

**Mediação na  
Administração Pública Brasileira**

# **Mediação na Administração Pública Brasileira**

O DESENHO INSTITUCIONAL E PROCEDIMENTAL

2018

Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johonsom di Salvo

MEDIAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA  
O DESENHO INSTITUCIONAL E PROCEDIMENTAL

© Almedina, 2018

AUTOR: Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johansom di Salvo

DIAGRAMAÇÃO: Almedina

DESIGN DE CAPA: FBA

ISBN: 9788584932757

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Salvo, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johansom di  
Mediação na administração pública brasileira : o  
desenho institucional e procedimental / Sílvia Helena  
Picarelli Gonçalves Johansom di Salvo. -- São Paulo :  
Almedina, 2018.

Bibliografia.

ISBN 978-85-8493-275-7

1. Administração pública
2. Administração pública - Brasil
3. Arbitragem
4. Conciliação
5. Direito administrativo
6. Mediação
7. Solução de conflitos (Direito) I. Título.

18-14805

CDU-354.81

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Administração pública 354.81

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

Aviso: O presente trabalho não representa parecer legal ou a opinião de Pinheiro Neto Advogados sobre o assunto tratado, mas apenas de seu autor, para fins acadêmicos.

Este livro segue as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (1990).

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro, protegido por copyright, pode ser reproduzida, armazenada ou transmitida de alguma forma ou por algum meio, seja eletrônico ou mecânico, inclusive fotocópia, gravação ou qualquer sistema de armazenagem de informações, sem a permissão expressa e por escrito da editora.

Abril, 2018

EDITORA: Almedina Brasil

Rua José Maria Lisboa, 860, Conj.131 e 132, Jardim Paulista | 01423-001 São Paulo | Brasil

editora@almedina.com.br

www.almedina.com.br

Em verdade, imprimir caráter sigiloso ao *caucus* em processos mediativos de conflitos na Administração Pública gera desconfiança do próprio propósito do *caucus*, podendo-se chegar ao ponto de proibir as sessões separadas com cada parte. Assim, a publicidade, na dose correta, é desejável, pois “qualquer forma de mediação na qual realizar *caucus* é proibido ou obrigatório destitui o processo de flexibilidade e de ferramentas essenciais para empoderamento, entendimento e a eficiente resolução do conflito”.<sup>155</sup>

#### 2.2.4 O acordo na mediação de conflitos na Administração Pública

A transação é reconhecida como forma de autocomposição de conflitos pela qual as partes se ajustam fazendo concessões sobre o que porventura pudessem vir a ter direito. Positivada, a transação encontra previsão no artigo 840 do Código Civil brasileiro de 2002, sendo, portanto, reconhecida como um instituto civilista.

Ainda que de natureza privada, a transação como negócio jurídico é um instrumento que pode ser empregado pela Administração Pública, como forma de pôr fim aos seus conflitos, sendo um fim adequado após passar por um processo mediativo.

No entanto, é bem verdade que o emprego da transação pela Administração Pública – assim como todos os outros mecanismos que importam de alguma forma num exercício de paridade e consensualidade – encontra opositores que justificam sua posição na equiparação da indisponibilidade do interesse público com direitos indisponíveis (intransigíveis); logo, sendo o interesse público indisponível, todo e qualquer direito emanado dele também o é, de forma a ser intransigível.

Ao se atrelar a noção de transação à concessão de direitos, não é incomum que se encontre quem associe a transação a uma ideia de disposição, de perda de direitos. Assim, quando colocada no contexto do regime administrativo, a transação parece sabor pouco agradável ao paladar do interesse público: a Administração Pública é tutora de uma miríade de direitos enfeixada no

<sup>155</sup> Tradução nossa. HOFFMAN, D. Mediation and the art of shuttle diplomacy. *Negotiation Journal*, July 2011. p. 305.

“interesse público” e o interesse público é indisponível e tem primazia sobre os interesses privados, certo?

Esse argumento comporta um raciocínio bastante equivocado. Primeiro, identifica o “interesse público” com a figura de quem o titulariza. O que desvirtua a concepção finalística do interesse público, pois permite afirmar que, toda vez que a Administração Pública age ou se pronuncia, coincide com o agir ou o pronunciamento do que é público e, portanto, inatingível ou inquestionável se torna. Significa levar a supremacia do interesse público sobre o privado a um patamar nocivamente maniqueísta.

E é também arriscado associar o direito do Estado à rejeição do privado, porque a antítese entre interesse público e interesse privado é, nesse caso, muito abstrata e artificial. Dizer que o interesse público é oposto ao privado, e que o regime privado é o do egoísmo enquanto o administrativo é o da solidariedade, pode parecer bonito, pode servir às tiradas de estilo do “jurista cordial”, pode até ser correto em certos casos, mas é vago, além de falso como regra geral.

Em suma, a não ser para os militares estatistas e antiliberais, não se justifica no Brasil a obsessão de que o direito do Estado só pode ser compreendido como algo oposto ao privado.<sup>156</sup>

Na lição de Justen Filho, ainda, “Em síntese, a titularidade pelo Estado representa, quando muito, um indício de ser público o interesse, mas esse indício conduz, como não poderia deixar de ser, a uma presunção relativa”.<sup>157</sup>

Em segundo lugar, o argumento explora a “indisponibilidade do interesse público” partindo-se da ideia de que todo o interesse público é indisponível. Associa tudo o que direta ou indiretamente diz respeito ao Estado à ideia de indisponibilidade. E, assim, tem-se por inviável qualquer espécie de ato de disposição de direitos que advenha da Administração Pública.

Aceitar este argumento é ceder a uma aporia.

<sup>156</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 144.

<sup>157</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, Malheiros, n. 26, p. 115-136, 1999, p. 118.

Admitir-se que todo interesse público é indisponível é negar a própria existência da contratualização administrativa<sup>158</sup> e assumir a predominância de uma vertente autoritária e centralizadora da Administração Pública.

Se fosse impossível dispor sobre o conteúdo de encerramento de uma controvérsia, mais ainda seria impossível convencionar de início sobre os próprios direitos e obrigações, objetos da controvérsia que se pretende ver resolvida.

A indisponibilidade do interesse público não reside na manifestação estatal enquanto contratante junto aos particulares, quando trata de direitos patrimoniais.

A indisponibilidade do interesse público aparece como um norte para a Administração Pública, nas escorreatas observância e aplicação de leis, normas e princípios, enquanto pratica atos de gestão, ou seja, enquanto titulariza o interesse secundário para envidar obrigações de cunho meramente patrimonial junto aos particulares.

A partir do fenômeno da globalização,<sup>159</sup> as sociedades perderam as amarras impostas pelos limites geográficos de seus Estados-nação. As relações econômico-sociais se intensificaram, requisitando novos modelos de gestão para esta nova sociedade, a aldeia global.<sup>160</sup>

Encampado pela ideia de encurtamento de distâncias e quebra de fronteiras, o Direito Administrativo também sofreu alterações de referências em seus modelos teóricos. Fala-se, assim, da existência de um *Direito Administrativo*

<sup>158</sup> Para Oliveira, “[...] parece ser pertinente apontar a existência de um módulo consensual da Administração Pública, como gênero que abrange todos os ajustes negociais e pré-negociais, formais e informais, vinculantes e não vinculantes, tais como os protocolos de intenção, protocolos administrativos, os acordos administrativos, os contratos administrativos, os convênios, os consórcios públicos, os contratos de gestão, os contratos de parceria público-privada, entre outras figuras de base consensual passíveis de serem empregadas pela Administração Pública brasileira na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins.” (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *A administração consensual...* Op. cit., p. 228).

