

MEDIAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

MEDIATION AND BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION

Uda Roberta Doederlein Schwartz¹

Juíza de Direito (TJRS).

ÁREA(S): direito administrativo; direito constitucional.

RESUMO: Este trabalho objetiva verificar a compatibilidade do instituto jurídico da mediação com os princípios da Administração Pública. Ao lançar os seus fundamentos teóricos, o presente estudo revisa as fases históricas do Estado de Direito e os seus postulados, demonstrando o caminho percorrido até o paradigma da consensualidade, correlacionando-o à metateoria do direito fraterno. Após delimitar a base conceitual da mediação, adentra especificamente nas inter-relações entre mediação e Administração Pública, discorrendo sobre as normas brasileiras aplicáveis e as câmaras de mediação, tema bastante presente na respectiva legislação. Por fim, confrontam-se os princípios da mediação e os prin-

cípios da Administração Pública, a fim de se constatar se há algum antagonismo, também examinando princípios administrativos que podem alcançar particularidades no interior da mediação.

PALAVRAS-CHAVE: mediação; Administração Pública; consensualidade; direito fraterno; princípios.

ABSTRACT: *This work aims to verify the compatibility of the legal institute of mediation with the principles of public administration. In launching its theoretical foundations, the present study reviews the historical phases of the Rule of Law and its postulates, demonstrating the path taken until the consensual paradigm, correlating it to the metatheory of fraternal law. After delimiting the conceptual basis of mediation, it enters specifically into the*

¹ Doutoranda em Direito (Universidad de Lomas de Zamorra, Argentina). Mestre em Direito (PPGD/UFRGS/CDEA, Mestrado Acadêmico), ênfase “Direito Europeu e Alemão”, linha de pesquisa “Fundamentos da Integração Jurídica”. Especialista em Direito Constitucional (FMP). Especialista em Direito Penal e Processual Penal (Universidade Gama Filho). Juíza de Direito (TJRS). E-mail: uda@tjrs.jus.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0429305345691236>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0563-8209>.

interrelationships between mediation and public administration, discussing the applicable Brazilian norms and mediation chambers, a topic that is extensively addressed in legislation. Finally, there is a comparison between principles of mediation and principles of public administration, in order to check if there is any antagonism, also examining administrative principles that can achieve particularities within mediation.

KEYWORDS: *mediation; public administration; consensuality; fraternal law; principles.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Fundamentos teóricos da mediação; 1.1 Contextualização: Estado Democrático de Direito, consensualidade e direito fraterno; 1.2 Base conceitual; 2 Mediação e Administração Pública brasileiras; 2.1 Contextualização: normas aplicáveis e câmaras administrativas; 2.2 Princípios e matérias mediáveis; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Theoretical foundations of mediation; 1.1 Democratic rule of law, consensus and fraternal law; 1.2 Conceptual basis; 2 Brazilian mediation and public administration; 2.1 Contextualization: rules and administrative chambers; 2.2 Principles and mediable matters; Conclusions; References.*

INTRODUÇÃO

Por meio deste artigo, pretende-se discorrer sobre a (in)compatibilidade do instituto jurídico da mediação com os princípios da Administração Pública brasileira. Dada a especificidade do problema de pesquisa, é necessária uma anterior contextualização lógica e histórica, sistematizando o caminho do Estado de Direito e as noções que lhe são imbricadas, até alcançar a sua *performance* atual, que abre espaço à ideia de consensualidade.

Utilizou-se, para tanto, da metodologia dedutiva: com o escopo de sustentar uma teoria geral da mediação, a primeira parte do trabalho teve base filosófica, mediante a matriz teórica adotada pela autora em seus estudos acadêmicos, expondo-se os seus aspectos mais gerais para a compreensão do tema da consensualidade em nível de paradigma. Já a segunda parte focou especificamente no direito administrativo brasileiro, explorando as peculiaridades que a mediação apresenta em tal âmbito, visando a demarcar o seu alcance e dificuldades.

1 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA MEDIAÇÃO

1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, CONSENSUALIDADE E DIREITO FRATERNAL

Embora se saiba que a História não é estanque, não se prestando a uma análise meramente analítica, as fases históricas do Estado de direito – este em oposição ao Estado absolutista – foram aqui divididas para fins didáticos e melhor assimilação das diferentes concepções que ao primeiro estão interligadas. Assim, com base em Streck e Bolzan de Moraes (2006), delimitam-se o Estado liberal, o Estado social e o Estado Democrático de Direito como diferentes etapas do Estado de direito, todas possuindo em comum a vinculação: a) ao princípio da legalidade (garantindo-se ao indivíduo, além de outras prerrogativas, a segurança jurídica); b) à separação de poderes (que ganhou maior projeção como garantia contra o abuso do poder estatal); c) e à garantia dos direitos individuais.

