

Administração Pública e mediação: notas fundamentais

Leila Cuéllar

Mestre e Doutora em Direito pela UFPR. Pós-Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Procuradora do Estado do Paraná. Atual Chefe da Coordenadoria de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná.

Egon Bockmann Moreira

Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Professor de Direito Econômico da UFPR. Professor Visitante da Faculdade de Direito de Lisboa. Professor-palestrante da Escola de Direito da FGV/Rio. Advogado. Árbitro.

Resumo: O estudo apresenta considerações fundamentais sobre a mediação envolvendo a Administração Pública brasileira. A negociação com o auxílio do mediador cumpre os princípios da legalidade e da eficiência, vinculando as partes à solução amigável da controvérsia. Afinal, existe o dever público de dispender os melhores esforços para a negociação consensual de conflitos administrativos.

Abstract: The study presents fundamental considerations on mediation involving Brazilian Public Administration. Negotiation with the mediator's assistance complies with the principles of legality and efficiency, binding the parties to the friendly settlement of the dispute. After all, there is public duty to expend the best efforts on the consensual negotiation of administrative conflicts.

Palavras-chave: Mediação. Consensualidade. Negociação. Administração Pública. Legalidade. Eficiência. Discricionariedade. Vinculação. Accountability. Homologação judicial.

Key-words: Mediation. Consensuality. Negotiation. Public Administration. Legality. Efficiency. Discretionary. Linking discretion. Accountability. Judicial approval.

Sumário: I. Introdução; II. A mediação envolvendo a Administração Pública brasileira: sua legalidade e eficiência; III. Algumas peculiaridades relativas à mediação com a Administração Pública brasileira; III.1 A possibilidade de transação e a política do ganha-ganha: as novas competências administrativas; III.2 A confidencialidade na mediação; III.3 A irretratabilidade de acordos público-privados nas mediações; III.4 Homologação judicial do acordo em procedimentos de mediação; IV. Considerações finais; V. Referências bibliográficas.

I. Introdução

Como se sabe, a Administração Pública brasileira é fonte inesgotável de conflitos de interesses. Isso se dá no âmbito interorgânico, bem como nas relações com servidores públicos e contratos administrativos (isso sem se falar na responsabilidade civil administrativa e temas pertinentes ao meio ambiente, à tributação e à saúde, por exemplo). Tais disputas tendem a desembocar no Poder Judiciário – o que, conjugado com o crescimento desproporcional das ações judiciais, implica a frustração de expectativas de todas as partes envolvidas. Essa situação gerou significativo acervo de não-direitos, em causas sem qualquer solução. Nesse cenário, as únicas coisas que persistem eficazes são os conflitos e a insatisfação de todos os envolvidos.

Ocorre que, nos últimos anos, parte significativa da academia, da jurisprudência e da legislação brasileiras tem dado ênfase à diminuição de litigiosidade e à utilização de meios consensuais e/ou extrajudiciais de solução de controvérsias envolvendo entes públicos. Já se passou o tempo, portanto, do preconceito e da negação. A discussão alcançou outros patamares, consolidando os incentivos para métodos alternativos de solução de controvérsias. Com isso se pretende solucionar, em prazo razoável, os conflitos envolvendo a Administração Pública brasileira com os seus cidadãos – a quem, afinal de contas, ela deve servir.

Especialmente após a publicação da Resolução CNJ nº 125/2010, do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), tem-se estudado com mais rigor a mediação no âmbito da Administração Pública. Este meio não-litigioso de resolução de conflitos apresenta-se como técnica preciosa para diminuir custos (públicos

e privados), ao mesmo tempo em que confere eficiência à tutela do interesse público. O que se busca é que, por meio da mediação, a Administração Pública transacione diretamente com a parte interessada, num espaço chancelado por instituições imparciais – câmaras de mediação e os próprios mediadores – que funcionam como incentivadores e facilitadores para a solução da controvérsia.

Partindo da análise de alguns aspectos da mediação relativa a conflitos com o Poder Público, o presente ensaio pretende apresentar considerações fundamentais para colaborar com o seu estudo.

II. **A mediação envolvendo a Administração Pública brasileira: sua legalidade e eficiência**

A mediação é a técnica procedimental criada legislativamente com vistas a permitir a autocomposição de interesses e direitos disponíveis e de indisponíveis que admitam transação. Ela é expressamente incentivada pelo Ordenamento Jurídico brasileiro. Desenvolve-se à luz da autocomposição dos conflitos de interesse como condição, prévia e necessária, à instalação de quaisquer litígios processuais – arbitrais ou jurisdicionais.

Consoante ensina Luciane Moessa de Souza, a mediação “pode ser definida como a intervenção construtiva de um terceiro imparcial junto às partes nele envolvidas, com vistas à busca de uma solução pelas próprias partes.”¹ Isto é, trata-se da colaboração ativa de outra pessoa que, por ser respeitada institucionalmente e ao se abster de tomar partido, incentiva que as partes construam autonomamente a solução consensual para aquele conflito de interesses.

Bem vistas as coisas, quem resolve o conflito são as próprias partes, pois o mediador apenas as auxilia a quebrar as barreiras – subjetivas, idiossincráticas, econômicas, técnicas, etc. – para que isso ocorra. Ele não detém posição de superioridade hierárquica, nem profere decisões, mas dissipa as animosidades, estimula o diálogo e auxilia a que o consenso seja formado. O que é extremamente valioso em casos que envolvam Administração Pública e pessoas privadas, eis que torna horizontal e equânime a posição das partes envolvidas – a fim de que efetivamente transacionem os interesses e direitos passíveis de negociação, em vista dos objetivos maiores da segurança jurídica, paz social e eficiência.

O que importa dizer que existe intenso interesse público na aplicação dos preceitos que dispõem sobre conciliação e mediação (para além de sua previsão expressa em lei – o que, por si só, confere específica feição ao que

¹ *Meios Consensuais de Solução de Conflitos Envolvendo Entes Públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial.* Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 55.

se pode entender por *interesse público*). A autocomposição exprime, portanto, uma técnica eficiente para o cumprimento do interesse público legislativamente cometido à Administração brasileira. Como há algum tempo escreveu Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “no âmbito do Direito Administrativo jamais se cogita de negociar o *interesse público*, mas de negociar os *modos de atingi-lo com maior eficiência*”. E, logo a seguir:

É que coexiste, com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo. Esse interesse de dirimir o conflito, e retomar a normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa, é indubitavelmente da maior importância, tanto na esfera social como na econômica, justificando que sejam encontrados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, que não aqueles que deveriam ser unilateralmente aplicados pelo Poder Público.²

Com efeito, os métodos não-adversariais de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública aproximam-se muito do que se pode compreender como Estado Democrático de Direito, eis que determinam que os Poderes Públicos ouçam e se façam ouvir pelas pessoas privadas, de modo público e impessoal. O mediador exerce a função de atenuador de divergências, por meio de estímulos à influência, mútua e autônoma, entre as partes.³ Logo, essa interação acolhe alto grau de participação – republicana, transparente, democrática – na formação dos atos administrativos (inclusive nos negócios jurídicos oriundos de transações amigáveis). Aos poucos, a Administração Pública brasileira deixará de ser tão arrogante, excludente e unilateral como foi um dia e passará a conviver com aqueles a quem deve servir: as pessoas privadas (particulares, servidores e empresas).

