

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO

**ESPECIALIZAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA,
PLANEJAMENTO E GESTÃO GOVERNAMENTAL**

Marcella Tiengo Bastos

**MEDIAÇÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO
EM QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEJA PARTE**

Belo Horizonte

2018

Marcella Tiengo Bastos

**MEDIAÇÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO
EM QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEJA PARTE**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Administração Pública, Planejamento e Gestão Governamental como requisito parcial para obtenção do título de especialista.

Orientador: Marcelo Alves

Belo Horizonte
2018

Autor: Marcella Tiengo Bastos

Título: Mediação como forma de resolução de conflito em que a Administração Pública seja parte.

Natureza, objetivo, nome da instituição: Fundação João Pinheiro

Área de concentração: Direito

Aprovada na Banca Examinadora

Nome, titulação, instituição a que pertence

Nome, titulação, instituição a que pertence

Belo Horizonte, 06 de dezembro de 2018

RESUMO

O presente trabalho visa tratar a mediação como uma alternativa para a resolução de conflitos dentro da estrutura do Judiciário, como um meio autocompositivo no setor público, gerido através do próprio gestor público, ou por quem este indicar. O conflito é decorrente de percepções e posições divergentes entre as relações humanas, que envolvam valores, interesses em comum e expectativas. A Lei 13.140/2015 foi instituída para regularizar a aplicação da Mediação com o fito de promover a resolução de conflitos, assim como no Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015, visando promover maior celeridade e satisfação das partes, nas demandas judiciais. Demonstraremos a mediação como forma construtiva de resolução de conflitos, onde ao abordar a retomada da oralidade entre as partes, vislumbremos saídas para o conflito as quais satisfaçam da melhor maneira ambas as partes envolvidas. Faremos também um comparativo, demonstrando outros meios alternativos para a resolução do conflito, como a Arbitragem e a Conciliação e conceituando a Negociação, presente em todos, e afirmar a escolha pela Mediação como a melhor forma de resolver o conflito, sendo o meio mais eficaz e duradouro.

Palavras chave: Mediação. Setor Público. Eficácia. Celeridade.

ABSTRACT

This paper aims to treat mediation as an alternative for the resolution of conflicts within the structure of the Judiciary, as a means of self-composition in the public sector, managed through the public manager himself, or by whom he indicates. The conflict is due to divergent perceptions and positions between human relations, involving values, common interests and expectations. Law 13.140 / 2015 was instituted to regulate the application of Mediation with the purpose of promoting the resolution of conflicts, as well as in the New Code of Civil Procedure, Law no. 13.105 / 2015, in order to promote greater speed and satisfaction of the parties, in the judicial demands. We will demonstrate mediation as a constructive form of conflict resolution, where in addressing the resumption of orality between the parties, we look for ways out of the conflict which will best suit both parties involved. We will also make a comparative, demonstrating other alternative means for the resolution of the conflict, such as Arbitration and Conciliation and conceptualizing the Negotiation, present in all, and affirm the choice by Mediation as the best way to resolve the conflict, being the most effective means and long-lasting.

Keywords: Mediation. Public sector. Efficiency. Celerity.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Conciliação	19
Figura 2 - Arbitragem	20
Figura 3 - Negociação	22
Quadro 1 – Comparativo entre Arbitragem X Mediação X Conciliação	24

LISTA DE SIGLAS

AMB	Associação de Magistrados Brasileiros
CEJUSC	Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
NCPC	Novo Código de Processo Civil
NUPEMEC	Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. SURGIMENTO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL	13
3. MEDIAÇÃO	16
3.1 Conciliação	19
3.2 Arbitragem.....	20
3.3 Negociação	22
4. MEDIAÇÃO NO SETOR PÚBLICO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PARTE NO CONFLITO	25
4.1 Princípios da Administração Pública e sua possível interferência na aplicação do método consensual da mediação.....	37
5. OS EFEITOS JURÍDICOS DA MEDIAÇÃO	42
6. CONCLUSÃO	45
7. REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

Vasconcelos (2008, p. 20) conceitua conflito como:

O conflito é dissenso. Decorre de expectativas, valores e interesses contrariados. Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga. Cada uma das partes da disputa tende a concentrar todo o raciocínio e elementos de prova na busca de novos fundamentos para reforçar a sua posição unilateral, na tentativa de enfraquecer ou destruir os argumentos da outra parte. Esse estado emocional estimula as polaridades e dificulta a percepção do interesse comum.

Portanto, o conflito ou dissenso é fenômeno inerente às relações humanas. É fruto de percepções e posições divergentes quanto a fatos e condutas que envolvem expectativas, valores ou interesses comuns.

Importante salientar que o conflito não deve ser encarado negativamente, deverá ser visto como divergência de ideais, valores que devam ser respeitados e tratados de maneira a satisfazer as partes conflitantes. Quando compreendemos que o ser humano é dotado de originalidade única ‘com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas’ (Vasconcelos, 2008, P. 20), somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas.

Para que o conflito cesse, as suas diferenças têm que ser reconhecidas, e os interesses comuns e contraditórios identificados, pois esta relação que gerou o conflito, tem como fundamento alguma expectativa, valor ou interesse em comum.

Diz-se Vasconcelos (2008, p. 20):

A paz é um bem precariamente conquistado por pessoas ou sociedades que aprendem a lidar com o conflito. O conflito, quando bem conduzido, pode resultar em mudanças positivas e novas oportunidades de ganho mútuo.

Diante deste cenário conflituoso e com a morosidade do Judiciário, a mediação vem, como um meio autocompositivo de resolução de conflitos, prezando,

principalmente, pelo bom diálogo entre os envolvidos, sendo uma forma simples e rápida de resolução de conflitos para ambas as partes.

O nosso sistema jurídico em vigor, apresenta um aspecto robusto ao confrontar as partes do litígio, agravando conflitos inúteis, alongando as batalhas e fomentando estas controvérsias. Nele há a valoração do dualismo ganhador-perdedor.

Ao ser implantada a mediação se consolida devido às alternativas eficazes e satisfatórias acrescidas a redução de novos processos na justiça. As políticas de incentivo à mediação são reflexos de diversos fatores que apontam para o esgotamento do sistema judiciário. A prática da mediação no Brasil ainda é considerada incipiente, apesar de já estar bastante avançada, com relação às regulamentações legais.

Os diversos estímulos à autocomposição, desde a Resolução 125 de 2010 do CNJ até a publicação do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, traduzem a valorização e o enaltecimento do instituto da mediação como forma de melhorar a prestação jurisdicional por meio da política do consenso, inclusive quando umas das partes é um ente público, inovação trazida pela lei.

A Lei de Mediação, 13.140/2015, foi instituída para regulamentar a mediação no Brasil, conforme seus artigos 1º, 2º e 3º:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

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.

De acordo com Braga Neto e Sampaio (2007, p.22) mediação:

é um método de resolução de conflitos em que um terceiro independente e imparcial coordena reuniões conjuntas ou separadas com as partes envolvidas em conflito. E um de seus objetivos é estimular o diálogo cooperativo entre elas para que alcancem a solução das controvérsias em que estão envolvidas.

Sobre essa perspectiva, a finalidade principal do mediador é contribuir para que as partes convençam o fim do conflito.

Contudo, será verificada a importância da mediação, buscando resolver as dificuldades de acesso à justiça e a improiciência do judiciário nacional, visando sempre à fidelização aos fundamentos democráticos da Justiça e a consensualidade da Administração Pública, buscando por soluções mais céleres, autônomas e efetivas dos conflitos administrativos, mostrando que o litígio não é a única solução para os conflitos.

2 SURGIMENTO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

A mediação pode ter surgido antes mesmo da história escrita. Fernanda Tartuce (2016, p. 181-189) discorre que não há como datar o surgimento da mediação no mundo, por ser muito antiga, uma vez que o antagonismo e a discussão sempre existiram, assim como seus métodos de solução, sempre em conformidade com o local e costume.