O Estado liberal é considerado a primeira fase do Estado de direito. O seu ponto fulcral é uma limitação jurídico-legal negativa, cabendo ao Estado o estabelecimento de instrumentos jurídicos que assegurem o livre desenvolvimento das pretensões individuais, ao lado das restrições impostas à sua atuação positiva. As seguintes ideias condensam o Estado liberal: conteúdo jurídico do liberalismo; limitação da ação estatal; lei como ordem geral e abstrata, cingindo-se ao não impedimento; indivíduo como foco; objetivo de sanção. A liberdade pode ser apontada como ideia-chave deste momento histórico.

Como fase seguinte, adveio o Estado social, ou providência, a partir das demandas das novas classes sociais surgidas da Revolução Industrial. Não se tratava apenas de acrescer uma gama de direitos de segunda dimensão (direitos coletivos e sociais) aos de primeira (direitos individuais), mas também de realizar uma releitura dos primeiros direitos chamados fundamentais, adaptando-os à demanda social que então se apresentavam. Foi sintetizado por meio das seguintes noções: prestações positivas; preocupação social; lei como instrumento de ação concreta do Estado (facilitação e acesso); grupo como foco; objetivo de promoção. A igualdade é que norteava a construção dessa estrutura estatal.

A fase do Estado Democrático de Direito surgiu após a Segunda Guerra Mundial, resultante dos traumas por ela causados. Ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, houve a incorporação efetiva da igualdade, com um conteúdo próprio e meios para a proteção das condições de vida do cidadão e da comunidade. Estão inclusos, por conseguinte, os problemas relativos à qualidade de vida individual e coletiva dos homens. Pode ser sintetizado mediante os seguintes postulados: transformação do *status quo*; lei como instrumento de transformação; comunidade como foco; objetivo de educação. A representação da fraternidade é que apoia essa complexa configuração do Estado de direito.

Mas, para além de tais evidentes diferenças no bojo das conformações do Estado de direito, o que houve de primordial – e que resultou em tais diferenças – foi uma transição (ainda não inteiramente finalizada) entre maneiras de pensar e de compreender o mundo.

A visão própria do Estado meramente liberal correspondia à mentalidade histórica do Iluminismo, reputando-se que a racionalidade jurídica era a mesma das ciências naturais. Em geral, os iluministas acreditavam em uma hierarquia de valores, imutável no espaço e no tempo, com ápice nas correntes jusnaturalistas. Essa hierarquia seria imutável porque derivava da aplicação de métodos científicos a indagações que envolvem questões valorativas. Melhor explicando: os valores, bem como outros aspectos das ciências humanas, eram vistos dentro da mesma lógica das ciências da natureza. Os juristas possuiriam, assim, um conhecimento “puro”, científico, neutro.

No entanto, Gadamer (2002) destacou que o tratamento a ser dispensado às diferentes ciências deveria ser distinto, pois o caráter histórico e valorativo específico das ciências humanas é demasiado diferente das categorias estáticas que compõem as ciências da natureza. Como, na ótica iluminista, a razão humana era plenamente capaz de apreender a verdade de qualquer objeto que lhe era submetido, o Iluminismo tornou-se alvo de críticas por ter confiado, de forma exacerbada, na razão humana, estendendo a crença na capacidade da razão às ciências humanas.

Ost (1999) discorre sobre outra crítica relevante. A Escola do Direito Histórico, cujos maiores expoentes foram Savigny, Puchta e Grimm (juristas

do século XIX), criticava o racionalismo universalista da época, que culminou com o direito natural e o posterior legalismo positivista do movimento da codificação (ambos, assim, também frutos do Iluminismo), aduzindo que reduzem o Direito à lei. A Escola do Direito Histórico argumentava que tais concepções do Direito renegavam a História, reduzindo o jurídico a preceitos estabelecidos *a priori*. Segundo aquela Escola, as fontes do Direito eram, na verdade, os costumes e a doutrina; o seu fundamento, o povo. Figurativamente falando, sustentavam que o Direito vem “de baixo para cima”: do povo, da faticidade.

