de conflitos na administração pública e também possibilitou conciliações e mediações autocompositivas visando soluções alternativas consensuais no Poder Público (Queiroz, 2015).

A mediação e a conciliação envolvem os princípios da autocomposição, enquanto a heterocomposição existe na arbitragem.

De acordo com a Lei 13.140/15, mediação é a técnica de negociação na qual um terceiro, indicado ou aceito pelas partes, as ajuda a encontrar uma solução que venha a atender os dois polos da causa.

O artigo 5º da referida lei determina que a mediação deve ser orientada pelos princípios da imparcialidade do mediador, igualdade entre as partes, oralidade, informalidade, vontade das partes, busca do senso comum, confidencialidade e boa-fé.

Na mediação, o conciliador atua quando não existe vínculo entre as partes, podendo sugerir soluções. O mediador atua nas ações em que as partes possuem vínculos, buscando restabelecer o diálogo e facilitar para que estas encontrem solução para o caso.

A Lei 13.140/15 autorizou a criação de Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativas de conflitos no âmbito da advocacia pública em todas as unidades da Federação.

O artigo 32, §§ 4º e 5º do referido diploma legal exclui atribuição das Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos a possibilidade de analisar “as controvérsias que possam somente ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do judiciário”. Incluiu entre as competências a prevenção e resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Levada a contenda à referida Câmara, as partes não poderão utilizar-se do Poder Judiciário para a análise do conflito. A Câmara em que o pedido foi protocolado deverá se manifestar sobre o caso.

A autotutela é um princípio geral que cria a obrigatoriedade de anular ou convalidar atos administrativos quando lastreados em vícios, com o objetivo de se

restabelecer a juridicidade. Tais erros podem (e devem) ser corrigidos pela Advocacia Pública (Bandeira, 2010).

Madureira (2016) defende que os advogados públicos desistam de apresentar em juízo defesa ou recurso no processo se constatados erros por parte da Administração ao aplicar esta os fundamentos jurídicos de tal modo que seja desfavorável aos direitos individuais da pessoa, a utilização da ferramenta da conciliação em sua acepção ampla como ferramenta de solução consensual de controvérsia, podendo ser aplicada em variados casos.

Isto posto, a doutrina em sua maioria entende que o Estado tem não só a possibilidade mas também o dever de corrigir atos de ilegalidade diante do princípio da legalidade e da supremacia do interesse público, baseado no respeito aos direitos do administrado (Pinho, 2008).

Em tal situação, caso não seja realizada a autotutela, podem ser aplicados métodos de resolução de conflitos consensuais, através de concessões recíprocas ou mesmo do reconhecimento da pretensão alheia. Tal ato pode também ocorrer na esfera extrajudicial ou diante de uma demanda já em curso, através da autocomposição ou heterocomposição no juízo arbitral.

Sobre a autocomposição, para Pinho (2008), ela pode ser conceituada como uma resolução emanada das partes por meio da qual as tais alcançam um consenso acerca da procedência ou improcedência de um direito, podendo tal consenso se dar através de transação, renúncia ou mesmo pelo reconhecimento do quanto pleiteado pela parte adversária. Longe de ser ignorado pelo universo jurídico contemporâneo, esse mecanismo chega a ser, para além de permitido, incentivado em diversos casos, uma vez que se trate de controvérsia versando sobre direitos patrimoniais disponíveis. Tal é a situação, a qual perdura mesmo diante de posições contrárias à sua utilização, as quais evocam sobretudo questões como a ausência de equilíbrio entre as partes e a incerteza quanto à idoneidade da hermenêutica jurídica aplicada no procedimento.

A referida lei que autorizou a autocomposição na Administração Pública também autoriza composição e mediações autocompositivas, garantindo assim o respaldo legal para a aplicação do referido instituto.

Já a heterocomposição ocorre quando o julgamento do litígio é entregue a um terceiro escolhido em caráter consensual pelas partes, também voltada à fixação de existência ou inexistência de um direito.