Tartuce ainda afirma que na China e no Japão, a primeira opção de resolução de um conflito, era a mediação. Sendo esta utilizada para resolução de disputas entre as nações.

Para Kovach, (Tartuce, p.184, apud Kovach) pela perspectiva histórica, no fim do século XVII, tem-se que os Estados Unidos utilizavam a mediação nos litígios trabalhistas de natureza industrial, pois traziam uma resposta rápida para tais conflitos, não trazendo com isto, maiores prejuízos àquele mercado.

A Universidade de Harvard foi o alicerce teórico da mediação, onde o professor Frank Sander, em 1976, palestrou sobre “Variedades de Processos de Resolução de Disputas”, no qual um tribunal poderia receber demandas por programas diferentes, onde, além do processo judicial clássico, existiriam também caminhos alternativos como a arbitragem, a conciliação e a mediação. Conceito este recepcionado pelo Brasil, na Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, considerado o grande marco da teoria prática atual de resolução de disputas.

O preâmbulo da Constituição Federal do Brasil de 1988 vem trazendo seu compromisso “na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias.” A partir deste momento, verifica-se esta disposição dentro da legislação brasileira.

Em seu artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, a mediação pode ser inserida como mecanismo legítimo de acesso à justiça, na medida em que resolve a controvérsia de maneira adequada e, portanto, mais justa.

Em meados de 1990, a mediação foi muito difundida pelos doutrinadores do direito, surgindo no Brasil com a finalidade de resolver as dificuldades de acesso à justiça e a improficiência do judiciário nacional, capaz de solucionar conflitos de forma apropriada, combatendo o desvirtuamento da função judicial do Estado, conferindo assim, uma leitura contemporânea do acesso à justiça.

A mediação foi também, objeto do II Pacto Republicano, assinado em 13/04/2009 pelos três Poderes da Federação, em que, dentre os compromissos assumidos, constava o de “... fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização...”.

No âmbito Processual, O Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/15, visando a garantia constitucional do artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, trouxe no capítulo I, artigo 4º as normas fundamentais do processo civil, assegurando que as partes têm direito de obter em tempo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Sendo assim, fica esclarecida a preocupação do legislador sobre resguardar o direito do cidadão em obter a tutela jurisdicional em tempo razoável, bem como a atividade satisfativa. A Lei 13.105/2015 inova ao trazer em seu texto legal o vocábulo “mediação” o que mostra o reconhecimento dos meios consensuais, como métodos para resolução de conflitos. Sobretudo, ainda revela a busca da cultura de paz por parte do Estado e da sociedade, procurando mudar o hábito, a cultura da judicialização que existe na sociedade contemporânea.

O aumento da população e a ampliação de direitos, a globalização, o excesso de burocratização e a lentidão da justiça, podem ser alguns dos motivos que explicam o fenômeno da judicialização. Conforme Yagodnik, Marques e Torres (2013, p. 4)

A busca pelo Estado Social resultou indubitavelmente em uma inflação legislativa, com a sanção em excesso de normas, de caráter mais imperativo do que diretivo, denotando o monopólio estatal da administração das próprias relações sociais. Esse contexto veio acompanhado de um fortalecimento do Poder Judiciário como garantidor das liberdades dos cidadãos, e uma massificação da sociedade que postula essas liberdades, contribuindo ainda mais para a manutenção do Estado como poder interventivo e regulador, inclusive, de relações sociais antes afetas à vida privada.

Haja vista a necessidade de uma maior agilidade, eficiência e dinâmica na prestação jurisdicional, a mediação objetiva, num primeiro momento tentar desafogar o judiciário, melhorando seu funcionamento, e em decorrência dos seus resultados, surge principalmente para instaurar na sociedade a consciência da cultura de paz.

3 MEDIAÇÃO

Mediação é uma conversa/negociação intermediada por alguém imparcial que favorece e organiza a comunicação entre os envolvidos no conflito. De acordo com o Código de Processo Civil, o mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados na compreensão das questões e dos interesses em conflito, de modo que possam, por si próprios, mediante o restabelecimento da comunicação, identificar soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (art. 165, § 3º, lei 13.105/15).

As principais características da mediação são: um procedimento voluntário, não obrigatório, confidencial e baseado em interesses. As partes são livres para encerrar a mediação a qualquer momento. Nenhuma decisão pode ser imposta às partes envolvidas, que podem ou não concordar com uma solução negociada. O princípio de confidencialidade garante que todas as possíveis opções discutidas pelas partes não terão consequências para além do processo de mediação. Um procedimento baseado em interesses significa que os critérios estabelecidos para alcançar a resolução, não somente respeitam a lei, bem como, podem incluir considerações relativas a interesses financeiros, comerciais e pessoais das partes.

O papel do mediador é auxiliar as partes a chegar a um acordo negociado. Ao contrário de um árbitro, o mediador não é um tomador de decisões. Em uma mediação facilitadora, o mediador apenas ajuda as partes em suas comunicações e negociações. Em uma mediação avaliativa, o mediador também fornece uma avaliação não vinculativa da disputa.

Conforme conceituação de Haynes e Marodin (1996, p.11)

A mediação é um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxiliar os participantes na resolução de uma disputa [...] o processo de mediação é a condução das negociações de outras pessoas e o mediador é o administrador das negociações, é quem organiza a

discussão das questões a serem resolvidas. Quanto mais coerente e organizado o processo, mais fácil para os participantes chegar a soluções que sejam adequadas e aceitáveis para eles.

Importante ressaltar que na mediação o grau de intervenção do mediador na resolução do conflito é inexistente, ou caso necessário, a mínima possível, conceituando mediação como uma autocomposição. Na mediação, a solução do conflito deverá ser buscada pelas partes.

A negociação, base da mediação, é inerente a condição humana, que está sempre negociando algo, como em casa com os familiares, na escola entre alunos e professores, no trabalho entre os colegas, assim seguindo.

A mediação é apontada como eficaz e adequada, em função de envolver a demanda conflituosa em seus aspectos objetivos e subjetivos, fazendo com que os próprios interessados na resolução do conflito, se sintam capazes de solucioná-los, em lugar de atribuir a um terceiro esta tarefa, o que acontece no litígio.

A intenção final da mediação é o ganho mútuo entre os envolvidos, não havendo um ganhador e um perdedor, chegando a um resultado final, com o qual as partes concordam como sendo o melhor para aquele conflito, através do trabalho habilidoso e ético do mediador que é facilitar o diálogo.

José Cretella Neto em sua obra Curso de Arbitragem, ensina que a mediação tem sua origem nos costumes e foi codificada pelas Convenções de Haia de 29.07.1899 e 18.10.1907 e em ato contínuo explica que a mediação tem o objetivo inicial de colocar as partes “frente a frente” e “o mediador propõe as bases das negociações e intervém durante todo o processo, com o objetivo de conciliar as partes a aproximar seus pontos de vista sem, contudo, impor solução”

Vezzulla (1998, p.15 e 16) diz que

[...] mediação é a técnica privada de solução de conflitos que vem demonstrando, no mundo, sua grande eficiência nos conflitos interpessoais, pois com ela, são as próprias partes que acham as soluções. O mediador somente as ajuda a procurá-las, introduzindo, com suas técnicas, os critérios e os raciocínios que lhes permitirão um entendimento melhor.

Acrescenta Ramos (2002, p. 54) os seguintes pontos marcantes da mediação

rapidez e eficácia de resultados; a redução do desgaste emocional e do custo financeiro; garantia de privacidade e sigilo; redução da duração e reincidência de litígios; facilitação da comunicação etc.