Assegurando lugar de proeminência do humano no mundo, o racionalismo fundou o sujeito autônomo. Mas ocorre que esse modo de pensar não fora inócuo, não resultando apenas em uma formação abstrata estatal. Sociologicamente falando, houve consequências, a toda evidência, prejudiciais. De uma maneira que inicialmente poderia ser entendida como paradoxal, esse humanismo culminou por ser destrutivo ao homem: o desenvolvimento das ciências, conquistado pela valorização da lógica e do pensamento racional, oportunizou a construção de armas que matam milhares e a possibilidade de destruição do planeta; o colonialismo e o capitalismo, a pretexto de incentivar a riqueza das nações, provocaram o assassinio generalizado de populações aborígenes e a acumulação descriteriosa de riqueza nas mãos de poucos (e conseqüente pobreza de muitos, distribuída de forma generalizada e também descriteriosa); gerou uma cultura com “déficit” de apreço pela natureza, vista como simples matéria bruta a ser dominada e manipulada pelo humano, tudo em nome do desenvolvimento técnico que serve a interesses egoísticos; instituiu, nos países ditos democráticos, um modo de funcionamento dos Estados, usualmente denominado de burocracia, que tem o funcionamento da máquina administrativa regulado por um código organizado e que deve observância a normas impessoais – por isso identificado como “tipo puro da dominação racional-legal” (WEBER, 1997) –, cujos efeitos políticos foram os mais nefastos, como as expressões de totalitarismos, fascismos e colonialismos (VENTURI, 2011).

Sobre os perigos da burocracia, a obra da autora Hannah Arendt é profícua (consulte-se principalmente ARENDT, 1999). Para os fins do presente trabalho, assume relevância o seu argumento de que a burocracia alheia

o humano da participação no Estado. Como “a burocracia é infelizmente o mando de ninguém e, por essa mesma razão, talvez a forma menos humana e mais cruel de governo” (ARENDDT, 2004, p. 94), a dinâmica burocrática tem o potencial de naturalizar a prática de atos cruéis. É que a reflexão individual sobre as consequências dos próprios atos é diminuída, quando não eliminada, pela ausência do outro no cotidiano da estrutura burocrática, não havendo exercício de alteridade por parte das pessoas inseridas nessa engrenagem. A tal dinâmica a autora denominou de “banalidade do mal”.

Em face de tais críticas, torna-se necessário um novo paradigma. Conforme explicou Kuhn (2002), o paradigma fornece outras categorias a guiar as percepções futuras, alterando os instrumentos de estudo e reprojetoando o olhar dos pesquisadores. Assim, a superveniência de um novo paradigma abre todo um curso de interpretação, com um novo espaço de abordagem, no caso, dos temas humanos.

No âmbito do Direito, imprescindível inserir o humano em suas considerações, esquecido que fora dentro da lógica burocrática, ao mesmo tempo lhe assegurando um lugar de coerência, de pertencimento à comunidade e de inter-relacionamento com a natureza – diferentemente desse lugar de superioridade no universo e de competitividade oriundo das limitações do paradigma racional.

Nessa esteira, a consensualidade vem sendo apontada na esfera jurídica como opção paradigmática, cabendo, aqui, a menção do administrativista Moreira Neto (2000), em função do seu pioneirismo. Mas merece transcrição a perspicaz colocação de Watanabe (2017, p. 383), a denotar os efeitos da sua adoção na condição de paradigma:

A instituição de semelhante política pública pelo CNJ, além de criar um importante filtro da litigiosidade, estimulará em nível nacional o nascimento de uma nova cultura, não somente entre os profissionais do Direito, como também entre os próprios jurisdicionados, de solução negociada e amigável dos conflitos. Essa cultura terá inúmeros reflexos imediatos em termos de maior coesão social, e determinará, com toda a certeza,

mudanças importantes na organização da sociedade, influenciando decisivamente na mudança do conteúdo e orientação do ensino universitário na área do Direito.

Todas essas características são congruentes com o instituto da mediação, viabilizando o diálogo, o que vem a fortalecer os vínculos comunitários e a afastar a postura solipsista dos litigantes, proporcionando uma interlocução mais exuberante e, a depender das pessoas que dela participarem e do modo em que estruturada, até mesmo interdisciplinar, psicológica e catártica.

A propósito, inúmeras teorias, com semelhanças e diferenças, têm surgido na Filosofia do Direito, todas em algum grau rompendo com concepções meramente formalistas e predomínio exclusivo da razão, como, por exemplo: as atualizações do jusnaturalismo (Villey, Finnis), do positivismo (Hart, MacCormick), da retórica (Perelman) e da tópica (Viehweg); a teoria dos sistemas sociais (Luhmann); a hermenêutica (Gadamer, Dworkin); a teoria do agir comunicativo (Habermas) e a teoria da argumentação (Alexy).