Assim, se houve um tempo em que arbitragem e mediação eram institutos distantes do Direito Público brasileiro, ele já passou. Mas, atenção: não se trata de questão meramente teórica, sobretudo devido ao fato de existir uma série de dispositivos legais que expressamente prestigiam o *dever* de as partes desenvolverem, como requisito para a legítima instalação futura de conflitos de interesses com decisão heterônoma, a tentativa de autocomposição. A competência atribuída legislativamente à Administração Pública contempla essa perspectiva conciliatória, de modo expresse e

² “Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa”, *Revista de Direito Administrativo* 231/154. Rio de Janeiro: FGV, 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108>. Acesso em 19/09/2017.

³ Se utilizarmos os vocábulos empregados por Marcos Juruena Villela Souto, ao tratar das formas consensuais de composição de conflitos pelas agências reguladoras, o mediador busca a “harmonização de interesses”, “motiva o consenso” (“Formas consensuais de composição de conflitos para a exploração de ferrovias.” *Revista de Direito Administrativo* 253/126. Rio de Janeiro: FGV, 2010. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8049/6838>. Acesso em 28 de out de 2017.)

indeclinável. Por isso que ela necessita cumprir também tais previsões normativas, sob pena de assumir conduta *contra legem*.

Atualmente, não se pode litigar sem antes haver a firme tentativa de conciliar: trata-se de aplicação expressa do princípio da legalidade, em vários foros e instâncias. Alterou-se a lógica normativa da solução de controvérsias que tocam à Administração Pública: se, antes, a propositura de uma ação (e a sentença judicial) eram requisitos para a conciliação; hoje, esta é pressuposto de qualquer processo judicial. A antiga regra do ajuizamento irrestrito de demandas atualmente precisa ser compreendida como exceção. Assim, o prestígio ao interesse público exige que se evitem os conflitos; mas, caso surjam os impasses, a solução precisa evitar o acesso ao Judiciário – que só pode ser acionado em último caso. Trata-se, é preciso que se reitere com intensidade, de decorrência do princípio da legalidade.

Está-se a se falar de previsões legais expressas acerca da mediação, em face das quais ninguém é imune (sejam as pessoas privadas, seja a Administração Pública). Em outras palavras, a mediação – pelas mesmas razões que a conciliação e a arbitragem – atende plenamente o princípio da legalidade. Todas essas opções são prestigiadas pelo princípio da legalidade como equivalentes à jurisdição. Para confirmar, basta a leitura das leis que disciplinam o assunto.⁴

Em primeiro lugar, a própria Lei nº 13.140/2015 (“Lei de Mediação”) regulamenta expressamente a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Os primeiros artigos desse diploma legal são explícitos ao consignar que:

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;

⁴ Cabe mencionar que o Código de Ética do Advogado (aprovado pela Resolução nº 02/2015 – CFOAB) dispõe, expressamente, em seu artigo 2º, VI, que é dever do advogado “estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”. Nesta linha, também, o artigo 8º, parágrafo 1º, prescreve que o advogado público deve contribuir para redução da litigiosidade.

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.

Como se constata, ao contrário da arbitragem, que exige a prévia convenção (cláusula compromissória ou compromisso arbitral) e, em existindo, não pode ser recusada pelos signatários, a mediação é de livre escolha e não exige tal previsão (vez que não pode ser imposta). Sempre pode ser instalada, qualquer que seja o estágio da controvérsia, desde que de modo consensual e dentro dos limites previstos em lei. Demais disso, as partes podem abdicar dela a qualquer tempo (ideia antitética à de arbitragem).

Mais ainda: o art. 1º fala em “conflitos no âmbito da administração pública”. A expressão legal trata do *exercício da função administrativa* (atividade cometida a todos os órgãos e entidades públicos) e não da pessoa “Administração Pública” (o denominado Poder Executivo). Estão abrangidos em sua incidência, portanto, todos e quaisquer conflitos porventura existentes na esfera de ação da *função administrativa*: tanto aqueles que a circundam como os que se dão dentro de seus limites. Assim e por exemplo, cabe em casos que tratem de temas pertinentes a servidores do Poder Legislativo como naqueles próprios de contratos administrativos firmados pelo Poder Judiciário, passando pelas contratações do Poder Executivo e em eventuais conflitos interorgânicos.

Mas, como se não bastasse a Lei de Mediação, a disciplina normativa do instituto consta de preceitos anteriores e posteriores a ela. Sem qualquer exagero, pode-se afirmar que a mediação envolvendo a Administração Pública tornou-se assunto legislativo banal, ordinário, integrado na aplicação cotidiana do princípio da legalidade. O que só reforça a validade do instituto.

Por exemplo, toda a legislação que trata dos contratos de concessão (comuns ou patrocinadas e administrativas, estas sob o regime de PPP), prevê, expressamente, a viabilidade da prática da mediação nos negócios jurídicos administrativos.

Assim, a Lei nº 8.987/1995 (a “Lei Geral de Concessões”), que regulamenta o regime de concessão comum e permissão de serviços públicos, estabelece que o contrato poderá prever o emprego de mecanismos privados para a resolução de disputas dele decorrentes ou relacionadas, sem exclusão da arbitragem (art. 23-A⁵). O que importa dizer que alberga a mediação, a conciliação e, também, a arbitragem.

O mesmo se diga da Lei nº 11.079/2004 (“Lei de PPPs”), que versa sobre contratos em regime de parceria público-privada (as concessões patrocinadas e administrativas), que prevê como cláusula do edital os mecanismos privados de resolução de disputas decorrentes ou relacionadas aos contratos e ela submetidos.⁶⁻⁷ Igualmente aqui, a redação é clara ao definir que a lei acolhe todo o grupo de métodos de resolução não-judicial de disputas (a incluir a mediação).

De igual modo, o art. 44-A da Lei nº 12.462/2001, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações – RDC, expressamente admite o “emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.037, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes de sua execução ou a ela relacionados.” (dispositivo incluído pela Lei nº 13.190/2015).

Por fim, mas não menos importante, é de se sublinhar que o Novo Código de Processo Civil – CPC (Lei nº 13.105/2015) prestigia com firmeza o *dever* de *mediação* e *conciliação* como técnicas para a solução de litígios – inclusive daqueles de que façam parte qualquer órgão ou entidade da Administração Pública (tanto no polo ativo quanto no passivo) e determina que, antes mesmo de apresentada a defesa em qualquer processo, as partes sejam intimadas para audiência prévia de conciliação ou de mediação (art. 334), o que acontecerá também como antecedente à audiência de instrução e julgamento (art. 359).

Trata-se de preceito processual fundamental, a ser aplicado como condição prévia à instalação de qualquer processo conflitivo – quaisquer que sejam as pessoas envolvidas e qualquer que seja a natureza do conflito

⁵ “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

⁶ “Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: [...] III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”

⁷ Idêntica previsão consta de lei do Estado do Paraná, de nº 17.046/2012, regedora do procedimento para outorga de contratos de concessão, mediante parcerias público-privadas no âmbito do Estado, que expressamente autoriza o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados aos contratos e ela submetidos (art. 13).