<sup>159</sup> “Assim, em síntese, passando ao plano estritamente jurídico, enquanto na ideia central de mundialização existe uma aspiração ideal à unificação da ordem jurídica, na de globalização, ao revés, descreve-se uma situação real, que é a proliferação planetária de ordens jurídicas de toda natureza: estatais, infraestatais, interestatais, sobre-estatais e, mais recentemente, a que aqui se estuda, as transestatais.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Transadministrativismo: uma apresentação*. RDA – Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 267, p. 67-83, set./dez. 2014, p. 70).

<sup>160</sup> Conceito cunhado pelo filósofo canadense Herbert Marshall McLuhan para retratar a crescente interdependência de trocas tecnológicas e informacionais.

global, pelo qual instituições de Direito Administrativo buscam uma padronização global ainda que inseridas em regimes jurídicos nacionais distintos. Auby expõe de forma sintética as bases teóricas desse modelo, da seguinte forma:

Os fundamentos da teoria do Direito Administrativo global podem ser resumidos da seguinte forma. A partir da ideia de que há entidades administrativas globais (1<sup>o</sup>), a teoria tenta descrever sua fisionomia particular (2<sup>o</sup>) e mecanismos originais pelos quais estas entidades se articulam com o aparelho administrativo nacional (3<sup>o</sup>). Ela finalmente demonstra que as instituições administrativas globais frequentemente dispõem de mecanismos de controle ou recursos, que não são diferentes dos quais os Direitos Administrativos nacionais conhecem (4<sup>o</sup>).<sup>161</sup>

As transformações no modelo de Estado, impingidas por uma nova ideia de função estatal<sup>162</sup> inspirada na consensualidade e flexibilidade, demandam releitura da concepção tradicional da indisponibilidade do interesse público. Tal medida impacta nos meios pelos quais o Poder Público poderá solucionar as controvérsias nas quais se envolve.

<sup>161</sup> Tradução nossa. AUBY, Jean-Bernard. *La théorie du Droit Administratif global: brève présentation critique*. Troisième session du Séminaire "Droit Administratif Comparé, Européen et Global". Disponível em: <<http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/jba.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

<sup>162</sup> "Ficara evidente que a nova missão do Estado já não poderia mais se restringir tautologicamente à simples legalidade – ou seja, criar a lei e aplicá-la – mas tornar-se plenamente referida à realização dos valores fundantes e permanentes da sociedade que lhe são imanentes (e não apenas àqueles conjunturalmente impostos por governantes ou por eventuais maiorias plebiscitárias), ou seja, passando a estar referida à juridicidade: como a missão de sustentar o Direito. Ora, a síntese desses valores, objeto do Direito, nada mais é que a justiça, que, por não se esgotar na legalidade de um ordenamento jurídico imposto pelo Estado, necessitará sempre, para que se a realize, da permanente inspiração, renovação e transcendência da legitimidade e da licitude, pois que têm, ambas, a sua fonte no cadinho das vivências sociais. Eis porque a resposta institucional compatível com a nova configuração funcional dos Estados Democráticos de Direito – portanto, os Estados de Juridicidade – deve necessariamente resultar da adoção de renovados institutos constitucionais que passem a refletir uma cada vez mais estreita, intensa, complexa e pluralizada colaboração da sociedade com o Estado." (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Para a compreensão do Direito Pós-Moderno. Op. cit.).

No início do século XX, o realismo jurídico criticou o nível de abstração com base no qual operava o método langdelliano: os princípios eram tão abstratos, que poderiam, ao invés de esclarecer, confundir os estudiosos. Era necessária alguma sensibilidade ao contexto econômico e social. Contudo, a partir do início dos anos 1970, com a popularização do movimento da análise econômica do direito por Richard Posner, tal sensibilidade ao contexto, que ainda era afirmada de modo genérico pelos realistas, subiu outro degrau na escala de concretude: cidadãos e juízes agem conforme à racionalidade instrumental. Eles são maximizadores de suas posições relativas em relação uns aos outros; calculam os custos e os benefícios de diferentes cursos de ação (mesmo quando tais cursos de ação envolvam agir de modo ilegal).<sup>163</sup>

No Brasil, a nova postura de Administração Pública consciente de sua instrumentalidade para a consecução de suas finalidades foi bem pontuada com o advento da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, que consagrou a eficiência como um dos vetores da atuação da Administração Pública.

O princípio da eficiência foi então insculpido no artigo 37, inciso I, da Constituição Federal. Aplicado à atuação processual administrativa, combina com a razoável duração do processo, inserta no artigo 5º, LXXVIII, para assegurar meios que garantam a celeridade da tramitação processual.

A eficiência administrativa garante a efetividade do processo em que a Administração Pública é parte, seja ele judicial ou administrativo, o que por sua vez colabora para o acesso à justiça.

A garantia fundamental do acesso à justiça, apesar de seu elevado grau de generalidade, indeterminação e incompletude normativa, traduz a plena exigibilidade das normas constitucionais. Essa garantia fundamental busca estabelecer instrumentos à plena efetividade do texto constitucional, ao impingir ao Estado-Juiz, à Administração Pública e

<sup>163</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do Direito Administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, jan./abr. 2014, p. 188.



ao Poder Legislativo não apenas um dever de observância, mas também um atuante dever de proteção, seja pela reinterpretação de clássicos institutos processuais, seja pela instituição de técnicas diferenciadas, ou simplesmente pela admissão de novas demandas.<sup>164</sup>

Se anteriormente a Administração Pública amparava suas ações em torno de um pretense interesse público, sem que a eficácia de seus atos fosse colocada à prova por meio da avaliação de resultados, hoje, o interesse público passa a ser aferido com base na eficiência administrativa.

Assim, novas diretrizes para as técnicas procedimentais levam, portanto, a uma releitura da indisponibilidade do interesse público, que conduz a Administração Pública a adotar outros meios para a solução de conflitos, considerando a transação como alternativa eficiente e legítima.

Na precisa lição de Dallari,

Ao optar pela solução amigável, a Administração Pública não está necessariamente transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita ou um meio mais hábil para a defesa do interesse público.

O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública. Não há interesse público legítimo ao se procrastinarem pagamentos efetivamente devidos, pois o interesse público está na correta aplicação da lei, de acordo com a melhor interpretação possível diante do caso concreto, em benefício da coletividade, dos cidadãos integrantes da coletividade.<sup>165</sup>

Na mesma esteira é o entendimento de Grau, que, ao ponderar sobre a medida do interesse público como sendo a legalidade, brinda-nos com o feliz exemplo de “se realizar o interesse público na omissão, pela Administração,

<sup>164</sup> BRASIL JR, S.; CASTELLO, J. J. B. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas. In: GRINOVER, A. P., WATANABE, K. (Coords.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 467.

<sup>165</sup> DALLARI, Adilson de Abreu. Viabilidade da transação entre o Poder Público e o particular. *Revista Interesse Público*, n. 13, p. 11-24, 2002, p. 16.

do uso de recursos judiciais meramente protelatórios, que se prestam unicamente a retardar, em benefício exclusivo do interesse da Administração, secundário, o cumprimento de suas obrigações".<sup>166</sup>

Badin,<sup>167</sup> ao tratar da autorização legal dada ao CADE pela Lei federal n. 8.884/1994 para transacionar em processos relativos a infrações contra a ordem econômica, pondera que "Não passou despercebido ao legislador que o princípio da indisponibilidade do interesse público autoriza a celebração de acordos processuais, uma vez constatado que de sua não celebração pode resultar o risco de perecimento ou de pouca eficácia da tutela".

Sobre as vantagens da transação, pontua que,

Evidentemente, a solução negociada é superior à solução imposta, na medida em que elimina os custos associados à implementação, antecipando à sociedade os benefícios da tutela legal. Com efeito, muitas vezes a solução negociada dos processos administrativos que visam à aplicação da Lei n. 8.884/94, na medida em que obvia os custos e riscos inerentes à morosidade do trâmite judicial, pode se afigurar como uma alternativa para a implementação eficaz da política de defesa da concorrência.<sup>168</sup>

Conforme relatado, há uma mudança de paradigma da Administração Pública – para uma Administração paritária, na qual se privilegia o encontro de interesses através da cessão de determinadas prerrogativas estatais, sem que isso impacte na persecução do interesse público.