Portanto, o mediador é um terceiro imparcial, incitador à paz social e à negociação dos direitos e interesses, disponíveis e/ou transacionáveis, agindo por meio de agendas predefinidas entre os envolvidos no conflito. É um facilitador, trazendo conforto entre os interessados, que os eleva ao mesmo plano, permitindo que as arestas sejam aparadas, os ânimos acalmados, fazendo com que os objetivos ali pleiteados sejam negociados com maior clareza e precisão, onde quem negocia, são as partes do conflito.

Grinover (2016, p. 15-36) conceitua de forma a não restar dúvidas sobre o quão pacífica e inteligente a opção pela mediação se mostra:

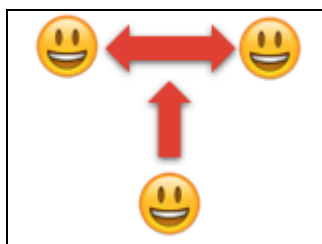
[...] a mediação é um processo cooperativo, que leva em conta as emoções, as dificuldades de comunicação e a necessidade de equilíbrio e respeito dos conflitantes e que pode resultar num acordo viável, fruto do comprometimento dos envolvidos com a solução encontrada. [...] O verdadeiro objetivo do mediador não é obter um acordo, mas sim restabelecer o diálogo entre as partes, permitindo que melhorem o relacionamento, para que, por si sós, cheguem às soluções de seus problemas. A mediação representa, assim, uma fusão das teorias e das práticas das disciplinas da psicologia, assistência social, assessoria, direito e outros serviços do campo das relações humanas, sendo interdisciplinar.

Além do instituto da Mediação, temos também a Conciliação, já bastante difundida e utilizada por todo o país, a Arbitragem, comum principalmente nos Estados Unidos da América, e a Negociação, como meios alternativos de resolução de conflitos.

A seguir veremos uma breve conceituação destes três institutos alternativos para a resolução dos conflitos.

3.1 Conciliação

Figura 1



Fonte: BASTOS, 2018

A Conciliação é uma conversa/negociação que conta com a participação de uma pessoa imparcial para favorecer o diálogo e, se necessário, apresentar ideias para a solução do conflito. Segundo o Código de Processo Civil, 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 (art. 165, § 2º do CPC).

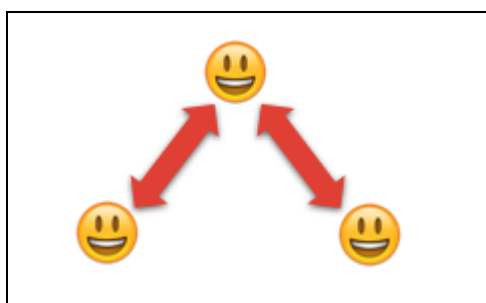
A conciliação não objetiva uma melhora na qualidade da relação das partes e tem suas próprias características, é pontual e trabalha na superfície do problema. O conciliador tem a prerrogativa técnica de intervir e sugerir um possível acordo, após uma criteriosa avaliação das vantagens e desvantagens que sua proposição traria às partes.

O conciliador, assim como na mediação, é um terceiro imparcial, capacitado para exercer a função com o objetivo primordial da paz social.

Pela Resolução nº 125, foi determinado aos Tribunais, a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, e para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, foi determinado a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, conhecidos como os CEJUSC's, incumbidos de realizarem as sessões de conciliação e mediação pré-processuais, cujas audiências são realizadas por conciliadores e mediadores credenciados junto ao Tribunal. O Novo Código de Processo Civil, regulamentou os institutos da Mediação e da Conciliação.

3.2 Arbitragem

Figura 2



Fonte: BASTOS, 2018

A Arbitragem é um método de resolução de conflitos, no qual as partes definem que uma entidade privada ou uma pessoa irá solucionar a controvérsia apresentada pelas partes, sem a participação do Poder Judiciário. Ela se caracteriza pela informalidade, apesar de ser um procedimento escrito e com regras definidas por órgãos arbitrais e/ou pelas partes, a arbitragem costuma oferecer decisões especializadas e mais rápidas que as judiciais.

Na Arbitragem, as partes envolvidas em um conflito podem escolher uma pessoa, física ou jurídica, para solucionar a lide, deixando de lado a prestação jurisdicional estatal. A arbitragem só poderá ser instituída para os conflitos que envolvam direitos disponíveis e partes capazes.

A função do árbitro (pessoa nomeada para conduzir um processo denominado “arbitral”), semelhante ao processo judicial, será a de falar uma decisão, a qual se vincularão as partes. Geralmente, o árbitro é um especialista na matéria objeto da controvérsia, diferentemente no que ocorre no Poder Judiciário, onde os juízes para proferirem uma decisão, precisam de uma opinião mais técnica, pois, na Arbitragem, os árbitros são escolhidos diretamente um ou mais especialistas que terão a função de julgadores de maneira muito mais rápida, informal e com baixo custo.

A arbitragem é classificada como “arbitragem institucional” quando as partes optam por escolher uma pessoa jurídica de direito privado constituída para esse fim. Em regra, essa pessoa jurídica é denominada de “câmara de arbitragem”. Ou podem as partes optar pela arbitragem *ad hoc*, ou seja, podem escolher uma pessoa física como árbitro e acordar sobre todo o procedimento arbitral ao qual se submeterão.

A Lei de Arbitragem vem regulamentada sob o número 9.307/1996, que dispõe também sobre a Administração Pública, vejamos:

“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

O Brasil é o 5º país ou território com maior número de partes envolvidas em arbitragem, segundo o ranking da Câmara de Comércio Internacional (CCI) de 2016. O país fica atrás apenas de Estados Unidos, Ilhas Virgens Americanas, Belize e França.

Como já demonstrado, a sentença arbitral é equiparada à sentença judicial, produzindo os mesmos efeitos, não ficando então, sujeita a homologação judicial, recurso ou revisão pelo Poder Judiciário, podendo ainda incorrer em hipóteses de nulidade.

3.3 Negociação

Figura 3



Fonte: BASTOS, 2018

Negociação é uma forma de resolução de conflitos em que as partes dialogam diretamente. Ou seja, terceiros não interferem nas propostas de ambas as partes, somente oferecem meios para que essas propostas sejam levadas para a parte contrária de uma forma mais fácil.

É uma prática utilizada para solucionar conflitos de naturezas diversas, entre elas questões pessoais, profissionais, políticos, comerciais, diplomáticos, institucionais, gerenciais, jurídicos, trabalhistas, etc.

Negociar faz parte das relações humanas, constitui expressão cotidiana das relações interpessoais que, de modo pacífico, busca a composição das pretensões e expectativas de todos nós.

A negociação é conceituada como A Arte da Persuasão, conforme dizem Roger Fisher e Scott Brown do projeto de negociação de Harvard, trazido no livro *Como chegar a um acordo – A construção de um relacionamento que leva ao sim*.

O sucesso numa negociação contribui, na conduta das partes, o equilíbrio entre emoção e razão, a visão do problema pela ótica do oponente ou da outra parte, a obtenção do máximo de informações sobre o tema e o contexto do conflito, a confiabilidade e a sagacidade.

A negociação acontece de forma isolada, anterior ou durante os demais meios de resolução pacífica de conflitos. Os negociadores podem ser as próprias partes, alguém em seu nome, com ou sem um terceiro facilitador.

É perceptível que os institutos alternativos de resolução de conflitos não são muito distintos entre si, devido todos terem como função a pacificação social dos conflitos. Diante esta breve conceituação dos institutos alternativos, analisaremos quadros comparativos entre Arbitragem X Mediação X Conciliação.