4 Considerações finais

A prática da conciliação e mediação na administração pública trouxe benefícios para a própria sociedade, levando em conta a morosidade da Justiça causada pelo excesso de processos, o que redundava em espera para os querelantes, tanto o Poder Público como o particular.

O progresso da legislação brasileira, especialmente após a Constituição Federal de 1988, permitiu a introdução de novas práticas de resolução de questões na Administração Pública, entre elas a Conciliação e a Mediação.

Merecem destaque a Lei 13.140/15 e o Código de Processo Civil de 2015, que deram um grande impulso à desjudicialização tanto entre particulares como entre particulares e o ente público.

Para que haja novos avanços, será necessário que os entes federativos, principalmente os municípios, tenham legislação pertinente ao assunto, obviamente seguindo os princípios da hierarquia de leis.

Espera-se que haja uma nova cultura jurídica em que a decisão através de mediação e conciliação seja em maior número do que as querelas judiciais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia. Mediação de conflitos para iniciantes e docentes. 3 ed. rev. ampl. – Salvador, Ed. JusPodivn, 2021

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números. Brasília: 2016. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br//programas-e-acoes/justica-em-numeros>> Acesso em 26.01.2022

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

_____. **Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994.** Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Brasília: Presidência da República, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8952.htm.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm.

CABRAL, Trícia. N. X. Análise Comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/2015. In: CALMON, Petrônio. Fundamentos da Conciliação e da Mediação. 3 ed. Brasília, Gazeta Jurídica, 2015.

DI PIETRO, Maria S. Direito Administrativo. 28ª edição. São Paulo, Atlas, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; Dinamarco, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 14 ed. São Paulo, Malheiros, 1998, p.21.

NEIVA, Rosignoli Neiva. Conciliação e Mediação pela Administração Pública. Parâmetros para sua efetivação. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.

NOLETO, Marlova Jovchelovitch. A Construção da Cultura da paz – 10 anos de história. In: Cultura da Paz, da Reflexão à Ação. Brasília: Unesco, 2010. Disponível em <http://epublications.bond.edu.au.blr.vol17/iss 1/3> – Acesso em 25.01.2022

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 36ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2020

MADUREIRA, Cláudio P. Advocacia Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MOORE, Christopher W. O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Trad. Magda França Lopes. 2.ed Porto Alegre: Artmed, 1998, p.32-47.

PINHO, Humberto D. B. Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo. 2ª Ed. Ampliada, revista e atualizada até a Lei 11694 Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEM, Michele Pedrosa. A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de conflitos e garantia de acesso à Justiça. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP - Periódico de Pós-Graduação Stricto Sensu: em Direito Processual da UERJ, Rio de Janeiro, v. VIII, p. 443-471. Disponível em: publicacoes.uerj.br/index.php.redp/article/download/208229/1507. Acesso em: 24.01.2022

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O marco legal da mediação no Brasil. Genjurídico, São Paulo, abril de 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/04/07/o-marco-legal-da-mediacao-no-brasil> Acesso em 24.01.2022

QUEIROZ, João Eduardo Lopes. In: Mediação e Conciliação na Administração Pública. A Lei nº13.140, de 26 de junho de 2015 (2015). Genjurídico.com.br. - <http://genjuridico.com.br/2015/08/04/negociacao-mediacao-e-conciliacao-na-administracao-publica-a-lei-n-o-13-140-de-26-de-junho-de-2015/> Acesso em 28.01.2022

SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação: um retrospecto histórico, conceitual e teórico. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (org). Mediação enquanto Política Pública (recurso eletrônico): a teoria, a prática e o projeto de Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010 p. 17. Disponível em >http://www.imosc.br/pt/home/editora/e-book?id_livro=95. Acesso em 24.01.2022

ZANETTI, H. e CABRAL, T. Justiça Multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 463-483.