(exceção feita aos indisponíveis e aos que não admitem transação). Mais: o dispositivo não autoriza interpretação que o revogue implicitamente, a inibir a audiência prévia. Isto é, não cabe ao magistrado decidir unilateralmente que, em vista da participação da Administração Pública, não cabe a incidência do art. 334 do CPC. Afinal, o que a lei preceitua é justamente o contrário. Não se trata de competência discricionária, portanto, nem, muito menos, poderia ter a aplicação negada por meio de chavões (o que implica desrespeito ao dever de fundamentação estampado no art. 489, § 1º, do CPC).

Por conseguinte, a antiga fórmula “Administração Pública = supremacia do interesse público + interesse indisponível = impossibilidade de conciliação” é simplesmente *contra legem*. Ou, melhor, submete-se às fronteiras e ao conteúdo dos direitos e interesses postos em jogo. O que existe é o dever positivo de o julgador sempre chamar as partes à conciliação e depois, se for o caso, concluir por sua inviabilidade.

Ainda, o Novo CPC valoriza expressamente a adoção de métodos consensuais de solução de controvérsias (não-adversariais), filiando-se ao modelo de Tribunal Multiportas⁸ e estabelecendo o dever de criação de estruturas próprias dentro do Poder Judiciário:

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.

Neste sentido, aliás, já previa a Resolução nº 125/2010, do CNJ, dispondo “sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”. Dentre a *consideranda* que embasou a mencionada Resolução, consta que a “conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças”.⁹

⁸ Conforme explica Francisco José Cahali: “Consolidou-se no Brasil, então, com a Res. 125/2010 a implantação do chamado Tribunal Multiportas, 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 (meios consensuais) e, não mais restrita a oferta ao processo clássico de decisão imposta pela sentença judicial.” (*Curso de Arbitragem: mediação – conciliação – resolução* CNJ 125/2010. 6ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2017, p. 64). Ampliar em Elton Venturi, “Transação de Direitos Indisponíveis?”, *Revista de Processo* 251/391-426. São Paulo: Ed. RT, 2016.

⁹ A atual redação do artigo 1º da referida Resolução assim prevê: “Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13) Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código

No que tange à Administração Pública, é preciso mencionar, também, o disposto no artigo 174 do CPC, que se refere à criação de câmaras de mediação e conciliação,¹⁰⁻¹¹ a configurar dever expresso 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.

Como se percebe com nitidez, as técnicas extrajudiciais de solução de controvérsias 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). 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. Hoje, o Ordenamento Jurídico é outro e *prima* pela solução não-adversarial e não-judicial de controvérsias.

A regra em vigor é, portanto, a seguinte: em primeiro lugar, precisa-se desenvolver os melhores esforços para a transação amigável em casos de

de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16). (<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>, acesso em 18 de junho de 2017).

¹⁰ Mesmo antes da entrada em vigor do Novo CPC, já havia sido instalada, no âmbito federal, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF (instituída pelo Ato Regimental AGU nº 5, de 27 de setembro de 2007), inicialmente destinada à solução de controvérsias entre entes da Administração Pública Federal direta e indireta, mas que teve sua competência posteriormente estendida aos conflitos entre a Administração Pública Federal e Administrações Públicas dos Estados, Distrito Federal e Municípios (www.agu.com.br). Estados e Municípios também começaram a organizar câmaras de natureza semelhante. Por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, dentro do projeto “+Consenso”, foi criada, em setembro de 2013, a pioneira Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS) e, em 2016, foi instituída a Câmara Administrativa de Solução de Conflitos (CASC). Na mesma esteira, em 2016, surgiu a Câmara de Conciliação em Saúde da Bahia e, em dezembro de 2016, o Estado do Rio Grande do Sul instaurou a Câmara Administrativa de Conciliação e Mediação (dados extraídos dos sítios da internet da Procuradorias-Gerais dos Estados do Rio de Janeiro, da Bahia e do Rio Grande do Sul - www.pge.rj.gov.br, www.pge.ba.gov.br e www.pgers.gov.br).

¹¹ Na mesma linha, o artigo 32 da Lei de Mediação (Lei nº 13.1240/2015) dispõe sobre a possibilidade de criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver.

direitos disponíveis e de indisponíveis transacionáveis – por meio de qualquer uma das técnicas legislativamente disponíveis.

Logo, em especial depois de 2015, à Administração Pública brasileira foi literalmente imputado o *dever normativo* de envidar esforços, proativos e eficientes, para a composição amigável dos conflitos de interesses, inclusive aqueles instalados em sede de concessões, PPPs e todos os demais contratos administrativos.¹² Essa transação prévia pode assumir várias formas, dentre as quais uma das mais relevantes e eficientes é a mediação.

Aliás e pedindo licença pela obviedade, é de se frisar 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, etc., etc., a Administração pode negociar o fim das controvérsias que porventura surjam em contratos administrativos – com ou sem o auxílio do mediador.

Seria por demais obtuso imaginar que a Administração Pública brasileira poderia 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). E se ela 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.

Em outras palavras: da mesma forma que à Administração é assegurada a competência para a autotutela de seus interesses, a ela cabe a respectiva autocomposição. O gestor público não é obrigado a sempre recorrer a conflitos e a terceiros com o escopo de encerrar contratos. Tampouco necessita de ser constrangido a praticar exclusivamente atos unilaterais de alteração e/ou encerramento. Ao contrário e conforme visto acima, quando menos desde 2015, a Administração Pública brasileira possui o dever de, previamente a qualquer litígio, esforçar-se em procurar meios adequados para a autocomposição pacífica dos interesses estampados nos negócios jurídicos que pactua.

Ocorre que a autocomposição pode se dar de várias formas: desde a livre composição intersubjetiva, sem qualquer interação ou cooperação de terceiros, passando pela conciliação e chegando na mediação. Esta última é uma das técnicas mais efetivas de autocomposição de interesses, eis que o mediador há de ser pessoa que inspire respeito de ambas as partes – a fim de que os estimule a celebrar a negociação que mais bem atenda aos interesses

¹² Cf. Francisco José Cahali, *Curso de Arbitragem*: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010. 6ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2017, pp. 58-61 e 105-106.

postos em jogo. Como o nome já fiz, ele serve de elo entre as partes interessadas, a fim de encorajá-las para que encontrem a solução de sua controvérsia – transformando o desacordo conflituoso num acordo consensual.

Já por meio da escolha da mediação, portanto, as partes em conflito dão um primeiro passo fundamental: elegem um terceiro, com reconhecida imparcialidade, idoneidade e competência, a fim de que ele, sem proferir qualquer decisão, as estimule a realizar composições que permitam gerar o fim amigável do litígio. Trata-se de processo de negociação entre as partes, com a interação de terceiro imparcial (que tem voz, mas não possui capacidade decisória nem adjudicatória). Ela é mais eficaz que as demais formas de autocomposição, sobretudo em vista de sua solenidade institucional; do comprometimento recíproco; do dever de respeito às competências; dos prazos prefixados e da certeza inicialmente instalada, no sentido de que as partes efetivamente serão incitadas a compor os interesses sem haver a necessidade de recurso a um terceiro decisor.