Quadro 1: Comparativo entre Arbitragem X Mediação X Conciliação

–	Arbitragem	Mediação	Conciliação
Objetivo	Sentença Judicial. Lei n. 9.307/1996.	Melhorar a comunicação entre as partes e fazer com que estas consigam, elas mesmas, chegarem a um acordo satisfatório para ambos.	Construção de um acordo; Oferece um enquadramento legal; Esclarece sobre o direito.
Dos Fatos	Conhecimento dos critérios legais.	O esclarecimento do procedimento do instituto da mediação e sobre a matéria a ser tratada, é feito num momento que antecede a mediação, chamado de pré-mediação.	Busca conhecimento prévio dos fatos
Da Condução	Árbitros escolhidos, sendo um ou mais especialistas no assunto que será o objeto da arbitragem.	Aceitam o mediador que é selecionado. O mediador não decide pelas partes. Ele é neutro.	Confere voz às partes e aos seus representantes
Da Decisão	Decisão final proferida pelo árbitro/árbitros.	O interesse comum das partes e a satisfação mútua são objetos da mediação.	Propõe possibilidades de acordo permitindo ao conciliador opinar, sugerir, apontar vantagens e desvantagens. O acordo é construído para o tempo presente, baseado em acontecimento passado.

Fonte: BASTOS, 2018.

4 MEDIAÇÃO NO SETOR PÚBLICO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PARTE NO CONFLITO

A democratização das decisões que resolvem conflitos, pode ser exercida através dos meios consensuais, incentivando a cidadania, inserindo o cidadão na solução do problema em que é parte. A mediação, como um método consensual, busca um resultado comum, no qual a solução do conflito ocorra através do diálogo, inserindo as partes como protagonistas na construção da solução e não mais como expectadoras.

A implementação de políticas públicas tem como objetivo melhorar o acesso à justiça, proporcionando o acesso à ordem jurídica justa, bem como a disseminação da cultura de paz.

Sales (2003, p. 123) elucida que:

[...] a sua compreensão transcende a ausência de violência física e moral. A busca pela paz social perpassa pela necessidade de se efetivar os direitos fundamentais. [...] A mediação promove o fortalecimento dos cidadãos por meio do diálogo, o que em muitos casos resulta na busca pela efetivação desses direitos fundamentais.

A mediação é uma alternativa de resolução de conflitos muito interessante para ambas as partes, haja vista ser mais célere, mais barata e muito eficaz, uma vez que os próprios interessados na resolução do conflito é quem propõe a melhor forma para resolvê-lo.

Para a Administração Pública, a adoção desse método é de suma importância pois contribui para uma posição menos litigiosa por parte dos entes públicos. Podendo ainda representar a exclusão de várias demandas que não são passíveis de serem solucionadas pelo Judiciário.

Os benefícios são mútuos, uma vez que o poder Judiciário terá reduzida sua alta demanda e evitará o ingresso de novas ações judiciais, mantendo assim, uma excelente relação com a sociedade. Já o cidadão, terá uma rápida resolução da sua controvérsia, mantendo assim uma ótima relação como Estado.

Diante da explosão de litígios vinculados às condutas e abusos estatais, o costume cultural do litígio é uma barreira à interação do Poder Público com os cidadãos de forma a promover acordos e obter resultados mais efetivos a todos.

A Administração Pública brasileira tem algumas peculiaridades quando se trata da opção pelo instituto da mediação, como nos regimes jurídicos relativos ao exercício da função administrativa, a exemplo das empresas estatais (Lei n. 13.303/16 e demais legislações), na Administração direta, onde leis regem as autarquias, fundações públicas e privadas, as agências reguladoras, entre outras. Cada mediação obedecerá a legislação específica que deu origem ao fato conflitante.

Os prazos especiais são privilégios que o Poder Público goza na condição de réus e os inúmeros recursos, que visam vastas possibilidades de recursos até a última instância, mesmo nos casos em que o resultado seja antevisto, causam lentidão e, na maioria das vezes, causam também a ineficiência do processo judicial.

Rodrigues (2004, p. 290-29)

O setor público brasileiro é o campeão de ações e recursos, lidera o número de demandas, tanto na condição de réu, como na condição de autor, e que mais recorre – ou seja, é o que mais demanda os serviços da Justiça. É seguido pelo sistema bancário, oficial e privado.

Segundo uma pesquisa realizada pela Associação de Magistrados Brasileiros (AMB), sob o nome de “O uso da Justiça e o litígio no Brasil (2015, p.9)”, através de dados de 2010 a 2013, há uma alta concentração de processos apresentados

por um número reduzido de autores, sendo o poder público (municipal, estadual e federal) o maior litigante. Somente o estado de São Paulo, concentram-se 40% de todos os processos do país.

Sendo assim, a mediação vem para o desaforamento do judiciário e para que a solução dos conflitos seja satisfatória, ágil e durável.

Segundo Didier Jr. (2015, p.276):

O mediador exerce um papel um tanto diverso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Na técnica da mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados. Ela é por isso mais indicada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados, como nos casos de conflitos societários e familiares. A mediação será exitosa quando os envolvidos conseguirem construir a solução negociada do conflito.

Souza (2010, p.133) afirma que a mediação proporciona uma solução mais eficiente a longo prazo, pois apesar da conciliação também possibilitar uma solução, é direcionada para um problema imediato sem que haja a “cura da dinâmica do relacionamento”, de modo que outros problemas similares provavelmente viriam à tona no futuro e as partes novamente precisariam recorrer a um terceiro para encontrar uma solução.

Entretanto, vale frisar que as Leis de Mediação, Arbitragem, o NCPC, são diplomas de índole eminentemente processual que não derogam o Direito Administrativo material, em todas as suas variedades (Direito Administrativo em sentido estrito; Direito Privado Administrativo; Direito Empresarial Administrativo...). Assim também, o juiz aplica ao caso concreto a disciplina jurídica própria de cada pessoa administrativa, o que será feito também na mediação e na arbitragem, os regimes jurídicos são especificados caso a caso.

Na mediação, o mediador precisa ser absolutamente neutro em seus deveres e obrigações durante todo o procedimento da mediação; não pode dar conselhos quanto o que está sendo tratado; não pode proferir decisões; está impedido de praticar resoluções relativas à materialidade da controvérsia; não pode ao menos cogitar qualquer tipo de sugestão quanto à sua substância. Ao passo que na arbitragem, ou no próprio litígio, os atos destes são decisórios. O mediador apenas exerce atos mediadores processuais de facilitação, propondo que as partes venham a se conscientizar que, elas mesmas, podem encerrar a controvérsia, onde, automaticamente, pratiquem e definam o ato de solução consensual. O mediador estimula o exercício legítimo da discricionariedade administrativa por parte da autoridade a quem foi normativamente atribuída.

A Mediação começa a ganhar forma legislativa com o Projeto de Lei n. 4.827/98, proveniente da proposta da Deputada Zulaiê Cobra, que teve seu texto inicial levado à Câmara dos Deputados, onde propunha uma regulamentação concisa, tendo a Mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Em seu 2º artigo, encontra-se a definição de Mediação como sendo a atividade técnica exercida por um terceiro imparcial, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, onde sua função é escutar, orientar e as estimular, não apresentando soluções, com fulcro de lhes permitir a prevenção ou a solução de conflitos de modo consensual.

Segundo Didier Jr. (2015, p.274), pode-se inclusive, defender a existência do princípio do estímulo da solução por autocomposição. Em seu artigo 3º, §§ 2º e 3º do CPC, estabelece-se que:

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

33 § 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.

Apesar de a Lei de Mediação ter sido sancionada somente em 2015, esse instituto já vem sendo praticado e difundido no Brasil em alguns âmbitos, principalmente no direito de família. Pode-se afirmar que a mediação vem sendo usada com respaldo na Constituição de 88, uma vez que seu preâmbulo está fundamentado e comprometido “na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias”.

Contudo, o NCPC e a Lei 13.140/2015, ampliando a abrangência do instituto, não só dispõem sobre a mediação judicial e extrajudicial entre particulares, conferindo maior estabilidade ao instituto, mas também sobre a possibilidade de utilização da mediação em conflitos envolvendo a Administração Pública.