Contudo, merece destaque o direito fraterno, de Eligio Resta, coerente que é com a consensualidade, propondo uma outra concepção – a fraternidade –, a qual se distingue dos modelos soberanos, uma vez que parte do pacto entre iguais, objetivando uma convivência compartilhada, livre da inimizade: “O Direito Fraterno é um direito ‘jurado em conjunto’ por irmãos, homens e mulheres, mediante um pacto em que se ‘decide compartilhar’ regras mínimas de convivência” (RESTA, p. 116).

Apresentando-se em harmonia com os pressupostos antes expostos de um tal novo paradigma, merece destaque, sobre o direito fraterno, que Resta pesquisa o humano por meio de contribuições de outras áreas, procurando não o fragmentar, pois nenhuma detém propriedade exclusiva sobre aquele; não reduz o Direito ao espectro de sua dogmática; ao debruçar-se sobre os conceitos de identidade e de fraternidade, resgata o papel da coletividade na formação do indivíduo, sem, todavia, sacrificá-lo; ressignifica as questões jurídicas de maneira ambivalente, mais profunda, dotando-lhes de densidade. Quanto a essa última observação, ela tem a aptidão de respaldar o direito fraterno como metateoria. Vejamos.

O direito fraterno, por meio da concepção da fraternidade, “recoloca uma certa cota de complexidade no frio primado do justo sobre o bom e procura, com efeito, alimentar de paixões quentes o clima rígido das relações políticas” (RESTA, p. 12). Na condição de metateoria, encara o desafio social do reconhecimento da alteridade, da diversidade e da reciprocidade, nos seguintes termos:

O esquecimento de nossa condição de humanidade caminha na contramão da fraternidade, involucrando o homem em seu individualismo. Não se pode esquecer da fraternidade como princípio e metateoria do Direito que indica outras perspectivas, mais cosmopolitas, partindo de uma análise social transdisciplinar dos fenômenos/conflitos. Ao integrar e transgredir simultaneamente, o Direito Fraterno questiona verdades e busca respostas aos conflitos advindos da complexidade social resgatando novos/velhos conceitos.

A metateoria é uma teoria sobre a teoria, tendo, portanto, como objeto de estudo outras teorias. Nas palavras de Hilário, Tognoli e Grácio, citando e traduzindo Ritzer, por um exame crítico a metateoria investiga “o conjunto de conhecimentos estudado e gerado pelos cientistas, revê definições de objetos, fatos ou fenômenos, métodos e conceitos e examina as conexões entre as disciplinas” (2016, p. 168). Por tais razões, qualifica-se a sua atividade como de segunda ordem, não envolvendo, de modo direto, os problemas práticos, estes qualificados como de primeira ordem.

Em síntese, a metateoria do direito fraterno desvela paradoxos das outras teorias jurídicas mediante, principalmente, a categoria da fraternidade. É o que se fará a seguir: verificar aporias no conceito de mediação e em localizá-la no direito administrativo, utilizando a fraternidade como suporte metateórico.

1.2 BASE CONCEITUAL

De posse de tal suporte, é possível resumir o caminho observado do Estado liberal até o Estado Democrático de Direito por uma mudança principiológica

tendente à consensualidade como paradigma (sem desconsiderar, é claro, momentos e características intermediárias, como o próprio Estado social/providência). Do direito adversarial ao direito consensual, pode-se sustentar que a grande conquista diz respeito à cultura da paz, em abandono da cultura da sentença judicial, assim esquematizada a transição ora relatada:

Estado Liberal → Estado Democrático de Direito
Direito Adversarial → Direito Consensual
Cultura da Sentença → Cultura da Paz

No direito administrativo, os reflexos de tal mudança são percebidos em uma migração, na lição de Moreira Neto (2003), da estrita legalidade ao princípio da juridicidade plena, bem como, conforme apontado por Pereira e Silva (2018), do Estado patrimonialista (hierarquizado/verticalizado, com vieses autoritários) ao Estado gerencial (este assegurando medidas emancipatórias, mais flexível, com maior atuação dos cidadãos e horizontalidade):

Direito administrativo:
Estrita legalidade → juridicidade plena (legalidade, legitimidade e licitude)
Estado patrimonialista → Estado gerencial

Sobre essa transição, as palavras de Moreira Neto (2003, p. 156):

Em conclusão, um Estado de juridicidade plena – de legalidade, de legitimidade e de licitude – um Estado de Justiça, não pode prescindir dessa interação horizontal e sadia com a sociedade, o que deverá refletir-se em sua atuação, de modo que ações suasórias sempre precedam ações dissuasórias e estas, as sancionatórias: a face imperativa do Poder só deve aparecer quando

absolutamente necessário e no que for absolutamente indispensável.