Desta forma, a mediação é um *minus* vantajoso em relação à arbitragem. Isso porque não é desenvolvida num cenário adversarial, com terceiros substituindo-se à decisão das partes. Ao contrário: o terceiro é um incitador à paz social e à negociação dos direitos e interesses, disponíveis e/ou transacionáveis postos em jogo, agindo por meio de processo e agenda predefinidos de comum acordo entre os envolvidos. Bem vistas as coisas, o mediador é um facilitador – aquele terceiro que traz conforto às partes, as eleva ao mesmo plano e permite que as arestas sejam aparadas, os ânimos acalmados e assim faz com que o objeto negocial seja definido com maior clareza e precisão.

Mas quem negocia e decide, sublinhe-se, são as partes – e mais ninguém. Quando transacionam, estão em situação de igualdade processual: merecem respeito equivalente e recíproco. Aquele que pretende negociar não impõe e deve estar disposto a abdicar e a modular pretensões. Necessita de margens de negociação, a fim de atingir o objetivo de toda composição de interesses: o acordo que efetivamente prestigie o Ordenamento Jurídico e ponha fim ao conflito de interesses. Por esta razão, inclusive, presume-se que a solução encontrada pelas partes poderá ser considerada mais justa e eficiente, dando expressão concreta ao interesse público.¹³

13 Sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover asseverou que “[...] 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” E, ainda, que “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.” (“O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades.” *Revista Publicações da Escola da AGU*. Belo Horizonte, ano 2015, n.

Note-se que, em sintonia com os motivos expostos, muitas vezes os próprios regulamentos setoriais e contratos administrativos possuem dispositivos definidores de que as partes obrigam-se a, reciprocamente, cooperar e prestar todo auxílio que razoavelmente lhes possa ser exigido ao bom desenvolvimento das atividades objeto do contrato (contrato de concessão e autorizações, por exemplo) e que as disputas e controvérsias relativas à sua interpretação e/ou execução, de qualquer forma oriunda ou a si associada, devem ser prioritariamente resolvidas de modo amigável entre as partes, para, caso frustrada, serem levadas à arbitragem.

Isto é, a autocomposição – seja autônoma, seja por meio de conciliação ou mediação – é muitas vezes obrigação regulamentar e contratual expressamente imputada às partes. Note-se bem que não pode ser compreendida como formalidade despida de esforços materiais. Tratando-se de preceito regulamentar e/ou contratual, não pode ser derogado tacitamente pela vontade das partes.

Com efeito, ao dispor contratualmente sobre determinados direitos e interesses legítimos, nada mais acertado do que prever que eles possam ser objeto de autocomposição. Contratos administrativos significam exatamente isso: tanto os negócios jurídicos bilaterais, comutativos e sinalagmáticos, por meio dos quais as partes se atribuem reciprocamente direitos e obrigações (*v.g.*, contratos de compra e venda ou de empreitada), como os negócios jurídicos complexos e plurissubjetivos, através dos quais se atribui ao contratado a prestação de determinados serviços ou obras por meio de investimento e remuneração paga pelos usuários (como nas concessões e PPPs). O que importa dizer que cada um desses negócios jurídico-administrativos possui comercialidade toda própria – e respectivas possibilidades de negociação intersubjetiva.

O que confirma algo que já se escreveu a propósito da arbitragem, plenamente aplicável à mediação envolvendo entes públicos:

De igual modo, de se rejeitar as eventuais críticas decorrentes da ideia de que a arbitragem em contratos administrativo e em temas regulatórios seria proibida porque incidente sobre bens e serviços *extra commercium*. Com o devido respeito, a tese prova demais: se são bens e serviços *extra commercium*, como podem ser objeto de contratos? Como podem ser regulados por agências independentes? Se são indisponíveis, como se pautar pela combinação do edital com a proposta vencedora? A bem da verdade, está-se diante de comercialidade diferenciada, pautada pelo Direito Administrativo Econômico e pela disponibilidade dos direitos postos em conflito. Uma coisa é a indisponibilidade da função administrativa; outra, completamente diversa, é a disponibilidade

condicionada do próprio contrato (e da quantificação monetária do seu objeto). Assim, o que se merece ressaltar é que esta comercialidade de Direito Público está submetida a diversos níveis, em vista a ampla heterogeneidade das coisas públicas: basta se contrastar o mar territorial aos livros da biblioteca pública; a praça à estação de metrô; os *aeroshoppings* aos museus. Os diferentes graus de afetação da coisa implicam o correspondente plano de incidência de sua exploração econômica (em intensidade e extensão). Mas uma coisa é certa: a tese da extracomercialidade não é apta a inibir a incidência da arbitragem no Direito Administrativo.¹⁴

Por conseguinte e da mesma forma que é cabível a arbitragem envolvendo Poderes Públicos (um *plus* em relação a procedimentos de autocomposição), é perfeitamente aplicável a mediação: aqui, não se tem a outorga de poder decisório – outrora detido pela Administração Pública – a outrem, mas é a própria autoridade competente que, com o auxílio imparcial de terceiro, compõe autonomamente os seus interesses e, assim, evita que se instale conflito litigioso de interesses (o qual gera custos extraordinários e pode demorar anos para ter uma decisão final).

Logo, a mediação é prestigiada, de modo amplo e intenso, pela legislação brasileira, além de ser expressamente prevista em diversos contratos celebrados com o poder público. Dúvida não pode haver quanto à sua legalidade e eficiência. O que autoriza o exame de algumas de suas características singulares, que a distinguem das mediações implementadas entre pessoas privadas.

III. Algumas peculiaridades da mediação envolvendo a Administração Pública brasileira

Como não poderia deixar de ser, os processos de mediação que têm a Administração Pública em (pelo menos) um de seus polos trazem consigo as particularidades dos regimes jurídicos relativos ao exercício da função administrativa. Em cada um dos respectivos feixes normativos (leis, regulamentos, estatutos e contratos), haverá matizes todos próprios.

Com efeito, ao ingressar numa mediação, os órgãos e entidades da Administração Pública levam consigo os respectivos e peculiares regimes jurídicos: desde aquele específico das empresas estatais (Lei nº 13.303/2016 e legislação esparsa) até o da própria Administração direta, passando pelas leis que regem as autarquias, fundações públicas e privadas, agências reguladoras, etc. Demais disso, a Administração ostentará o dever de cumprimento à legislação específica regeadora do pacto gerador do conflito a ser objeto da mediação: uma coisa é tal processo vinculado a uma

¹⁴ Cf. Egon Bockmann Moreira, *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais*, a Lei 9.781/1999 e o Código de Processo Civil/2015. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 413.

autorização de portos ou telefonia;¹⁵ outra, se for oriundo de controvérsias entre duas pessoas de Direito Público ou, até mesmo, entre Administração e servidores públicos – ou nos contratos de empreitada e de concessão comum. Cada mediação será parametrizada pela legislação que disciplina o seu *prims* metodológico: os fatos que lhe deram origem.

Talvez a assertiva seja um pouco óbvia demais, porém é importante sublinhar que as Leis de Mediação, Arbitragem – e o próprio CPC – 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, etc.). A bem da verdade, isso se passa em qualquer procedimento de solução, consensual ou não-consensual, de controvérsias. Da mesma forma que o juiz aplica ao caso concreto a disciplina jurídica própria desta ou daquela pessoa administrativa (ou deste ou daquele contrato e/ou parceria), também na mediação e na arbitragem os regimes jurídicos são especificados caso a caso.