A transação administrativa representa uma estratégia de negociação por meio da qual as partes envolvidas na relação jurídica administrativa controvertida, mediante concessões recíprocas, previnem ou terminam litígio. Assim, para ocorrer a transação é essencial a existência de

<sup>166</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 308.

<sup>167</sup> BADIN, Arthur. Conselho Administrativo de Defesa Econômica: CADE: a transação judicial como instrumento de concretização do interesse público. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, n. 252, p. 189-217, set./dez. 2009, p. 195.

<sup>168</sup> BADIN, Arthur. *Op. cit.*

uma relação jurídica controvertida, na qual a solução é estabelecida pelas próprias partes, devendo resultar, não da vontade unilateral, mas da vontade das partes litigantes de estabelecerem, de comum acordo, a solução para o conflito.<sup>169</sup>

Assim, a opção de transacionar não é privilegiar o regime de Direito Privado em detrimento do Público ou fazer concessões em prol de interesses egoísticos. Mas sim garantir a aproximação de interesses, ao passo que defendendo os interesses públicos. Não há violação ao interesse público em fazer acordos, como forma mais expedita, técnica e menos onerosa para a resolução de conflitos.

De um modo geral é possível afirmar que os interesses estatais (direitos) que podem ser objeto de contratos também são passíveis, em caso de conflitos, de solução amigável. Deveras, quando firma um contrato qualquer, a Administração está assumindo um determinado ônus, com a perspectiva de receber a contrapartida estipulada. Nesse caso, algum direito de caráter patrimonial daquela entidade está sendo negociado; por isso há de ser considerado, para efeito de aplicação da transação, um direito disponível da entidade estatal, ou seja, um direito negociável.<sup>170</sup>

A possibilidade de acordo para a Administração Pública na mediação não pode se fundamentar numa análise simplista e rasamente principiológica, num aferimento – quase que métrico – da disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.

A transmutação do interesse de privado em público não deriva de um imperativo meramente técnico, mas de imposições éticas. [...] Modernamente, o conceito de interesse público não se constrói a partir da

<sup>169</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. Op. cit., p. 18.

<sup>170</sup> SUNDFELD, C. A.; CÂMARA, J. A. Acordos na execução contra a Fazenda Pública. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, n. 23, ago./set./out., 2010. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-23-agosto-2010-carlos-ari-jacinto-arruda.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017, p. 5.

impossibilidade técnica de os particulares satisfazerem determinados interesses individuais, mas pela afirmação da impossibilidade ética de deixar de atendê-los. Até se pode admitir que o Estado restrinja sua atuação na satisfação do interesse público. Mas a desestatização não significa a despublicização. A utilização de técnicas mais eficientes não autoriza a transformação do público em privado. O conceito de interesse público é permeado por caracteres éticos dessa ordem.<sup>171</sup>

O princípio da legalidade administrativa, ainda, é considerado também um impeditivo para o acordo consensual na Administração Pública.

Moessa retrata o suposto impedimento trazido pelo princípio da legalidade e o desconstrói, ainda segundo sua experiência de atuação no âmbito da CCAF:

Pretende-se extrair do princípio da legalidade a consequência de que o ordenamento jurídico não deixa nenhum espaço para a negociação no momento de aplicação da lei ao caso concreto. Ora, não é necessário sequer ter conhecimentos jurídicos especializados para saber das múltiplas interpretações possíveis acerca de cada norma, a depender do assunto envolvido – sem mencionar as eventuais dificuldades de identificar qual a norma efetivamente aplicável. É fato notório e frequente (embora evidentemente indesejável) a presença de lacunas e contradições em nossa ordem jurídica, nem todas solucionáveis pelos critérios hierárquico, temporal e de especialidade. A isto pode se acrescentar o fenômeno ineliminável da colisão entre direitos fundamentais, da qual decorre a potencial colisão entre políticas públicas. Forneço exemplos: pense-se na presença de recursos minerais estratégicos e valiosos em terras indígenas ou territórios quilombolas. Ora, a Constituição Federal assegura, a um só tempo, o reconhecimento de territórios a tais comunidades, e o interesse público na exploração de nossos recursos minerais. Pense-se ainda na coincidência geográfica parcial (e tais exemplos não são exercícios de imaginação, mas sim extraídos de minha atuação como Conciliadora na Câmara

<sup>171</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público... Op. cit., p. 124.

de Conciliação e Arbitragem da Advocacia-Geral da União em 2010 e 2011) entre territórios de populações remanescentes de quilombos e os limites de unidades de conservação, cuja proteção também é um mandamento constitucional. O potencial de conflitos é imenso – e o recurso à legalidade pura e simples não fornece nenhuma solução. É preciso encontrar maneiras criativas de compatibilizar tais direitos fundamentais e as políticas públicas que devem garanti-los. Para este fim, a verificação das normas jurídicas aplicáveis ao caso é apenas o ponto de partida da negociação, a moldura que lhe traça os limites. Por tal razão, todos os acordos envolvendo o Poder Público devem ser devidamente fundamentados, já que os atos administrativos (e aí se inclui a autorização de acordos, mesmo em juízo) se sujeitam a controle interno e externo de juridicidade. Tal fundamentação deve ser fática e jurídica, de modo a deixar claro porque uma determinada solução é o caminho mais adequado para resolver o conflito, sob o ponto de vista da legalidade, da economicidade e todos os demais parâmetros que devem reger a atuação de entes públicos.<sup>172</sup>

Ademais, não se defende o posicionamento de que a Administração Pública dependa de lei específica autorizativa prévia, o que parece uma aplicação absolutamente positivista do princípio da legalidade administrativa, que sobremaneira não está em linha com o consensualismo, pois “a consensualidade na prática do direito administrativo assume evidente viés pragmático, voltado à resolução de casos concretos, com negociação de prerrogativas públicas para alcançar a resposta mais eficiente”.<sup>173</sup>

<sup>172</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas**. Organização Igor Lima Goettenauer de Oliveira. Brasília: FUB, 2014. Disponível em: <<http://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2015/11/Resolucao-Consensual-de-Politiclas-Publicas.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017, p. 64-65.

<sup>173</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 267.

agir unilateralmente. Partes num esforço de construção de consenso precisam ter uma relação de interdependência. O que não significa que elas precisam deter poder igual. Pelo contrário, isto significa que cada lado tem que ter ao menos algum poder de alavancagem que possa ser utilizado, se necessário, em detrimento do outro lado. Tal poder pode ser não mais do que o poder de retardar o processo, mas mesmo este poder diminuto de alavancagem pode criar interdependência.<sup>209</sup>

Que os atos dos entes da Administração Pública estão vinculados à própria finalidade destes entes é evidente. Assim, a maneira de mitigar o risco da captura na mediação é o equilíbrio de poderes e o tratamento igualitário às partes do conflito.

#### 2.3.4 Operacionalização do acordo na mediação de conflitos na Administração Pública

Superadas as premissas que rejeitam a possibilidade de se firmar acordo no âmbito de um processo de mediação, premissas essas resistentes à ideia do consensualismo que inaugura nova era no Direito Administrativo, faz-se necessário desenhar os parâmetros para o acordo, bem como para a efetiva implementação desse acordo.

Como marca da consensualidade inerente à mediação, um dos objetivos almejados<sup>210</sup> pelas partes que a ela se submetem é de que cheguem a um consenso quanto ao término do conflito.

<sup>209</sup> Tradução nossa. SUSSKIND, L.; CRUIKSHANK, J. *Breaking the Impasse*. Op. cit., p. 190.