Nesse sentido, a nova legislação tem aplicação tanto ao direito privado quanto ao direito público, não se restringindo ao uso de métodos consensuais privados, tendo em vista os dispositivos aplicáveis à mediação judicial e aos processos de consenso implementados por autoridades estatais, como é o caso da mediação de conflitos que tenham como parte o poder público.

Devido ao grande número de processos que envolve, a Administração Pública e a relação constante entre o cidadão/entes privados e o Estado, a previsão da mediação é um ponto positivo para manter um relacionamento produtivo e saudável.

Souza, 2010, p. 134, elucidada

No âmbito dos conflitos que envolvem o Poder Público, dentro de uma perspectiva que encare a relação entre Estado e sociedade de uma forma dinâmica e democrática, em que cidadãos podem e devem definir o formato e missões de seu Estado e este existe e se legitima na medida em que serve a seus cidadãos, não me parece possível desconsiderar que cada cidadão e cada ente privado (empresarial ou sem fins lucrativos) tem um relacionamento constante com o Estado, desde o seu nascimento até a sua morte. Assim sendo, pode-se concluir que a mediação é o método de solução de conflitos mais adequado para as disputas que envolvem o Poder Público, em todas as suas manifestações.

Não resta dúvida que a mediação é o meio mais compatível com o resultado desejado para a Administração Pública moderna, onde vem corroborar com uma demanda menos burocrática, menos autoritária, mais colaborativa, eficiente e dinâmica, porém ainda hoje, devido as práticas e discursos tão enraizados no poder judiciário, o método consensual vem enfrentando dificuldades para ganhar forças e mostrar sua eficácia.

Na mediação não existirá uma parte ganhadora e a outra perdedora, nela se busca ganhos recíprocos às partes. Então, para que um vença, é necessário que o outro não perca em absoluto. O objetivo é que todos ganhem, de forma cooperativa e equânime. Nesta visão, todos os envolvidos no conflito têm ganhos efetivos e a mediação deve se pautar pela busca de resultado satisfatório para todos.

É sabido que a Administração Pública goza de algumas vantagens, como os prazos processuais por exemplo. Porém, para que se vislumbre a relação jurídica entre a Administração Pública e particulares, através do instituto da Mediação, todos devem ser tratados de igual importância, sendo necessário um esforço cooperativo, onde a figura do mediador vem para fazer com que as partes se comportem, na tutela de seus interesses, de modo a atingir o objetivo de compatibilização de interesses controversos.

Para que a Mediação seja realizada, é importante seguir e respeitar alguns ritos e princípios próprios deste instituto, como a autonomia da vontade das partes, imparcialidade, independência, credibilidade e competência do mediador, isonomia das partes, boa-fé, bem como os princípios relativos à atividade administrativa, como a eficiência, legalidade, isonomia, publicidade, moralidade, economicidade, proporcionalidade, etc..

Neste aspecto sobre a melhor maneira como a mediação deve ser realizada quando a Administração Pública é uma das partes, Cuéllar (2018, p.137) enumerou a ordem em que os procedimentos deverão acontecer

- (i) a formalização de todos os atos, propostas e sugestões de soluções, desde a pré-mediação (ainda que só lhes seja dada publicidade ao final do procedimento);
- (ii) a definição de quem serão os interlocutores, em especial da competência daqueles que representarão a Administração Pública, os quais deverão dispor de agenda e de poderes específicos para a transação (definidos em lei, no ato de posse do servidor, no ato de delegação por parte da autoridade competente, ou em mandato expressamente outorgado);
- (iii) a abertura em local reservado, mas de conhecimento público, com a lavratura de termo em que as partes consolidem o objeto da controvérsia e a firme intenção de a solucionar consensualmente, deixando de lado os impasses e assumindo a disposição de compor os interesses;
- (iv) a escolha consensual do mediador (sempre que permitido, pois, em se tratando de câmara de mediação dentro da estrutura da Administração Pública, como a da AGU, por exemplo, em razão da organização interna do órgão, não é prevista/viável a escolha do mediador, mas apenas a escolha pela utilização da câmara);
- (v) a predefinição consensual de agenda que parametrize os trabalhos e a disposição das partes em cumprir suas tarefas colaborativas, bem como o termo final estimado (com eventual possibilidade de ser prorrogado, em vista do avanço nas negociações);
- (vi) a possibilidade de flexibilizar a agenda e os deveres a ser cumpridos, sempre de modo fundamentado e consensual, em vista da procura pela solução;
- (vii) as estratégias e momentos de intensificação das negociações, com a prévia disposição das partes a avançar nos temas sensíveis, com disponibilidade de agenda;
- (viii) a imperiosidade de as tratativas serem concentradas e se darem exatamente no ambiente da mediação, de molde a evitar negociações e/ ou confrontos paralelos;
- (ix) a forma pela qual a proposta final será formalizada, com motivação exaustiva das premissas normativas, dos fatos envolvidos, das alternativas decisórias e daquela que será a consensualmente escolhida como a mais eficiente para a solução do caso concreto.

Independente de quem sejam as partes participantes da mediação, estas devem obedecer às seguintes regras: a mediação pode se encerrar a qualquer momento, por livre escolha de uma das partes; tudo que for realizado, tratativas, ofertas, propostas,

não podem ser utilizadas em quaisquer outros processos, exceto se tal alternativa for, consensual e expressamente, predefinida entre as partes.

A Administração Pública cansativamente percebeu que o litígio não é mais uma forma eficiente para redimir conflitos, devido a razões econômico-financeiras, ou até mesmo culturais, uma vez que essas demandas judiciais podem durar décadas, e o Estado vencido, tende a comprometer-se financeiramente.

Quando os administradores públicos veem-se diante de uma incerteza proveniente de um litígio, cabe a eles calcularem o grau de chances de êxito do particular, face uma situação processual adversarial através de provas, dos direitos e das jurisprudências dominantes.

Diante estas dificuldades acima mencionadas, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Brasil realizou uma pesquisa em 2009, e a pacificação social através do consenso foi a resposta para que o “Brasil melhorasse sua vida de verdade”.

O judiciário vem fazendo sua parte para a pacificação social, criando os chamados CEJUSC, que deverão ser estabelecidos em cada comarca do Estado de Minas Gerais. São neles que ocorrem as sessões de mediação e conciliação. O responsável pela regulamentação do CEJUSC é o NUPEMEC, que por sua vez foi regulamentado pela Resolução n. 873/18.

A recente Resolução n. 873/2018 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do Núcleo Permanente de Métodos de Solução de Conflitos, da Superintendência da Gestão de Inovação e do órgão jurisdicional da Secretaria do Tribunal de Justiça, diretamente vinculado à Terceira Vice-Presidência. Esta estabelece normas para a instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

A seção II da resolução n. 873/18 estabelece:

como objetivo estimular a disseminação da cultura da inovação no âmbito interno do TJMG, sugerir a execução de ideias inovadoras e assegurar que as alternativas propostas para atendimento às expectativas e necessidades da sociedade, no âmbito da Justiça de Primeiro e Segundo Graus, sejam planejadas, mantidas e aprimoradas, de modo a agilizar a efetiva resolução de conflitos de interesses e a consequente prestação jurisdicional com qualidade, eficiência e presteza .

Diante deste conceito, a gestão pública não foi excluída, como podemos ver o que discorre o artigo 16, inciso VII, desta mesma resolução

Art. 16. São atribuições da AGIN:

...

VII - apoiar iniciativas da sociedade que constituam formas alternativas de resolução de conflitos e de humanização na execução das penas e medidas de segurança, em interação com outros órgãos e entidades governamentais e não governamentais;

As práticas sociais da mediação configuram instrumento de cidadania, de autonomia, onde a capacidade das pessoas de se autodeterminarem, e perceberem a responsabilidade de cada um em um conflito, gera deveres reparadores e transformadores.