A singularidade está em que o mediador é absolutamente neutro: não pode dar conselhos quanto à questão de fundo, nem proferir decisões. Está impedido de praticar resoluções quanto à materialidade da controvérsia. Nem mesmo pode cogitar de sugestões quanto à sua substância. Ao contrário do juiz e do árbitro, cujos atos são decisórios, o mediador promove apenas atos-mediadores processuais de facilitação, a fim de que as partes, elas mesmas, conscientizem-se de que podem encerrar a controvérsia e, assim, autonomamente encontrem, definam e pratiquem o ato de solução consensual.

O que permite que se adote a seguinte premissa às mediações na Administração Pública: quando se fala em solução consensual implementada por meio de transações mediadas por terceiro imparcial, está-se a se tratar de modulações da discricionariedade administrativa, pautadas pela específica legalidade própria do caso concreto. Ela é definida pela competência atribuída ao agente público, que não se move nem no vácuo legislativo (i.e., não pode praticar atos arbitrários) nem em sentido contrário à lei, regulamentos, estatutos e contratos (ou seja, não pode praticar atos ilegais). Em suma, o que o mediador faz é estimular o exercício legítimo da discricionariedade administrativa por parte da autoridade a quem foi normativamente atribuída.

Estabelecido este ponto de partida, podemos tratar da *possibilidade de transação*; da *confidencialidade*, da *irretratabilidade das transações consolidadas* e da *homologação judicial*. É o que será visto a seguir.

¹⁵ Sobre os regimes jurídicos das autorizações vinculadas a telefonia, portos, etc., v. Egon Bockmann Moreira, “Atos administrativos negociais”, in A. Wald, M. Justen Filho e C. A. G. Pereira (orgs.), *O Direito Administrativo na Atualidade*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, pp. 363-371.

III.1 A possibilidade de transação e a política do ganha-ganha: as novas competências administrativas

Como se sabe, à Administração Pública é cometido o dever de tutela do interesse público, tal como definido em lei e nos demais atos complementares que lhe conferem específica densidade (regulamentos, estatutos, contratos, etc.). Contudo e conforme acima mencionado, talvez a má-compreensão dessa máxima seja um dos motivos de resistência à mediação envolvendo órgãos e entidades públicos.

Por isso, é importante reiterar que o *interesse público não impede a realização de mediação*. Ao contrário: conforme previsto expressamente em vários diplomas legislativos, regulamentares e contratuais, o interesse público autoriza, senão determina, a tentativa de composição consensual de controvérsias envolvendo a Administração Pública – e a mediação é apenas uma das técnicas postas à disposição pelo princípio da legalidade. O que importa dizer que, dentre os deveres legislativamente imputados ao administrador público, está aquele de envidar os melhores esforços para atingir a solução consensual de eventuais conflitos de interesse, inclusive por meio da mediação.

Ou seja, na justa medida em que a lei prevê expressamente a mediação como hipótese de solução de conflitos, com menores custos públicos e privados (financeiros e cronológicos), é nítido que a Administração detém a competência – o *dever-poder*, melhor dizendo – de implementar esse método não-adversarial de tutela do interesse público.

Neste sentido, Daniel Augusto 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. Muito ao contrário, pois “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”.¹⁶ Confira-se a síntese proposta pelo aludido 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

¹⁶ “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, n.2, jul./dez., 2016, p. 19.

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.¹⁷

Além disto, na mediação, em momento algum as partes abrem mão de direito ou interesse que porventura pudesse ser qualificado de indisponível. Muito ao contrário: as competências são preservadas e o interesse público deve ser decisivo na postura da Administração Pública. Ao transigir e compor os interesses postos em jogo – o público e o privado – o administrador público não está a abdicar de suas competências, mas a exercitá-las nos exatos termos que lhe foram cometidos em lei.¹⁸

Na verdade, o que deve ser enfatizado quando se analisa a possibilidade de realização de mediação, além da possibilidade de transacionar, é a necessidade de busca da melhor solução ao caso concreto. Para a Administração Pública, envolve o exercício da respectiva competência ao interior dos espaços de escolha que lhe foram legislativamente cometidos, combinados com as reais exigências do caso concreto. Como anotou Mafalda Miranda Barbosa, “na concreta realização do direito, a norma que se convoque como hipoteticamente aplicável ao caso há-de ser interpretada em confronto analógico com este (ou melhor com o problema que ele tipifica) e na sua remissão para os princípios normativos em que se se louva.”¹⁹ Trata-se, em outras palavras, da ideia de *discricionariedade administrativa reflexiva*, adotando-se aqui o conceito cunhado por Sérgio Guerra, a fim de que “sejam possíveis e melhor controláveis (i) a observância dos mecanismos de prevenção de riscos e (ii) a ‘articulação e a mediação de interesses’ (...)”,²⁰ fazendo com que a decisão administrativa

¹⁷ Daniel Augusto Mesquita. “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, n.2, jul./dez., 2016, pp. 17 e 18.

¹⁸ Sobre a diferença entre indisponibilidade e transigibilidade, conferir Luciane Moessa de Souza (*Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 170 e ss.)

¹⁹ “A recusa de conformação do jurídico pelo econômico”, in L. P. Cunha, J. M. Quelhas e T. Almeida (orgs.), *Boletim de Ciências Econômicas: Homenagem ao Prof. Doutor Antônio José Avelãs Nunes*, vol. LVII, t. I, Coimbra: Univ. de Coimbra, 2014, p. 642.

²⁰ *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade*, 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 248 (com citação entre aspas de Floriano Marques Neto, “A nova regulação estatal e as agências independentes”, in Carlos Ari Sundfeld (org.), *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 81). Mais adiante, Sérgio Guerra pontifica: “A estrutura da reflexividade administrativa sob novas bases – prevenção

passa pela compreensão apurada das peculiaridades de cada um dos casos concretos (e respectivos regimes jurídicos).

Ora, a previsão normativa explícita a propósito de tais alternativas importa a positivação automática de competências administrativas equivalentes, advindas das novas leis. Com efeito, não se imagina que a legalidade possa ser deixada de lado pela Administração Pública. Isso desde o momento prévio (a definição da modalidade que será aplicada para a solução do conflito, quando couber) até aquele posterior (a aplicação/incidência da decisão de modo *erga omnes*, inclusive com o necessário respeito pelos órgãos de controle externo). A mesma Ordem Jurídica que exige obediência a específicas condições para a celebração de contratos (licitações, procedimentos, critérios, impedimentos, etc.), preceitua que a solução para os eventuais conflitos que surgirem nesses mesmos pactos deverão ser solucionadas por meio de determinadas técnicas (conciliação, mediação, arbitragem, etc.). Quem positiva esses deveres-poderes é a lei, a ser executada por meio da função administrativa do Estado.