<sup>210</sup> "Aqui temos de enfrentar um desafio interno central como mediadores – não medir o sucesso da mediação ou o nosso sucesso como um mediador pelo fato de que as partes cheguem ou não a um acordo. Isto é particularmente difícil quando grande parte do mundo exterior quer este teste externo de competência. Há problemas o uso desse teste que podem comprometer o sucesso da mediação. Nossa visão é que as partes cheguem ou não a um acordo não é necessariamente uma declaração sobre a qualidade da mediação. Para nós, o sucesso não é alcançado quando os acordos não são sólidos ou produto de um processo de decisão conjunta. Muitos casos nos quais os mediadores podem se sentir bem a respeito são aqueles em que as partes não atingem o acordo, mas houve uma troca autêntica que representou um movimento importante entre as partes. E, para as partes, chegar a um acordo não é o único fator significativo. É como elas atingiram o acordo, se atingiram, que permanece com elas,

O consenso pode requerer combinar ou sintetizar opções aceitáveis, ligando-se ou alternando-se soluções, ou mesmo concordando-se com o abandono de um dos itens de negociação, tudo isso com vistas a se chegar a um *acordo possível*.

A mediação não busca a solução ideal, mas a solução possível, ou seja, aquela que as partes sejam capazes de implementar e seguir. A solução não pode ser *contra legem*, mas, muitas vezes, a solução encontrada após a mediação não é aquela consentânea com a letra fria da lei, que seria dada pelo juiz togado ou mesmo pelo árbitro. Isso porque leva em conta a realidade contextual em que se inserem as partes diretamente envolvidas no conflito.

Não obstante seja inegável o impacto da utilização dos meios consensuais na redução do prazo para solução da controvérsia, é oportuno salientar também, desde logo, que uma das maiores vantagens de se viabilizar o caminho consensual é o fato de permitir que as partes envolvidas construam uma solução efetivamente compatível com seus legítimos interesses e necessidades – a qual, se pode (e algumas vezes, deve, como no caso dos conflitos envolvendo entes públicos) ter em conta parâmetros jurídicos, propicia, além de uma criativa interpretação conjunta da norma, que sejam levados em conta também outros interesses legítimos que as normas jurídicas aplicáveis eventualmente não foram capazes de captar.<sup>211</sup>

A ideia de *acordo possível* pode transmitir alguns significados, relativos às concessões que as partes podem fazer. Pode-se vislumbrar inicialmente a hipótese de que não haja concessões mútuas, prevalecendo o entendimento de uma das partes. Por outro lado – e o mais comum – podem haver concessões de parte a parte, por meio da distribuição de ônus e de bônus, como forma de se chegar a um exequível denominador comum.

e o que ocorreu entre elas, se não atingiram o acordo." Tradução nossa. FRIEDMAN, G.; HIMMELSTEIN, J. Op. cit., p. 271-272.

<sup>211</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos*. Op. cit., p. 44.

### 2.3.4.1 Os parâmetros para os acordos em conflitos na Administração Pública

O uso de parâmetros legais para o acordo com a Administração Pública versa, na verdade, sobre a matéria objeto do acordo, e não propriamente sobre a possibilidade ou não de se fazer o acordo, a menos que norma expressamente indique o contrário.

A transação pela Administração Pública depende, na verdade, de uma análise sistemática do Direito Administrativo positivado, para que se separem situações que ensejariam ofensas à ordem pública daquelas cujo manejo de objeto e forma indica maior vantajosidade e eficiência.

Se o princípio da eficiência determina a persecução otimizada do bem comum, em inúmeras situações, essa busca da melhor solução pode ser obtida mediante a transação.

Isso não significa que, em prol da eficiência, a Administração possa abandonar a legalidade, mas é verdade que a aplicação genérica, mecânica e desalinhada da lei, no caso concreto, possa ser afastada. Nesse sentido, é a própria legalidade que dá instrumentos para o vetor eficiência ser acatado como princípio reitor da atuação administrativa. A legalidade, como princípio da Administração Pública, condiciona o administrador em todas as suas atividades, assim, mesmo a decisão de contratar e o próprio conteúdo do contrato administrativo, devem encontrar fundamento legal.<sup>212</sup>

Assim, adotando-se o parâmetro legal atinente à matéria de fundo do acordo, na transação pela Administração Pública pode-se eleger a técnica de “*Zone of Possible Agreement*”<sup>213</sup> (ou “ZOPA”), um conceito derivado de negociação largamente empregado na etapa de confecção do acordo em mediação, que designa o inter-relacionamento de interesses entre as partes. “A ZOPA,

<sup>212</sup> BATISTA JÚNIOR, O. A.; CAMPOS, S. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. FA – Fórum Administrativo, Belo Horizonte, v. 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014, p. 37.

<sup>213</sup> O conceito foi cunhado por Howard Raiffa: RAIFFA, Howard. *The Art and Science of Negotiation*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.



ou zona do possível acordo [...] é a área ou a extensão na qual um acordo satisfatório a ambas as partes pode ocorrer. Posta de outra forma, é o conjunto de acordos que potencialmente satisfaz ambas as partes.”<sup>214</sup>

A aplicação da técnica de ZOPA para o entabulamento de acordos pela Administração Pública consiste na delimitação de alternativas possíveis dentro do arcabouço legal a que se circunscreve a Administração Pública. Significa dizer que a Administração Pública deve ter liberdade para construir sua margem de acordo, explorando alternativas, ainda que tenha de demonstrar a viabilidade legal e a vantajosidade de cada uma delas para a resolução daquele conflito.

Ponderando sobre o tema, Souza preleciona que

Não é possível, porém, ignorar o papel dos parâmetros legais na construção do acordo, em primeiro lugar para verificar se os direitos envolvidos são ou não disponíveis, a fim de se entender os limites jurídicos de um possível acordo.

Feito esse enquadramento, quando se tratar de caso de direitos disponíveis, os critérios jurídicos podem ou não ser tomados em consideração na construção do acordo, total ou parcialmente, isoladamente ou em conjunto com outros critérios que as partes reputem relevantes. [...]

No que concerne aos conflitos que envolvem direitos indisponíveis, a situação é um pouco diversa. Enquanto, com relação aos direitos disponíveis, a liberdade das partes para levar em conta os critérios legais é absoluta (é perfeitamente possível, por exemplo, que a parte credora de uma indenização por danos materiais, a ela renuncie parcialmente ou por inteiro, levando em conta outros parâmetros que são por ela considerados relevantes, que não os parâmetros legais), quando se trata de direitos indisponíveis, os parâmetros legais necessariamente devem ser levados em conta na construção do acordo.<sup>215</sup>

<sup>214</sup> Tradução nossa. WHEELER, Michael. *Negotiation*. Boston: Harvard Business School Press, 2003, p. 24.

<sup>215</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais...* Op. cit., p. 71.

Como exemplo de limite prático para a transação, pode-se mencionar a interpretação ao tratamento do instrumento de Compromisso de Ajustamento de Conduta, dada por Milaré, Setzer e Castanho, que pontuam que

os órgãos públicos legitimados não poderão abrir mão do bem difuso tutelado, dada sua natureza indisponível. Admite-se convenção apenas no tocante à forma de cumprimento das obrigações (condições de modo, tempo, lugar etc.), em atenção às peculiaridades do caso concreto, e tendo em conta a capacidade econômica do infrator e o interesse da sociedade.

Assim, a um só tempo, o Compromisso de Ajustamento de Conduta assegura à coletividade a recuperação integral do dano, e, ao interessado, condições que lhe permitam cumprir as obrigações dentro de suas possibilidades.<sup>216</sup>

Portanto, Administração Pública não está adstrita a uma construção binária, simplista – ou mesmo a uma não-construção –, que a lei lhe coloca para a solução de seu litígio. É possível que a Administração Pública construa sua ZOPA, dentro de limites de acordo que passam por uma apuração da eficiência e vantajosidade de alternativas que a análise sistêmica da normatividade que rege a Administração Pública lhe confere, sem que isso importe em ofensa à ordem pública ou ao princípio da legalidade.