A Administração Pública , tanto no polo passivo (aquele contra o qual se abre o processo) , quanto no polo ativo (aquele que entra com o processo), tem como dever, a mediação como técnica para a solução dos conflitos, é o que fala o NCPC de 2015, e determina que, antes mesmo de apresentada a defesa em qualquer processo, as partes sejam intimadas para audiência prévia de conciliação ou mediação (art. 334), o que acontecerá também como antecedente à audiência de instrução e julgamento (art. 359).

Ao ser aplicado como uma condição prévia à instalação de qualquer processo conflitivo, torna-se um preceito processual fundamental, com exceção aos

indisponíveis e aos que não admitem transação. Porém, o dispositivo não autoriza interpretação que o revogue implicitamente, a inibir a audiência prévia. Portanto, não cabe ao magistrado decidir unilateralmente que, em vista da participação da Administração Pública, não cabe a incidência do artigo 334 do CPC. Conclui-se que o que existe é o dever positivo de o julgador sempre chamar as partes à conciliação/mediação e depois, se for o caso, concluir por sua inviabilidade.

O NCPC, vem em seu artigo 165, valorizar expressamente a adoção de novos métodos consensuais para a solução de controvérsias, filiando-se ao chamado Tribunal Multiportas, explica Cahali (2017, p. 64) “...sistema pelo qual o Estado coloca à disposição da sociedade alternativas variadas para se buscar a solução mais adequada de controvérsias, especialmente valorizados os mecanismos de pacificação.”, e estabelecendo o dever de criação de estruturas próprias dentro do poder judiciário.

Dispõe o artigo 165 do NCPC que

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.

Também no artigo 174, do Novo CPC, no que se refere a Administração Pública e a criação de câmaras de mediação e conciliação, configurando dever expreso da administração da Justiça Brasileira, em todos os níveis federativos

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.

Diante deste conceito de pacificação, o artigo 32 da Lei de Mediação (n. 13.140/15) cita a possibilidade de criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde assim houver.

Conforme demonstrado, as técnicas extrajudiciais de solução de conflitos são regra a ser observada pela Administração Pública em todos os conflitos de interesses (e pelo Judiciário, como requisito ao processamento de ações judiciais e na deferência às decisões tomadas em conciliações, mediações e arbitragens). Assim, se antes havia o saudável debate sobre o cabimento (ou não) da mediação, da conciliação e da arbitragem em questões envolvendo os Poderes Públicos, esta fase já passou: o princípio da legalidade derogou expressamente tal controvérsia, que não mais existe no sistema jurídico brasileiro. Atualmente, o ordenamento jurídico é outro e prima pela solução não adversarial e não judicial de controvérsias.

Portando, hoje a regra em vigor é: primeiro, precisa-se desenvolver os melhores esforços para a transação amigável em casos de direitos disponíveis e de indisponíveis transacionáveis – por meio de qualquer uma das técnicas legislativamente disponíveis.

Após 2015, foi imposto à Administração Pública brasileira o dever normativo de envidar esforços, proativos e eficientes, para a composição amigável dos conflitos de interesses, inclusive aqueles instalados em sede de concessões, Parcerias Público, Privadas e todos os demais contratos administrativos. Essa transação prévia pode assumir várias formas, dentre as quais uma das mais relevantes e eficientes é a mediação.

Vale enfatizar que a Administração Pública brasileira, desde sempre, esteve autorizada a transacionar em seus negócios jurídicos. Da mesma forma que pode celebrar contratos; negociar suas condições; desenvolver procedimentos de manifestação de interesse; firmar aditivos; pautar prorrogações; confabular e positivar

termos de ajuste de conduta, e assim por diante a Administração pode negociar o fim das controvérsias que porventura surjam em contratos administrativos – com ou sem o auxílio do mediador.

Exagerado seria dispor que a Administração Pública brasileira pudesse fazer contratos de forma amigável (observadas as peculiaridades da lei e do caso concreto), mas estaria impedida de os desfazer amigavelmente (igualmente cumpridas tais singularidades). Então, se a Administração Pública pode os destratar por meio de negociações privadas com o contratado, razão maior existe para que possa fazê-lo de modo ainda mais transparente, com a cooperação institucional de um mediador.

Afirma-se que, da mesma forma que à Administração Pública é assegurada a competência para autotutela de seus interesses, cabe a ela a respectiva autocomposição. Um gestor público, não tem que obrigatoriamente sempre recorrer a conflitos e a terceiros com o objetivo de encerrar contratos, menos ainda se constranger por praticar exclusivamente atos unilaterais de encerramento e/ou alteração destes. Sendo assim, a Administração Pública brasileira, tem o dever de, previamente a qualquer litígio, propor, ou esforçar-se por alternativas mais adequadas para a autocomposição pacífica dos interesses nos negócios jurídicos que pactua.

4.1 Princípios da Administração Pública e sua possível interferência na aplicação do método consensual da mediação

A Administração Pública está protegida por uma série de princípios específicos, com normas e prerrogativas distintas do direito privado. Dentre estes os princípios da Supremacia do Interesse Público e a Indisponibilidade do Interesse Público. O primeiro traduz em prerrogativas da Administração Pública, sendo limitado pelo segundo, de forma que o administrador não pode dispor do interesse público.

A Lei nº 9.784/1999, que trata do processo administrativo, prevê expressamente no seu artigo 2º, caput, o princípio do interesse público: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Diante do exposto, havendo dois interesses em conflito, prevalecerá o interesse público, o que, em princípio, inviabilizaria a realização da mediação pautada no consensualismo e na isonomia entre as partes. No entanto, questiona-se a taxatividade e generalidade dessa premissa, pois não há definição específica ou delimitada do que seja o interesse público. Logo, sem nenhuma norma específica ou autorizativa e utilizando-se dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, não era possível buscar um consenso por meio do diálogo em um cenário de isonomia.

Segundo Mello (2004, p. 50) o interesse público é amplo e de difícil conceituação e que ao se buscar defini-lo, normalmente se pensa em uma categoria de interesse contraposta à de interesse individual, mas, essa ideia é reducionista para a compreensão de seu sentido. Logo, a recusa “*prima facie*” da realização de acordos pelo poder público em nome da supremacia e indisponibilidade do interesse público se mostra superficial e arbitrária, além de obstáculo intransponível a mediação.

Fato este que, a Lei de Mediação é vista como uma inovação, uma vez que rompe com essa visão tradicional que trata a resolução de conflitos sob um viés autoritário, incompatível com o plano de constitucionalização do direito administrativo e contrário às atuais tendências do processo bem como suas reformas legislativas, inclusive a própria Lei de Mediação. Ou seja, a forma absoluta e conservadora como esses princípios são vistos não condiz com a reforma política e legislativa de incentivo aos mecanismos de resolução de conflitos, principalmente tendo em vista a quantidade de ações de interesse público, sendo clara a necessidade de relativizar e reconfigurar a interpretação e aplicação desses princípios.

Outros princípios que poderiam vir a ser um empecilho ao instituto da mediação no âmbito da Administração Pública, seriam o da publicidade e confidencialidade.

A Administração Pública é obrigada a dar publicidade de seus atos, o que feriria o princípio mediativo da confidencialidade. Contudo, a Administração Pública dá e dará publicidade de seus atos desde que, respeite e preserve, sem corromper a razão de ser do instituto legal da mediação. Desta forma, os sujeitos destes conflitos, experimentarão intensidades diversas quanto ao princípio da publicidade e seus respectivos momentos de incidência.

A confidencialidade vem expressa na Lei de Mediação em seu artigo 30, que segue:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para o mediador que realizou a mediação, diante do princípio da confidencialidade, este jamais, deverá revelar, a quem quer que seja, o teor das informações sigilosas que lhe foram transmitidas pelas partes, nesta qualidade.