Isso implica a reconfiguração objetiva da competência outrora detida pelos respectivos agentes públicos. Com a nova legalidade substancial relativa à conciliação, mediação e arbitragem, as competências administrativas foram modificadas, *ope legis*, ao seu interno. Houve a mutação material do título jurídico que habilita este ou aquele agente público a praticar determinados atos administrativos. Nenhum deles detém competência para revogar administrativamente nem a Lei de Arbitragem, nem a de Mediação, nem, muito menos, o Código de Processo Civil (dentre outros diplomas). Ao contrário: devem-lhes plena aplicação, sob pena de concretizarem condutas *contra legem*. Por isso que precisam cumprir os deveres públicos de conciliar, servir-se de mediadores e, quando disso não advier resultado positivo, procurar a arbitragem.

Desta forma, cabe à Administração Pública avaliar, dentre as alternativas existentes para a solução de conflito específico (litígio judicial, mediação, arbitragem etc.) qual delas potencialmente é a mais benéfica, levando-se em consideração os riscos vinculados a cada uma das hipóteses, os resultados que poderão ser obtidos e respectivas cronologias. A análise de todas as possíveis escolhas ao alcance do administrador é sobremaneira importante, a fim de que se saiba o impacto que podem causar (inclusive em vista da eficiência e economicidade). Trata-se da escolha fundamentada da alternativa que se afigura como a melhor disponível, oriunda do exame real da hipótese concreta em combinação com os princípios e regras legais a ela

e mediação – partiu da ideia de que o regulador deve, por meio de uma ‘clausura autorreferencial’ do subsistema regulado, permitir que brote, de modo cíclico, a produção de encaminhamentos decorrentes das próprias condições originárias de produção do subsistema.” (*Discricionariedade, Regulação e Reflexividade*, 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 419).

aplicáveis.

Na prática, portanto, devem sempre ser averiguados os interesses em jogo (inclusive em prestígio à dignidade da pessoa), os riscos, as cronologias, as vantagens que poderão ser obtidas pelas partes, em busca da mais eficiente solução possível para o caso concreto. Do mesmo modo, igualmente deverão ser analisados os eventuais impedimentos normativos à incidência da mediação. Por exemplo, em casos de competência vinculada, a mediação é incabível (a não ser para a modulação dos efeitos do exercício de tal competência: caso se comprove que a aplicação da multa não poderá ser imediatamente adimplida pelo devedor insolvente, nada impede que seja consensualmente definido o seu pagamento espraiado no tempo, com as respectivas compensações financeiras).

Além disto, com a mediação, abandona-se a lógica do “ganha-perde” (jogos de “soma zero”, nos quais o que um ganha é igual ao que o outro perde – como é inerente, em princípio, ao contencioso judicial), passando-se à lógica do “ganha-ganha” (jogos de soma “não-zero”, em que se busca ganhos recíprocos às partes). Isto é, para que um vença, é necessário que o outro não seja derrotado em absoluto. O escopo é o de que todos vençam, de forma cooperativa e equânime. Nesta óptica, todas as partes envolvidas no conflito têm ganhos efetivos e a mediação deve se pautar pela busca de resultado satisfatório para todas.

Por isso que – e essa constatação é de suma importância – na mediação, inclusive naquelas que envolvem a Administração Pública, todos devem ser tratados de forma igualmente importante. Muito embora se reconheça a igualdade assimétrica – sob a perspectiva do Direito Material – que se põe entre Administração Pública e pessoas privadas, na mediação os esforços devem ser envidados no sentido de estatuir a igualdade processual entre os envolvidos, de molde a ser atingida a finalidade de compatibilização de interesses controversos. Esta técnica de solução consensual de controvérsias exige, portanto, um modo diferente de se vislumbrar a relação jurídica posta entre Administração Pública e particulares: não mais sob a lógica da hierarquia e da superioridade de um em detrimento do outro – ou, o que é pior, sob a perspectiva do inimigo ou do antagonista –, mas, sim, sob o ângulo da instituição de *deveres ativos de cooperação*. Este é um dos escopos maiores atribuídos ao mediador: o de fazer com que as partes sintam-se e se comportem, na tutela de seus interesses, de modo equânime, digno e respeitoso.

Ademais, é preciso mencionar que a mediação envolvendo a Administração Pública deverá respeitar, sempre e com as devidas ponderações, os princípios aplicáveis ao próprio instituto da mediação (autonomia da vontade das partes; imparcialidade, independência,

credibilidade e competência do mediador; isonomia das partes, boa-fé),²¹ bem como os princípios relativos à atividade administrativa (tais como eficiência, legalidade, isonomia, publicidade, moralidade, economicidade, proporcionalidade, etc.).

Essa combinação do dever de cooperar com a política do ganhador se reflete também no procedimento a ser implementado na mediação em que uma das partes seja a Administração Pública. Sob este aspecto, o que se dá é a aplicação ponderada dos princípios estampados na Lei de Mediação, em vista daqueles que regem a atividade dos Poderes Públicos brasileiros.

No que se refere ao rito, consideradas inclusive as peculiaridades envolvendo a Administração Pública, recomenda-se, pelo menos, que sejam adotadas as seguintes providências: (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

21 O artigo 166 do CPC afirma: “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”. De igual modo, assim prevê a Lei nº 13.140/2015: “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.”

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.

Mas cabe o alerta de que todas essas condições devem obediência a dois primados da mediação, como se dá em qualquer negociação: ela pode ser encerrada a qualquer momento, por livre escolha de uma das partes. Igualmente, as tratativas, ofertas e propostas não podem ser utilizadas em quaisquer outros processos (i.e., não vinculam o ofertante nem implicam renúncia a qualquer direito de titularidade das partes envolvidas), exceção feita se tal alternativa for, consensual e expressamente, predefinida entre as partes.

III.2 A confidencialidade na mediação

Outro assunto de elevada importância nas mediações é o *dever de confidencialidade*.²² Pode-se cogitar de colisões de tal dever com o princípio da publicidade: se a Administração Pública é obrigada a cumpri-lo, como se cogitar de sigilo nas mediações? Todavia, bem vistas as coisas, esse conflito de fato não existe: o que se dá é a modulação da eficácia do princípio da publicidade. Ele será aplicado no tempo, modo e lugar que, simultaneamente, o preservem e não corrompam a própria razão de ser do instituto legal da mediação.

Em termos subjetivos, na mediação a confidencialidade atinge três atores: a Administração Pública, a outra pessoa (pública ou privada) que participa da mediação e o mediador. Mas assim o faz de acordo com o regime jurídico a que se submete cada um desses sujeitos, parametrizado em cada específica mediação (tal como se dá em determinados processos judiciais e arbitragens). Desta forma, os sujeitos experimentarão intensidades

²² Conforme previsão expressa da Lei nº 13.140/2015: “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.”

diversas quanto ao princípio da publicidade e respectivos momentos de incidência.

Especificamente no que diz respeito ao sujeito mediador, haverá basicamente três graus pertinentes à confidencialidade. O primeiro e mais radical deles é o dever de jamais revelar, a quem quer que seja, o teor das informações sigilosas que lhe foram transmitidas pelas partes com essa qualidade – pouco importa quem tenha sido.²³ Exige-se o dever de respeito e respectiva inviolabilidade das sessões privadas com o mediador.