#### 2.3.4.2 Implementação do acordo quando possível e garantias à sua efetividade

A chegada a um acordo na mediação não é a única métrica de sucesso de determinado procedimento mediativo. É muito possível que as partes, embora não cheguem a um consenso ao final do processo mediativo, tenham conquistado a capacidade de diálogo e melhorado o relacionamento que entretêm uma com a outra, visando a uma continuidade de entendimentos.

<sup>216</sup> MILARÉ, E.; SETZER, J.; CASTANHO, R. O compromisso de ajustamento de conduta e o fundo de defesa de direitos difusos: relação entre os instrumentos alternativos de defesa ambiental da Lei 7.347/1985. *Revista de Direito Ambiental*, v. 10, n. 38, p. 9-22, abr./jun. 2005.

Porém, é inegável que as partes iniciam a mediação com uma expectativa real de chegada a um acordo. Assim, após as fases de exposição de interesses e geração de opções,<sup>217</sup> é legítimo que as partes estejam capacitadas – tanto emocionalmente quando em termos de competência funcional e material<sup>218</sup> – a estruturar um acordo.

No que atine a acordos em mediação de conflitos da Administração Pública, há elementos necessários a serem observados para a garantia da efetividade do acordo – para além do consenso entre todas as partes chave na disputa.

A concessão de publicidade ao acordo confeccionado garante a transparência de todo o processo de negociação facilitada e tomada de decisões na mediação, como forma de legitimação do instituto e dos resultados dele derivados. Moessa<sup>219</sup> exemplifica formatos de publicidade do acordo na es-

<sup>217</sup> “Opções geralmente tomam uma de duas formas. Na primeira, as partes desenvolvem um número de opções para cada uma das principais questões que identificam em suas discussões. O neutro então encoraja-as a produzir tantas mais alternativas para cada questão quantas forem possíveis. Gerar múltiplas opções ajuda as partes a romper com a rígida aderência à sua solução favorita. No próximo passo, quando as partes começam a procurar acordos, elas revisam todas as opções que foram desenvolvidas para cada questão e selecionam a alternativa mais desejável. A segunda abordagem é as partes desenvolverem várias propostas abrangentes que endereçam todas as questões principais. A vantagem dessa abordagem é que as partes podem criar diferentes combinações de opções que avaliarão na próxima fase, atingindo acordos. Essa forma funciona melhor quando as questões não são numerosas e complexas.” Tradução nossa. CARPENTER, S. L.; KENNEDY, W. J. D. Op. cit., p. 136.

<sup>218</sup> Susan Podziba narra sua experiência na fase de fechamento do acordo em mediações de conflitos públicos, dando relevo não somente à ação, mas à sensação das partes durante esta fase: “Se você estivesse na sala durante a marcha para o encerramento do conflito, você iria ver-me continuamente checando o nível de conforto de cada pessoa na mesa de negociações e buscando encontrar novos pensamentos. Você me encontraria agindo para deixar as pessoas à vontade e pausando para dar espaço ao pensamento e reflexão. Você se sentiria tenso porém seguro. Você quereria que o processo funcionasse. Imagino esse momento como uma série de ideias com espaços entre elas. Parece algo como peças que querem se encaixar mas não têm um formato tão perfeito – ainda. E elas não podem se encaixar se mais peças não forem incluídas. Um pouco mais de peças precisam ser refinadas ou esculpidas para compor as questões finais. Alguns casos terminam sem acordos, mas para aqueles que assim terminam, quando torna-se evidente que todas as peças finalmente se encaixam, eu coloco a questão: há algum dissenso em chegar num consenso final sobre todas essas questões? No silêncio que se segue, as pessoas percebem seu sucesso e rompem em aplauso. Eu gravo esse momento de encerramento para o sumário do último encontro.” Tradução nossa. PODZIBA, Susan L. *Civic Fusion: mediating polarized public disputes*. [S.l.]: ABA Publishing, 2012, p. 210.

<sup>219</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais...* Op. cit., p. 255.

fera administrativa, como “publicação de extrato de seu conteúdo em sítios eletrônicos dos órgãos envolvidos e/ou jornais oficiais”.

Outro elemento essencial para o acordo é que as pessoas (físicas ou jurídicas) competentes para a celebração do acordo participem da celebração daqueles derivados de conflitos da Administração Pública.

Este requisito vai além da identificação dos *key players* do conflito e de se assegurar que um habilitado porta-voz esteja na mesa de negociações:

Não se pode jamais deixar de ter em conta que a fase de implementação do acordo, normalmente, não contará apenas com a atuação daqueles que estão presentes “à mesa”, mas ocorrerá no seio dos órgãos públicos que têm competência para atuar na matéria ou das organizações privadas, com ou sem fins lucrativos, que assumam compromissos estipulados no acordo.<sup>220</sup>

Fato é que, não raro, o maior desafio das partes na fase do acordo não passa tanto pela estruturação do acordo, mas sim consiste na implementação desse acordo e sua consequente manutenção.

Nesse sentido, a chave para a implementação do acordo consiste na inclusão de um plano de implementação quando da confecção dos termos do acordo, não deixando o mapeamento de métodos para implementação do acordo para uma reflexão posterior. Carpenter e Kennedy<sup>221</sup> listam duas razões para tanto, sendo a primeira o fato de que algo sairá errado, como mal-entendidos ou a descoberta de que, por algum motivo, parte do acordo não pode ser implementado ou as condições podem se alterar; em segundo lugar, partes adversárias no conflito, embora tenham chegado a um consenso, podem continuar a serem adversárias em aspectos de seu relacionamento funcional ou institucional.

Outro fator preponderante para a garantia de manutenção do acordo é a sua definitividade. Especialmente no que atine à capacidade da Administração Pública em transacionar, a definitividade do acordo garante que não haja

<sup>220</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos*. Op. cit., p. 164.

<sup>221</sup> CARPENTER, S. L.; KENNEDY, W. J. D. Op. cit., p. 149.

reexame da matéria, em âmbito administrativo ou judicial, estabilizando-se assim a decisão consensual.

Por fim, cabe uma nota quanto a um paradigma que deve ser quebrado para que se garanta o sucesso da chegada e implementação de acordos por meio da mediação: a resistência dos agentes públicos em tomar decisões baseadas primordialmente no consensualismo.

Ademais, se existe grande receio por parte de agentes públicos relacionados à assunção de responsabilidade pela celebração de transações, tal fato se deve a uma cultura que prepondera no Poder Público em que somente se enfoca a responsabilidade por ações, olvidando-se, lamentavelmente, nossos órgãos de controle externo de criar mecanismos que permitam a responsabilização de agentes públicos pela omissão em seus deveres, tal como ocorre pela não celebração de transações em situações nas quais da omissão decorram danos ao interesse ou ao patrimônio público.<sup>222</sup>

Espera-se que a positivação da mediação como método de resolução de disputas na Administração Pública, tal como trazida pelas Leis federais n. 13.105/2015<sup>223</sup> e 13.140/2015,<sup>224</sup> ainda que não seja o ideal projetado para a consolidação do instituto, dê conforto e segurança ao agente público para que possa envidar esforços na busca de soluções consensuais aos conflitos. De outra mão, também cabe aos órgãos de controle um amadurecimento de seu entendimento quanto ao uso do instituto da mediação, para que seja reconhecido como instrumento legítimo de resolução de controvérsias na Administração Pública.

## 2.4 Síntese parcial do capítulo

Modelos de desenho institucional e procedimental são adaptações ou criações originárias de, respectivamente, sistemas de gerenciamento de conflitos e processos de resolução de conflitos.

<sup>222</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais...* Op. cit., p. 258.

<sup>223</sup> Cf. artigo 174.