A participação do mediador como agente facilitador na negociação depende, sobretudo, da confiança que as partes nele depositam, lhe transferindo a responsabilidade, embasada no cumprimento da boa-fé, sua sapiência técnica para assim, desenvolver os melhores esforços para que a negociação seja concretizada. E, para que isto seja realizado, são necessárias informações sigilosas úteis a mediação.

A definição sobre quais informações deverão ser repassadas para o mediador, é responsabilidade das próprias partes do conflito. As informações repassadas individualmente ao mediador – principalmente nas sessões privadas com as partes, só serão expressas a outra parte, caso previamente autorizado pela parte confidente. Não poderão nem mesmo ser repassadas ao Poder Judiciário, ao Ministério Público ou aos Tribunais de Contas, ou seja, as instituições de controle, interno e externo, não possuem qualquer legitimidade para solicitar o mediador sob o propósito de informações sigilosas fornecidas a ele, pelas partes. Diante essas sensíveis informações sigilosas, o mediador acaba por assumir deveres legais e éticos bem semelhantes ao de médico e

advogado, profissionais estes, escolhidos pela intensa confiança que geram. Em casos em que estes profissionais não são escolhidos, o dever de confidencialidade prevalece, dado o mesmo sobre o mediador.

Devido o objetivo da mediação em se resolver o conflito num pequeno espaço de tempo e com a melhor harmonia possível, inevitável a suspensão provisória de sua publicização, uma vez que, dependendo do conteúdo que é tratado na mediação, a sua publicidade poderia causar desequilíbrio diante da população. Frente ao possível desfecho, ideal que a publicização seja feita ao final do processo, em sua integralidade, podendo assim passar pelo crivo populacional.

Quando o assunto que for tratado na mediação seja pertinente à pessoa do servidor público, podendo talvez agredir a sua dignidade, ou à liberdade de empresa do contratado, ou parceiro privado, certos limites com relação à publicação de seus atos deverão preservar ao mínimo os direitos fundamentais destes, podendo então admitir uma mínima abdicção a respeito da publicização, que deverá ser feita de modo a informar o essencial, deixando indisponível assim, o seu núcleo.

O dever de confidencialidade recai também sobre as partes envolvidas no conflito, cujos os direitos e interesses objetos da mediação, não deverão ser divulgados.

Ainda, Mesquita, observa que nem mesmo os célebres princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público impossibilitam a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos. Pelo contrário, “obrigam o Estado a pesar os princípios da legalidade, a boa-fé e a eficiência à luz da juridicidade administrativa para que o melhor interesse público seja atingido no caso concreto”. Vejamos a proposta dada pelo referido autor

Assim, o respeito ao interesse público não impede a participação e a resolução de conflitos por meios alternativos, pelo contrário, o princípio da indisponibilidade será devidamente cumprido quando da realização de acordo em que sejam observados os princípios da administração pública, especialmente os da legalidade e da eficiência

(art. 37, caput, da CF/1988) e da economicidade (art. 70, caput, da CF/1988). Ou seja, o princípio da indisponibilidade do interesse público materializa-se, no caso concreto, a partir da ponderação de valores constitucionais. Nesse quadro, frise-se que o próprio Direito Administrativo brasileiro autoriza certo grau de discricionariedade para que a Administração possa valorar os interesses em conflitos buscando a melhor solução diante da controvérsia, seja ela efetiva ou potencial, pois há casos em que os prejuízos do Estado serão maiores se o advogado público agarrar-se ao princípio da indisponibilidade do interesse público e deixar de fazer acordo no qual a parcela de posição do Estado cedida ao adversário é insignificante diante de sentença que julgue totalmente procedentes os pedidos do cidadão.

A Mediação constitui relevante método para resolver conflitos de maneira amigável, não significando o desacatamento aos princípios regidos pela Administração Pública, haja vista, a representação do próprio Estado, e desta maneira, seu próprio conceito de finalidade pública. Veremos a seguir os efeitos jurídicos que o instituto da Mediação é passível.

5 OS EFEITOS JURÍDICOS DA MEDIAÇÃO

Após a celebração da mediação, o acordo ali firmado, é vinculante a todos os envolvidos no conflito, inclusive em face de terceiros. Essa característica é iminente a toda e qualquer tentativa de transposição de conflitos, seja ela por meio da autocomposição (transações, conciliações e mediações), seja ela por meio da heterocomposição (arbitragem e Poder Judiciário). Não faria sentido o instituto da mediação, caso o que fosse ali concluído, pudesse ainda ser passível de revogabilidade e retratabilidade.

A Administração Pública, quando pratica ato administrativo legal negocial em que, consigna expressamente que dele não retratará nem o revogará, temos, exaustivamente, o exercício da competência discricionária. Aqui se preserva o princípio da Segurança Jurídica, com lastro na legalidade e na eficiência, assegurando a eficácia do acordado.

Ao final da mediação, é assinado o termo de acordo da mediação, gerando o ato jurídico perfeito, válido e eficaz. Seus termos são naturalmente irretratáveis e irrevogáveis, pois como na arbitragem, as decisões negociais oriundas de processos de mediação precisam ser preservadas no tempo – independem de alteração futura por vontade das partes, seus sucessores ou substitutos.

Como nos ritos comuns, a mediação eivada por nulidades absolutas, deverá ser posta em discussão, seja provocado pelas próprias partes, pelo tribunal arbitral, ou, ainda, pelo Poder Judiciário.

O ato jurídico perfeito vem definido no artigo 6º, §1º, da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, e o direito adquirido, vem regulado no mesmo artigo, porém, no §2º, vejamos

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

Diante destes normativos, observa-se que há dupla incidência das garantias ao mesmo negócio jurídico, celebrados através da mediação. O direito adquirido determina o respeito à autocomposição em sede de mediação que provém da lei; o ato jurídico perfeito explicita o direito subjetivo advindo do negócio celebrado, onde o acordado é preservado e cumprido pelas partes contratantes.

A mediação, como qualquer outro negócio jurídico elaborado nos termos da lei, gera efeitos imediatamente quando de sua celebração, não sendo necessária sua homologação judicial e, caso o seu cumprimento encontre resistência, podem ser levados à execução (título executivo extrajudicial). Essa homologação revestirá a composição com a força normativa de uma sentença.

Vejamos o dispositivo abaixo, referente à Lei de Mediação:

Art. 20. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes. Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

O artigo 3º da Lei de Mediação, em seu §2º dispõe sobre a hipótese de exigência da homologação judicial, onde “O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”. Previsão que nos remete ao artigo 698 do Novo Código de Processo Civil

Art. 698. Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo.

Neste interim, trata-se de uma condição onde as partes discutem sobre os direitos de incapaz. Aqui o Ministério Público atua como *custus iuris*, com a finalidade de conferir validade à transação, não se assemelhando com os casos de mediação com a Administração Pública, que tratam de autocomposição firmando sobre direitos disponíveis e/ou transacionáveis.

A homologação judicial da mediação serve para dar maior segurança ao negócio jurídico celebrado – perante as partes e perante terceiros. É de livre escolha entre as partes envolvidas. Contudo, não impedirá o ajuizamento de eventual cláusula de nulidade do negócio jurídico que lhe deu origem. Neste caso, caberá uma ação anulatória, que terá apenas um obstáculo processual a mais, continuando assim com os mesmos efeitos e impactos.

Não é necessária a homologação judicial do termo de acordo de mediação onde uma das partes é a Administração Pública, uma vez que agride o princípio da eficiência, da autotutela e a própria competência normativamente atribuída aos agentes e órgãos públicos. Portanto, poderá ser visto como uma insegurança dos envolvidos no conflito, que legitimamente abdicaram do Poder Judiciário para a solução de seus problemas, mas se mostram dele dependentes quando efetivamente os resolvem.