Afinal, a figura do mediador traz consigo a *relação fiduciária* entre ele e as partes envolvidas na solução da controvérsia. A sua participação como agente facilitador da negociação depende, sobretudo, da confiança que as partes nele depositam. Ambas lhe transferem a responsabilidade de, com lastro na boa-fé e em sua expertise técnica, desenvolver os melhores esforços para que a negociação seja concretizada. Para que isso aconteça, o mediador precisa de todas as informações necessárias e úteis à mediação (algumas delas com o selo da confidencialidade). Porém, quem define as informações que serão levadas ao mediador é justamente a parte envolvida: aquele não pode exigir dados, cuja seleção e fornecimento residem na esfera personalíssima das partes. Claro que estas precisarão desenvolver esforços para, em cumprimento à boa-fé, aportarem todos os esclarecimentos úteis e necessários ao êxito na mediação (e nada mais).

Assim, os dados que são repassados individualmente ao mediador – especialmente nas reuniões privadas que precisa manter com as partes, a fim de que elas lhe confidenciem assuntos e informações que não podem expor na presença de terceiros (máxime a outra parte) – não podem ser divulgadas a quem quer que seja (nem mesmo ao Poder Judiciário, ao Ministério Público ou aos Tribunais de Contas). Melhor dizendo, as instituições de controle, interno e externo, não possuem qualquer legitimidade para perquirir o mediador a propósito de informações a ele reservadamente fornecidas pelas partes. Em face desse conjunto sensível de informações sigilosas, o mediador assume deveres – legais e éticos – análogos aos do advogado e do médico. Tal como o mediador, estes profissionais são escolhidos em razão da intensa confiança que geram (relação que não se subverte mesmo nos casos em que não há livre escolha do profissional: também se exige o sigilo dos médicos que atendem em emergência e dos defensores públicos, por exemplo). Devido a tal fato, os clientes e pacientes precisam lhes passar todos os dados relevantes (sob pena de comprometer a solução jurídica ou o tratamento médico), por mais constrangedores e/ou confidenciais que possam ser. Tais informações reservadas não podem ser

²³ Assim é a previsão do art. 31 da Lei nº 13.140/2015: “Art. 31. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.”

compartilhadas com quem quer que seja, sob pena de responsabilidade pessoal do próprio advogado, médico – ou mesmo do mediador.

Mas, além dessa *responsabilidade fiduciária* do mediador, existem dois outros níveis de confidencialidade, pautados pelo que as partes envolvidas decidirem no termo de instalação da mediação. De usual, é regular que as partes acordem pela não-divulgação da mediação enquanto ela estiver em curso. Isso porque, para o bom desenvolvimento dos trabalhos, não é interessante a existência de pressões e contratemplos externos. Por exemplo, poderá vir a se tornar um desastre impeditivo dos trabalhos a publicidade de determinada mediação que envolva contratos de concessão de serviços públicos – ou de exploração de petróleo e gás. Tais temas, que despertam anseios populares e geram capital político, tendem a incentivar posições antagônicas e agressivas – que podem impedir a solução amigável da controvérsia.

Como as mediações precisam ser resolvidas em curto prazo dentro da maior harmonia possível, o que aqui se defende é a suspensão provisória de sua publicidade, para que, imediatamente quando ela chegar ao fim, seja tornada pública em sua integralidade – e, assim, submetida ao escrutínio popular, jurídico, político e dos órgãos de controle. Quando muito, pode se tornar imediatamente pública a existência da mediação – a sua instalação, local e parâmetros de desenvolvimento, mas não o seu conteúdo e atos formais. Ao final (qualquer que seja a sua conclusão), reitere-se, tudo é levado à luz do dia.

Também o dever de confidencialidade atinge as partes cujos direitos e interesses serão objeto da mediação. Cada uma delas obedecerá ao feixe normativo que lhe é próprio, tornado específico pela disciplina jurídica que rege a relação jurídica levada ao mediador (lei, regulamento, estatuto, contrato, etc.), sempre pautadas pelos princípios da Constituição brasileira. Com efeito, não se poderia prestigiar a divulgação de dados que agridam a dignidade da pessoa do servidor público ou a liberdade de empresa do contratado ou parceiro privado. Dentro de certos limites, tais direitos fundamentais podem admitir mínima abdicação, mas o seu núcleo essencial é indisponível (sobretudo nas relações postas entre particulares e Estado).

III.3 A irretratabilidade de acordos público-privados nas mediações

Se se pudesse sintetizar em uma só frase a razão de ser da mediação, ela seria justamente o dever de realizar acordos que efetivamente componham os interesses postos em jogo. Por conseguinte, a transação decorrente da mediação é vinculante para as partes que a celebram e também em face de terceiros.

Bem vistas as coisas, essa característica é imanente a toda e qualquer tentativa de transposição de conflitos – seja por meio da autocomposição (transações, conciliações e mediações), seja por meio da heterocomposição (arbitragem e Poder Judiciário). Caso tais negócios jurídicos e/ou decisões heterônomas não sejam revestidas da irrevogabilidade e da irretratabilidade, não teriam qualquer razão de existir – e o direito não serviria para coisa alguma, eis que não preservaria a paz social, mas sim geraria sequência interminável de sucessivas incertezas.

Ora, quando a Administração Pública pratica ato administrativo negocial em que consigna expressamente que dele não se retratará nem o revogará, o que se tem é o exercício de competência discricionária exaustiva. Ela adere ao princípio da segurança jurídica e, com lastro na legalidade e na eficiência, assegura a eficácia do acordo. A Administração estará definitivamente vinculada em razão de tal ato – e somente eivada de extrema má-fé poderia tentar revogá-lo ou se retratar (o que implicaria sua responsabilidade).

Depois de assinado o termo de acordo na mediação, a discricionariedade futura é reduzida a zero, em decorrência de ato jurídico perfeito, válido e eficaz (sobretudo porque dele participou uma pessoa privada, que também aderiu à irretratabilidade e irrevogabilidade do pacto).

A mediação, portanto, não pode ser vista de outra forma: os seus termos são naturalmente irretratáveis e irrevogáveis. Tal como a arbitragem, as decisões negociais autocompositivas oriundas de processos de mediação precisam ser preservadas no tempo – independentemente da alteração futura da vontade das partes e/ou de seus sucessores e substitutos.

Somente em caso de nulidades absolutas, a mediação pode ser posta em discussão. Mas isso não é uma peculiaridade do acordo celebrado pelas partes em sede de mediação, mas de todo e qualquer ato jurídico – seja ele emanado pelas próprias partes, seja pelo tribunal arbitral, seja pelo Poder Judiciário.

Logo, o termo de composição oriundo de uma mediação da qual participaram a Administração Pública e um particular submete-se ao regime jurídico do *ato jurídico perfeito*, ao mesmo tempo em que instala *direito adquirido* à pessoa privada que dele participou. São garantias expressamente previstas na Constituição brasileira (art. 5º, inc. XXXVI).

O *ato jurídico perfeito* vem definido no art. 6º, § 1º, da LINDB: é o *negócio jurídico* celebrado nos termos da lei e, devido a esse motivo, apto a produzir os respectivos efeitos. O *direito adquirido* é regulado no artigo 6º, § 2º, da LINDB. Trata-se de direito subjetivo que resultou de um fato idôneo à sua produção, incorporando-se definitivamente ao patrimônio de seu titular, nos termos da lei sob cujo império ele foi produzido.