<sup>224</sup> Cf. artigos 32 a 40.

da participação,  
mediação:

Nas mediações de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas, judicializados ou não, deverá ser permitida a participação de todos os potencialmente interessados, dentre eles: (i) entes públicos (Poder Executivo ou Legislativo) com competências relativas à matéria envolvida no conflito; (ii) entes privados e grupos sociais diretamente afetados; (iii) Ministério Público; (iv) Defensoria Pública, quando houver interesse de vulneráveis; e (v) entidades do terceiro setor representativas que atuem na matéria afeta ao conflito.

É necessário efetivamente integrar os grupos interessados na construção do acordo e, para isso, é necessário o envolvimento de representantes desses grupos *nas sessões mediativas*. Em conflitos multidimensionais, a pacificação reside na participação.

### 3.4 O acordo no âmbito da CCAF

O acordo no âmbito da CCAF não necessariamente significa um resultado que põe fim à controvérsia, pelo contrário, pode representar um conjunto de ações que auxiliem as partes a melhor se comunicarem e trabalharem para seus objetivos em comum.

Tome-se por exemplo o caso dos Servidores Municipais de Macapá, no qual se buscava nova resposta no âmbito da Constituição Federal para a transposição de servidores públicos que regularmente pertenciam ao quadro funcional do Município de Macapá, na época em que Amapá era Território, para os quadros da União federal quando Amapá tornou-se Estado federado.

O objeto do Termo de Conciliação naquele caso fora “encetar esforços para acelerar a votação da proposta de Emenda Constitucional n. 231-A, de 2007, do Deputado Federal Sebastião Bala Rocha”; além disso, os representantes do Município acordaram em “apresentar sugestões para aperfeiçoar a proposta em trâmite, inclusive com acolhimento de algumas sugestões oferecidas por

este conciliador e pelos representantes da CONJUR/MPOG”.<sup>259</sup> No caso, após homologado o Termo de Conciliação pelo Advogado-Geral da União e decorrido um ano, houve o arquivamento dos registros da mediação, pois, durante o período, não houve pedido do Município de Macapá para cooperação com o aperfeiçoamento da proposta de Emenda Constitucional n. 231-A, de 2007, conforme previsto no Termo de Conciliação.

Outra modalidade de acordo no âmbito da CCAF parece estar longe de se adequar ao propósito autocompositivo da mediação, que se trata do acordo por arbitramento, decisão imposta pela Consultoria-Geral da União em determinados casos.

Nada obstante, para fins deste trabalho, são esses os contornos que o “acordo” possui, quando tratamos de resultado positivo no âmbito da CCAF.

### 3.4.1 A instrumentalização do acordo na CCAF

O acordo, no âmbito da CCAF, significa chegar a um consenso pela via administrativa sobre ações de cada uma das partes, que devem ser adotadas em vista do conflito em espécie.

A instrumentalização do acordo no âmbito da CCAF é feita por meio de (i) termo de conciliação; (ii) termo de ajustamento de conduta ou (iii) termo de reunião.

Forma mais recorrente de registrar o acordo é o Termo de Conciliação, instrumento firmado dentre os representantes designados pelas partes. Dado que é necessário ter o agente legitimidade para firmar o acordo, o mediador tem como missão verificar a qualificação dos representantes de cada parte, a fim de se evitar questionamentos futuros.

Porém, necessário esclarecer que a celebração por representantes das partes não supre necessidade de autorização por superior hierárquico, em determinados casos. Nesse tocante, cabe um breve esclarecimento de que a Lei de Mediação revogou a previsão contida no artigo 1º da Lei n. 9.469,

<sup>259</sup> BRASIL. Advocacia-Geral da União. Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF. **Processo NUP 00400.002227/2009-23**. Procedência Prefeitura Municipal de Macapá. Abertura em: 26 fev. 2009. Termo de Conciliação n. CCAF-CGU-AGU-005/2010-GHR, fl. 132 (caso dos servidores municipais de Macapá).

de 10 de julho de 1997, e seu parágrafo primeiro, de que em controvérsias cujo valor superava R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), era necessária

a autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização de seu dirigente máximo.

A partir do artigo 44 da Lei de Mediação, faz-se necessário apenas a autorização do Advogado-Geral da União e dos dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, para a realização do acordo.<sup>260</sup>

O Termo de Ajustamento de Conduta segue o mesmo regramento do Termo de Conciliação, porém necessária a observância dos requisitos impostos pela Lei federal n. 9.469/1997, em seu artigo 4º-A, acrescentado pela Lei federal n. 12.249, de 11 de junho de 2010. No Termo de Ajustamento de Conduta, há maior ponderação do Advogado-Geral da União, que, além de previamente autorizar a assinatura quando se trata da Administração Pública federal (art. 36, inc. XIV, do Decreto federal n. 7.392/2010), pode ainda requisitar aos órgãos e entidades públicas federais manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações contidas no Termo de Ajustamento de Conduta.

O Termo de Reunião é instrumento utilizado para consignar resultados positivos da mediação quando de seu encerramento, para que sejam comunicados aos interessados. É hipótese em que se comunica do resultado positivo, porém não se tem o Termo de Conciliação.

<sup>260</sup> Ainda sobre o tema, o Enunciado CJF n. 32, aprovado na I Jornada "Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios": "A ausência da regulamentação prevista no art. 1º da Lei n. 9.469/1997 não obsta a autocomposição por parte de integrante da Advocacia-Geral da União e dirigentes máximos das empresas públicas federais nem, por si só, torna-a inadmissível para efeito do inc. II do § 4º do art. 334 do CPC/2015."



### 3.4.2 A avaliação e homologação do acordo por superiores hierárquicos

O acordo registrado no Termo de Conciliação não tem eficácia por si para encerrar a controvérsia, pois, segundo as normas que regem o acordo, mormente a Portaria AGU n. 1.281/2007, “havendo a conciliação, será lavrado o respectivo termo, que será submetido à homologação do Advogado-Geral da União” (art. 10). Aliás, pelo Decreto federal n. 7.392/2010, cabe ao Advogado-Geral da União “homologar, termo de conciliação realizada no âmbito da Advocacia-Geral da União” (art. 36, inc. XII).

Em conflitos que envolvem a Administração federal com outros níveis federativos, e a se considerar a relevância do conflito que está sendo dirimido, faz-se necessária a autorização do Procurador-Geral do Estado ou do Procurador-Geral do Município, dos Governadores ou dos Prefeitos, ou de quem lhes faça as vezes.

A homologação do acordo pelo Advogado-Geral da União tem um significado de uniformização do entendimento jurídico sobre a controvérsia no âmbito da Administração Pública, justamente pelo fato de que é responsabilidade da Advocacia-Geral da União construir e padronizar o posicionamento jurídico do Poder Executivo federal sobre determinada matéria.<sup>261</sup>

Tendo a uniformização do entendimento jurídico como propósito, a Portaria AGU n. 1.281/2007, que rege o procedimento da CCAF, autoriza, em seu artigo 11, à Consultoria-Geral da União elaborar o parecer para dirimir a controvérsia, submetendo-o então ao Advogado-Geral da União.

Porém, é possível se constatar outro propósito na verificação feita pela Consultoria-Geral da União, que é a análise de requisitos formais e de legalidade que dão base para o Termo de Conciliação.

No caso do Canecão, conflito judicializado em que se questionava o destino dado a imóvel doado pela União federal à Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) no ano de 1967, que havia sido alugado a empresa privada e transformado na casa de espetáculos Canecão, na cidade do Rio de Janeiro, o

<sup>261</sup> O caput e o parágrafo 1º do artigo 40 da Lei Complementar n. 73/1993 estabelecem que os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República, sendo que o parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

primeiro acordo consubstanciado em Termo de Conciliação não foi aprovado foi pela Consultoria-Geral da União. Em seu parecer, a Consultoria-Geral da União entendeu que a situação do particular – a empresa de espetáculos – não fora considerada, bem como seria necessária aprovação ministerial à luz do entendimento de que se tratava de imóvel da União. Também considerou que, como o conflito fora judicializado e já havia sentença de primeiro grau que fixou honorários advocatícios, a questão deixara de ser abordada no Termo de Conciliação.