Contudo, não tem nenhuma proibição para com a homologação judicial em que a Administração Pública seja parte. Se as partes assim decidirem, a homologação será realizada, as quais estarão praticando ato válido, com caráter declaratório, reforçando formalmente o acordo celebrado.

6 CONCLUSÃO

Diversos são os problemas no qual o poder judiciário vem atravessando, um deles, talvez o maior deles (grifo nosso) , seria o excesso de demandas litigiosas e seus excessos de formalidades, a falta de recursos materiais e de mão de obra capacitada, causando uma verdadeira crise judicial e o distanciamento entre os operadores de direito e as partes envolvidas no litígio.

No intuito de resolver esse afogamento do judiciário, meios alternativos de resolução de conflitos foram criados, como a conciliação, arbitragem, negociação e a mediação, tema principal do nosso trabalho, onde a Administração Pública seja parte no conflito.

Afim de regulamentar o instituto da Mediação, foi criada a Lei de Mediação n.13.140/2015, que também teve uma atenção especial no Novo Código de Processo Civil n. 13.105/2015.

Distante de prejudicar os princípios da Administração Pública, principalmente o da Supremacia do Interesse Público, a Mediação constitui relevante método de resolução de controvérsias de maneira amigável, haja vista a Administração Pública atingir sua finalidade, que é atender aos interesses de seus cidadãos, e assim, logrando êxito ao ser o conflito resolvido pelas próprias partes envolvidas, restabelecendo a comunicação social, promovendo a inclusão e a pacificação social.

Na Mediação, a democracia é exercida efetivamente, pois os envolvidos no conflito atuam como protagonistas, assumindo assim a responsabilidade pelas soluções de seus problemas, garantindo sua efetividade, através do consenso e humanizando a Administração Pública, baseada no princípio da boa-fé e da ética.

Ainda assim é necessário um amadurecimento com relação às práticas da Mediação como forma de resolução de conflitos na cultura brasileira. É necessário que a

figura da Mediação deixe de ser excepcional e passe a ser essencial na resolução de conflitos, principalmente na esfera pública, onde demandaria menos custos para os cofres públicos, maior agilidade, menor desgaste, e maior satisfação para as partes envolvidas no conflito.

Importante frisar que o conflito tem que ser visto como positivo, pois é através dele que as mudanças para um Brasil melhor acontecem, através dessa divergência de interesses que faz o nosso país evoluir, e é através da mediação que teremos as melhores práticas, devido ao seu núcleo democrático e humano de solução para estas divergências.

O conflito é de extrema importância para o aperfeiçoamento humano, contudo, enquanto tivermos seres pensantes, teremos conflitos. Conseguirmos construir um relacionamento através da solução destes conflitos, onde as partes sejam ganhadoras, e em que a Administração Pública não se exima de seus deveres, ou utilize de qualquer benefício processual (como os prazos recursais), claro, sempre prezando pela razoabilidade, estaremos nos aproximando de um modelo ideal democrático positivo fundamental em nosso país.

7 REFERÊNCIAS

Assembleia Legislativa de Minas Gerais: <http://www.almg.gov.br>

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. O que é Mediação de Conflitos. Coleção Primeiros Passos: 325. São Paulo: Brasiliense, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 11 de novembro de 2018.

BRASIL. Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010. Institui a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_publicacao_resolucao_n_125.pdf. Acesso em: 11 de novembro de 2018.

BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 11 de novembro de 2018

BRASIL. Lei nº 13140, de 26 de junho de 2015. Institui a Mediação. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 11 de novembro de 2018

CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação : conciliação : tribunal multiportas : São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018.

CRETILLA NETTO, José. Curso de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3

CUÉLLAR, Leila. Advocacia Pública e Mediação. 2018. Disponível em : https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4241820/mod_resource/content/1/cu%C3%A9llar%2C%20leila%3B%20moreira%2C%20egon%20bockmann%20-%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20e%20media%C3%A7%C3%A3o%20....pdf . Acesso em 10 de novembro de 2018.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 17ª ed., Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, vol. I.

FREITAS, Frederico Oliveira; SÉRGIO, Débora Bastos, A aplicação da mediação no novo Código de Processo Civil e seus mecanismos em busca da pacificação social. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17824 Acesso em: 11 de novembro de 2018.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. Conflitos de justiça e direito do trabalho: alcance e possibilidades para o emprego da mediação. In: CASELLA, Paulo de Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). Mediação de conflitos e acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 183-200.

HAYNES, John. MARODIN, Marilene. Fundamentos na mediação familiar. Porto Alegre: Artes Médicas. 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros. 2004.

MESQUITA, Daniel Augusto. A Participação do Advogado Público em Mediações: parâmetros para a celebração de acordo que atenda ao interesse público. Revista

Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 41(2) /09-32, jul./dez., 2016. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil. <<http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Pesquisa-AMB-10.pdf>> Acesso em: 11 de novembro de 2018.

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

VEZZULLA, Juan Carlos. Teoria e Prática da Mediação. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998, p.15 e 16.

RAMOS, Augusto Cesar. Mediação e arbitragem na Justiça do Trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2620>>. Acesso em: 14 de novembro de 2018.

Resolução 873 de 2018; Disponível em : <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re08732018.pdf>> Acesso em 14 de novembro de 2018.

SALES, Lília Maia de Moraes; NUNES, Andrine Oliveira. Segurança e Mediação de Conflitos: Transformando os Conflitos por Meio do Diálogo. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2917.pdf acesso em 01 de novembro de 2018.

<<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/acoes-e-programas/conciliacao-mediacao-e-cidadania.htm#!>> Acesso em 14 de novembro de 2018

GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidade e incompatibilidades. Publicações da Escola AGU, Brasília, v. 8, n. ja/mar. 2016, p. 15-36, 2016.

<<https://www.jota.info/justica/brasil-e-o-5o-pais-que-mais-utiliza-arbitragem-no-mundo-19092017>> Acesso em 23 de novembro de 2018

<<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs>> Acesso em 23 de novembro de 2018

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI268656,21048-A+importancia+da+mediacao+e+da+conciliacao+no+setor+publico>> Acesso em: 11 de novembro de 2018.

Presidência da República Federativa do Brasil:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

RAMOS, Augusto César. Disponível em: <https://jus.com.br/946333-augusto-cesar-ramos/publicacoes>. Acesso em 11 de novembro 2018.

RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Celeridade processual versus segurança jurídica. Revista de Processo. São Paulo, v. 120, p. 289-299, fev./2004.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Freddie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em 10 de novembro de 2018.

YAGODNIK, Esther Benayon; MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub; TORRES, Juliana Barbosa. Alternativa ao método assistencialista tradicional de resolução de

conflitos na contemporaneidade: mediação extrajudicial desenvolvida no núcleo de prática jurídica. 2013. Disponível em: < <http://fames.edu.br/jornada-de-direito/anais/9a-jornada-de-pesquisa-e-8a-jornada-em-extensao-do-curso-de-direito/artigos/meios-alternativos-de-resolucao-dos-conflitos-mediacao-arbitragem-e-praticas-restaurativas/e3-01.pdf>>. Acesso: 14 outubro de 2018.

B327m Bastos, Marcella Tiengo.
Mediação como forma de resolução de conflito em que a administração pública seja parte [manuscrito] / Marcella Tiengo Bastos. – 2018.
[8], 39 f. : il.

Monografia de conclusão de Curso (Especialização em Administração Pública, Planejamento e Gestão Governamental) – Fundação João Pinheiro, Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, 2018.

Orientador: Marcelo Alves

Bibliografia: f. 47-

1. Administração pública. 2. Mediação – 3. Relações humanas.
3. Administração de pessoal. I. Alves, Marcelo. II. Título.

CDU 35