Observe-se que há dupla incidência das garantias ao mesmo negócio jurídico de acordo celebrado por meio do procedimento de mediação: o *direito adquirido* determina o respeito à autocomposição em sede de mediação que emana da lei (o plexo normativo que estimula e determina sua realização: Lei de Mediação; Lei Geral de Concessão; Leis de PPPs; Lei do RDC; CPC, regulamento setorial, contrato, etc.); já, o *ato jurídico perfeito* explicita o direito subjetivo advindo do negócio celebrado (o direito a vê-lo preservado e cumprido pelas partes contratantes). Logo, trata-se de duas ordens de *direitos fundamentais* que existem em favor das partes, os quais poderiam ser exigidos na via judicial.

III.4 Homologação judicial do acordo em procedimentos de mediação

Os acordos celebrados em sede de mediação não precisam ser homologados judicialmente para produzir seus efeitos. Como qualquer outro negócio jurídico elaborado nos termos da lei, eles geram efeitos imediatamente quando de sua celebração e, caso o seu cumprimento encontre resistência, podem ser levados à execução (título executivo extrajudicial).

Apenas se as partes o preferirem, o termo de acordo poderá ser levado a homologação judicial. Essa homologação revestirá a composição com a força normativa de uma sentença – que, se for o caso, também deverá se submeter à execução caso descumprida.

Assim é a previsão expressa da 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.

Em apenas uma hipótese a Lei de Mediação exige a homologação judicial, conforme previsto em seu art. 3º, § 2º: “O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”. Previsão que remete ao art. 698 do CPC:

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.

Isto é, trata-se de caso em que as partes transacionam sobre direitos de incapaz (nitidamente indisponível por aqueles que efetivam a transação). Aqui, o Ministério Público precisa atuar como *custus iuris*, a fim de conferir validade à transação – o que não se assemelha a casos de mediação com a Administração Pública, que tratam de autocomposição versando sobre direitos disponíveis e/ou transacionáveis.

Em suma, a homologação judicial é alternativa desnecessária à validade do negócio jurídico, colocada à livre escolha das partes. Porém quais seriam as vantagens e desvantagens advindas dessa homologação judicial?

Como vantagem, apenas revestirá de maior segurança o negócio jurídico celebrado – perante as partes e perante terceiros. Contudo, não impedirá o ajuizamento de eventual *querela nullitatis*, que busque anular a sentença homologatória em razão da nulidade do negócio jurídico que lhe deu origem. Caberá ação anulatória, que apenas terá um obstáculo processual a mais, mas os mesmos efeitos e impactos.

Como desvantagem, poderá gerar os efeitos de o juiz não reconhecer a validade do negócio (hipótese bastante remota, mas não impossível), seja autonomamente, seja depois de consultar o Ministério Público (desnecessário, mas de prática habitual). A toda evidência, ao Poder Judiciário é vedado se imiscuir nas razões da celebração do acordo (o seu “mérito”). Ele apenas poderá sindicat questões formais e avaliar a validade (ou não) de sua celebração (p. ex., competência da autoridade que o firmou). O que importa dizer que o termo de acordo ficará exposto a discussões imediatamente após o seu nascimento – as quais podem se submeter a cronologia nem sempre ágil. Aqui, a vantagem estará em se transpor judicialmente tais obstáculos; mas a desvantagem residirá na incerteza quanto à efetiva homologação do acordo – unida à exposição pública de sua discussão, neste momento político tão sensível.

A bem da verdade, é desnecessária – senão inútil – a homologação judicial do acordo em mediação levada a cabo com a participação da Administração Pública. Agride o princípio da eficiência, da autotutela e a própria competência normativamente atribuída aos agentes e órgãos públicos. Quando muito, revela a insegurança dos envolvidos – que legitimamente abdicam do Poder Judiciário para solucionar seus problemas, mas se mostram dele dependentes quando efetivamente os resolvem.

Por isso que não há qualquer motivo a determinar a sua homologação judicial da solução consensual da controvérsia. Mas também não há

proibição a que isso aconteça. Se as partes assim decidirem, estarão praticando ato válido, cuja homologação – que tem caráter declaratório, frise-se – apenas significará um reforço formal ao acordo celebrado.

IV. Considerações finais

Pretendeu-se por meio deste ensaio apresentar algumas pinceladas sobre temas fundamentais relativos à mediação envolvendo entes públicos, visando a contribuir para o estudo das formas de solução de controvérsias com a Administração Pública.

Os institutos da negociação, da conciliação, da mediação e da arbitragem têm a capacidade de aproximar as partes e gerar resultados compatíveis com as diretrizes constitucionais, inclusive com os princípios que regem a Administração Pública. A mediação, como método não-adversarial de solução de controvérsias, almeja maior cooperação na busca da melhor solução.

Além disto, a legislação é clara, ao impor a todos, inclusive à Administração Pública e aos advogados (públicos e privados) o dever de utilização da conciliação e da mediação. Embora a realização de transações pela Administração Pública não seja algo novo, a utilização de institutos como a conciliação, a mediação e a arbitragem ainda é recente. É preciso que nos esforcemos em compreendê-los e aplica-los, vencendo as barreiras dos preconceitos.

Afinal, caso se alcance a transação amigável por meio da mediação, todos ganham: diretamente, a Administração e a outra parte interessada; indiretamente, o Fisco, o Judiciário e aqueles que efetivamente precisam a ele recorrer (eis que diminuirá o volume de processos). Como se não bastassem tais ganhos, atinge-se de modo célere o escopo primário do próprio Direito, que é a paz social. Em outras palavras, o interesse público é o grande vencedor, sob todos os ângulos.

Curitiba, outubro de 2017.

V. Referências bibliográficas

BARBOSA, Mafalda Castanheira Neves de Miranda. “A recusa de conformação do jurídico pelo económico”, in L. P. CUNHA, J. M.

QUELHAS e T. ALMEIDA (orgs.), *Boletim de Ciências Económicas: Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, vol. LVII, t. I, Coimbra: Univ. de Coimbra, 2014.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação – conciliação – resolução CNJ 125/2010*. 6ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Minissistema Brasileiro de Justiça Consensual: compatibilidades e incompatibilidades. *Revista Publicações da Escola da AGU*. Belo Horizonte: Fórum, n. 3, jan./mar. 2016. Disponível em http://bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=243024&p=1667. Acesso em 21/7/2017.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade*, 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

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.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa”, *Revista de Direito Administrativo* 231/154. Rio de Janeiro: FGV, 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108>. Acesso em 19/09/2017.

MOREIRA, Egon Bockmann. “Atos administrativos negociais”, in A. WALD, M. JUSTEN FILHO e C. A. G. PEREIRA (orgs.), *O Direito Administrativo na Atualidade*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais, a Lei 9.781/1999 e o Código de Processo Civil/2015*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. “Formas consensuais de composição de conflitos para a exploração de ferrovias.” *Revista de Direito Administrativo* 253/126. Rio de Janeiro: FGV, 2010. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8049/6838>.
Acesso em 28 de outubro de 2017.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios Consensuais de Solução de Conflitos Envolvendo Entes Públicos*: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VENTURI, Elton. “Transação de Direitos Indisponíveis?”, *Revista de Processo* 251/391-426. São Paulo: Ed. RT, 2016.