O conflito foi então devolvido à CCAF e em novo Termo de Conciliação ficou consignado que

As partes se conciliaram no sentido de que a União renunciará a qualquer direito sobre o imóvel, mantendo-se hígida a doação efetuada por meio do Decreto-lei 233/67 e devidamente formalizada perante o Registro de Imóveis. Também decidiram pela compensação recíproca de honorários advocatícios. Ficou avençado que peticionarão conjuntamente junto ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região informando a celebração da transação. A UFRJ providenciou uma avaliação atualizada do valor do imóvel, tendo sido identificado o valor de R\$ 36.689.000,00 (fl. 51), o que implica em que, nos termos do artigo 1º, § 1º, da Lei 9.469/1997, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.941/2009, o acordo, além de ser homologado pelo Advogado-Geral da União, deverá também ser homologado pela Ministra titular do Ministério do Planejamento, ao qual se vincula a Secretaria do Patrimônio da União.<sup>262</sup>

Outra hipótese de intervenção da Consultoria-Geral da União é aquela em que se realiza o arbitramento quando não há acordo ao final do procedimento mediativo. Nesse caso a controvérsia envolve apenas entes da Administração Pública Federal e a matéria controvertida tem natureza exclusivamente jurídica. Assim, com a prévia anuência das partes, a CCAF pode realizar a sugestão

<sup>262</sup> BRASIL. Advocacia-Geral da União. Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF. **Processo NUP 00408.009006/2010-40**. Procedência PRF 2ª Região CMP. Abertura em: 29 jun. 2010. Termo de Conciliação n. 7/2011, fl. 57.

de encaminhamento do conflito e submete-a para análise do Consultor-Geral da União, que então emite parecer e, por sua vez, encaminha-o ao Advogado-Geral da União para homologação.

Esta técnica é replicada pelo parágrafo primeiro do artigo 36 da Lei de Mediação, segundo o qual, na mediação da Administração Pública, "se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta".

A intervenção do órgão hierarquicamente superior à CCAF para a propositura de uma resolução do conflito, na hipótese de não se chegar a um acordo, confere matiz heterocompositivo à mediação do conflito administrativo. Decerto que é uma técnica que acompanha o racional que justifica um dos papéis institucionais da AGU – estabelecer a orientação jurídica para a Administração Pública federal –, porém não contribui para a preservação da mediação como método autocompositivo de resolução de controvérsias, uma vez que impõe às partes uma solução de cuja construção não participaram, apesar de terem concordado com essa imposição.

Aliás, essa intervenção para imposição de uma resolução parece ser a gênese de um instituto estabelecido pela Lei de Mediação em seu artigo 35: a transação por adesão. Em breves linhas, trata-se de um método de resolução do conflito por resolução administrativa baseada em autorização do Advogado-Geral da União assentada em jurisprudência de tribunais superiores ou parecer da AGU aprovado pela Presidência da República, que se replica a casos idênticos e faz com que o interessado renuncie ao direito sobre o qual se funda o processo judicial ou administrativo que cuida do conflito matéria da resolução. Evidente que a transação por adesão, apesar de figurar na Lei de Mediação, ali não parece encontrar seu lugar, uma vez que não se adequa à técnica mediativa, sequer aquela que se propõe aos conflitos da Administração Pública.

### 3.4.3 O papel da CCAF na implementação do acordo

O trabalho do mediador da CCAF não se conclui no momento em que as partes celebram entre si os instrumentos de Termo de Conciliação ou Termo de Ajuste de Conduta.

Por estar inserida no âmbito da Administração Pública federal e possuir interlocução com as demais esferas da Federação, a CCAF concentra a tarefa

de acompanhar, em determinados casos, a implementação do acordo. Assim como a homologação do acordo pelo Advogado-Geral da União, a continuidade do trabalho da CCAF após o acordo também é uma faceta da legitimidade da CCAF como órgão de assessoria jurídica ao Poder Executivo federal, no que toca à uniformização do entendimento jurídico.

Esta é uma característica peculiar à CCAF, uma vez que, comumente, o papel do mediador encerra-se quando se encerra a mediação – com ou sem acordo –, a partir de uma determinação das partes.

No caso de conflitos da Administração Pública, porém, o acompanhamento posterior ao acordo, feito pela instituição que gerencia a mediação, por meio de um mediador designado ou mesmo por algum servidor destacado para essa função, é uma característica desejável, dado que é um indicador de eficiência da mediação na Administração Pública.

No âmbito da CCAF, o acompanhamento da implementação do Termo de Conciliação ou do Termo de Ajustamento de Conduta pode importar em atividades previstas nesses instrumentos, designadas à CCAF quando da confecção do acordo, ou mesmo na notificação de outros órgãos da AGU do descumprimento do acordo, para que estes tomem providências que entenderem cabíveis.

No caso dos Estacionamentos do SAF/SUL-DF, em que se discutia a regularização de vários estacionamentos que serviam à Procuradoria-Geral da República – PGR e ao Tribunal de Contas da União – TCU, além das cortes do Supremo Tribunal Federal – STF, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Tribunal Superior Eleitoral – TSE e Tribunal Superior do Trabalho – TST, pois se encontravam em área de bosque e preservação florestal, a CCAF teve seu papel delineado no Termo de Conciliação para acompanhamento da implementação do acordo.

Uma vez que o Termo de Conciliação nesse caso envolvia a participação de vários outros órgãos além daqueles a quem os estacionamentos serviam, tais como Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN, Companhia Urbanizadora da Nova Capital – NOVACAP, Secretaria de Habitação, Regularização e Desenvolvimento Urbano – SEDHAB e outros órgãos do Distrito Federal, a CCAF assumiu o papel de dar ciência a esses órgãos quanto ao plano de adequação das áreas de estacionamento e preservação/reflorestamento da área de bosque. Considerando que a execução do plano ficaria a cargo da NOVACAP, por meio de convênio, o qual fora firmado, na ocasião, apenas pelo STJ, era necessária

a al  
quisessen  
Termo de C  
vez que as  
em inquéri  
Como d

ção para en  
O mesmo T  
"o procedi  
missos e pr  
de respons

Nessa m  
ção da Adm  
do acordo r  
de caráter  
parte do si  
truir a resp

Aliás, i  
lou que "o  
da Admini  
-Geral da  
judicialme  
de Concili

3.5 Quest  
de co

Considera  
da União,  
Administ  
na Admin

263 Enuncia  
Litígios" de

a articulação com os demais órgãos que utilizavam o estacionamento, caso quisessem firmar o mesmo plano. Por fim, era necessário dar conhecimento do Termo de Conciliação à Procuradoria da República no Distrito Federal, uma vez que as irregularidades nos locais de estacionamento eram investigadas em inquérito civil por aquele órgão.

Como de costume, a CCAF também participou do Termo de Conciliação para encaminhá-lo para homologação pelo Advogado-Geral da União. O mesmo Termo de Conciliação também oferece um dado importante de que “o procedimento conciliatório possui natureza voluntária, logo os compromissos e prazos [ali] consignados [...] – e os eventuais descumprimentos – são de responsabilidade originária de cada ente ou órgão signatário”.

Nessa medida, o acompanhamento da implementação do acordo na mediação da Administração Pública é ainda uma ferramenta de *compliance*. Se o objeto do acordo não for de conteúdo programático, ou seja, se estabelecer obrigações de caráter contraprestativo, a verificação do descumprimento do acordo por parte do sistema de gerenciamento da mediação pode fornecer base para instruir a responsabilização do agente público pelo descumprimento do acordo.

Aliás, importante notar que o Conselho da Justiça Federal – CJF já postulou que “o acordo realizado perante a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal – CCAF – órgão integrante da Advocacia-Geral da União – constitui título executivo extrajudicial e, caso homologado judicialmente, título executivo judicial”;<sup>263</sup> portanto, o conteúdo do Termo de Conciliação pode ser objeto de execução extra e judicial.

### 3.5 Questões fundamentais para o futuro do sistema de gerenciamento de conflitos da CCAF

Considerado o início da produção normativa no âmbito da Advocacia-Geral da União, que deitou as bases da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, este sistema de gerenciamento de conflitos na Administração Pública caminha para seu decênio.

<sup>263</sup> Enunciado n. 19 aprovado durante a I Jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios” do CJF, ocorrida em 22 e 23 de agosto de 2016.

A normatização do desenho institucional e procedimental da CCAF consolidou-a como um parâmetro de atuação e aplicação da mediação na Administração Pública.

Não à toa, ao abordar a mediação de conflitos que envolvem a Administração Pública, o legislador, pela Lei federal n. 13.140, promulgada em 26 de junho de 2015 (“Lei de Mediação”), claramente adota o desenho da CCAF como paradigma<sup>264</sup> de sistema de resolução de conflitos da Administração Pública pela via mediativa.

Porém, esta mesma lei invoca a abertura do rol de disputas que envolvem a Administração Pública para a mediação, haja vista a previsão de que as câmaras de resolução administrativa de conflitos por meio da mediação possam avaliar a admissibilidade da mediação de conflitos entre a Administração Pública e particulares (art. 32, inc. II, da Lei de Mediação). Há pela frente um desafio de se dar espaço à mesa de negociações consensuais para a iniciativa privada e a sociedade civil.

Assim, não basta viver de passado. A tendência do consensualismo como veículo de uma Administração Pública mais democrática impõe que a CCAF avalie seu desenho procedimental e institucional para superar suas atuais barreiras e encarar o desenvolvimento crescente da mediação como método de composição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

### 3.5.1 A promoção do acordo como caráter de eficiência e validade

Fazer acordo não é medida de sucesso de um sistema de gerenciamento de conflitos; aliás, sequer este é o objetivo da mediação. Na mediação, o foco volta-se à construção ou retomada da capacidade de diálogo das partes, mormente sobre o conflito.<sup>265</sup>

<sup>264</sup> A adoção da CCAF como *standard* de resolução de conflitos na Administração Pública por meio da mediação também se consagra pelo Enunciado CJF n. 18 da I Jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios” de 22 e 23 de agosto de 2016: “Os conflitos entre a administração pública federal direta e indireta e/ou entes da federação poderão ser solucionados pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal – CCAF – órgão integrante da Advocacia-Geral da União, via provocação do interessado ou comunicação do Poder Judiciário.”

<sup>265</sup> Na mesma linha, o Enunciado CJF n. 22 da I Jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, de 22 e 23 de Agosto de 2016: “A expressão ‘sucesso ou insucesso’ do art.167, § 3º, do Código de Processo Civil não deve ser interpretada como quantidade de acordos

Porém, considerando que, no âmbito da CCAF, chegar a acordo representa tomar conjuntamente medidas conciliatórias para encaminhar o conflito – as partes aprendem a dialogar de forma eficiente –, o fato de que a maioria dos casos submetidos à CCAF não chega a qualquer entendimento entre as partes retira parte da eficácia do sistema e questiona a sua legitimação para sua finalidade institucional: a promoção do consensualismo nos conflitos da Administração Pública.<sup>266</sup> Esta situação impõe o aperfeiçoamento dos mecanismos para estabelecimento de uma comunicação eficaz entre as partes, para melhorar o relacionamento entre elas. Conflitos na Administração Pública em que a comunicação é inexistente ou permeada pela raiva<sup>267</sup> são casos extremos e geralmente envolvem direitos sociais ou políticas públicas.

Em geral, os participantes do conflito na Administração Pública estão relativamente em bons termos e apenas necessitam de auxílio especializado de um sistema de gerenciamento de conflitos mais dinâmico e efetivo.<sup>268</sup>

Retomando o resultado da pesquisa realizada com os mediadores, sobre os principais motivos pelos quais as partes não chegam a um acordo, sagrou-se a unanimidade de que os maiores entraves são (i) a falta de poderes (competência administrativa ou legal) do agente para decidir sobre os termos do acordo e (ii) o temor do agente em ser responsabilizado criminal, civil ou administrativamente sobre os termos desse acordo.

realizados, mas a partir de uma avaliação qualitativa da satisfação das partes com o resultado e com o procedimento, fomentando a escolha da câmara, do conciliador ou do mediador com base nas suas qualificações e não nos resultados meramente quantitativos.”

<sup>266</sup> Confirma-se também o Enunciado CJF n. 31: “É recomendável a existência de uma advocacia pública colaborativa entre os entes da federação e seus respectivos órgãos públicos, nos casos em que haja interesses públicos conflitantes/divergentes. Nessas hipóteses, União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão celebrar pacto de não propositura de demanda judicial e de solicitação de suspensão das que estiverem propostas com estes, integrando o polo passivo da demanda, para que sejam submetidos à oportunidade de diálogo produtivo e consenso sem interferência jurisdicional.”

<sup>267</sup> Segundo Susskind e Field, a raiva emerge em três circunstâncias básicas: “quando as pessoas foram machucadas, quando elas se sentem ameaçada por riscos a que não deram causa ou quando elas acreditam que suas crenças fundamentais estão sendo desafiadas.” Tradução nossa. SUSSKIND, L.; FIELD, P. **Dealing With an Angry Public: The Mutual Gains Approach to Resolving Disputes**. New York: The Free Press, 1996, p. 16.

<sup>268</sup> ROGERS, Nancy H. et al. (Eds.). Op. cit., p. 225.

Dessa forma, o desafio do desenho institucional e procedimental da CCAF é enfrentar esses dois entraves para a construção de um contato mais efetivo entre as partes, tendo-se em mente que são ambos derivados de falta de confiança.

A falta de plenipotenciário no processo mediativo da CCAF não pode ser lida como um mero desinteresse daquele membro da Administração Pública parte do conflito. É um problema de falta de confiança, na medida em que esta parte é cética quanto à possibilidade de que seu conflito possa ser solucionado pela via da mediação, um procedimento tão informal se comparado ao Judiciário ou a um processo administrativo... Essa informalidade só poderia significar falta de seriedade, certo? Pois onde está o rito, a burocracia? O que dá a certeza de que a mediação é séria o suficiente para que eu invista o tempo de meu alto escalão nesse procedimento?

De igual maneira caminha o temor do agente em ser responsabilizado por seus atos na mediação, só que dessa vez o ceticismo repousa nos órgãos de controle e fiscalização. Ceticismo de que a autocomposição de conflitos atenda ao interesse público, e não ao interesse individual de cada parte. Parte-se da crença de que a fluidez de entendimentos trocada no âmbito de um procedimento dinâmico não pode originar nada além de desvios de finalidade e enriquecimento ilícito.

Algumas conclusões em comum se extraem desses entraves: a falta de confiança da parte, gerada por espécie de ceticismo, nada mais é do que reflexo de uma falta de conhecimento informado do cético, que carece de uma formação específica sobre o consensualismo como motor da boa Administração.

O desafio da CCAF será, portanto, revisar e adequar seu desenho institucional e processual para lidar com essa falta de confiança sobre a qual residem os maiores entraves para a chegada a um acordo nos conflitos submetidos à sua mediação.

### 3.5.2 Publicidade ao sistema de gerenciamento de conflitos da CCAF

Pela carga principiológica que carrega, a publicidade é um meio de legitimação de toda atividade administrativa. Com o gerenciamento de conflitos não seria diferente.