Essas considerações possuem forte contato com a realidade, não estando a expressão “cultura de paz” vazia de referências. No Direito brasileiro, já há institutos jurídicos e previsões normativas condizentes com a cultura de paz, reforçando a vigência do paradigma da consensualidade (a respeito das normas aplicáveis, “vide” o item “2.1” abaixo). Referência significativa, com acolhida em nível mundial e objeto deste artigo, é o instituto da mediação.

Estabelecendo um espaço conceitual seguro, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no Manual de Mediação Judicial (2015), definiu-a como “uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro”. O art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 13.140/2015 oferece uma concepção mais alargada, estabelecendo que a mediação é 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”. O Código de Processo Civil, ao seu turno, declara que, na mediação, os interessados serão auxiliados “a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos” (art. 165, § 3º). Também enaltecendo a dimensão comunicacional, Resta (2004, p. 86), por sua vez, afirma que a mediação

[...] não é *decision-making process*, mas capacidade de ativar recursos comunicativos revertendo o potencial destrutivo do conflito e transformando-o em ocasião de expressividade reconciliadora das partes; é sistema de experiência que se pode vagamente aproximar ao resultado da autoanálise que a psicoterapia desde sempre procura recomendar.

Nota-se dessas concepções que a mediação possui pelo menos três características essenciais: é meio de solução autocompositiva de conflitos; conta com a presença de terceiro facilitador; não é o acordo a meta do seu diálogo, mas uma de suas prováveis consequências. Sob o mesmo raciocínio, Resta

(2004, p. 84) acrescenta que a mediação “é um ficar entre as partes e inserido entre elas, é encontrar um espaço neutro e equidistante no qual reside a grande utopia do moderno que é ser *terzietà*”. O CNJ (2015) consigna que “a sentença resolve o conflito jurídico, introduzido pelas partes nas etapas do processo, mas não soluciona o verdadeiro conflito existente entre elas, que é o conflito sociológico”, contribuindo a mediação à solução do autêntico conflito, que é a lide sociológica, sendo que uma solução da lide processual será contingente ao resultado das sessões.

Mas aqui fica ainda mais nítido o potencial pacificador da mediação, pois a existência ou não de um processo judicial não denota a mesma magnitude às partes que a efetiva solução do conflito existente entre ambas, muitas vezes traduzido escassamente ao Direito (ou a ele nem traduzido, por não lhe pertencer, a exemplo de mágoas decorrentes de um divórcio, ou, no direito administrativo, de expectativas pré-eleitorais relativas aos governantes).

Com o intento de situar a mediação no quadro das práticas com alguma história já edificada, traçando-se um paralelo com as demais, definem-se a seguir as três formas de administração dos litígios e suas modalidades: a autotutela, a heterocomposição e a autocomposição.

Por primeiro, a autotutela ou autodefesa, que se configura quando a pessoa procura resolver por suas próprias mãos o conflito, motivo por que, salvo as exceções legais da legítima defesa (arts. 23, II, c/c 25 do Código Penal) e do desforço imediato na tutela da posse (art. 1.210, § 1º, do Código Civil), constitui-se no crime do art. 345 do Código Penal (exercício arbitrário das próprias razões). É a forma mais primitiva de solução de conflitos – e, também, a mais repudiada.

Surgiu, então, a figura do terceiro que intervém no conflito. Assim, em segundo plano, tem-se a heterocomposição, na qual se adjudica a um terceiro a decisão do conflito, situando-se aqui a arbitragem e a jurisdição.

Regulamenta atualmente a arbitragem a Lei nº 9.307/1996, alterada e complementada pela Lei nº 13.129/2015. Bacellar (2016, p. 130) sustenta que a arbitragem é “um processo convencional (convenção) que defere a um terceiro, não integrante dos quadros da magistratura oficial do Estado, a decisão a

respeito de questão conflituosa envolvendo duas ou mais pessoas”. Para ser instaurada, é essencial o consentimento dos interessados, pois, “enquanto o juiz retira seu poder da vontade da lei, o árbitro só o conquista pela submissão da vontade das partes” (BACELLAR, 2016, p. 130).

A jurisdição, por sua vez, substitui a vontade dos interessados, impondo-se a sua decisão às partes “ainda que desagrade a ambos os litigantes” (CNJ, 2015). Destarte, as decisões judiciais são dotadas de imperatividade e autoridade. O trabalho dos juízes muitas vezes não resolve a lide sociológica (conflito real entre os interessados), apenas colocando fim à lide processual. Aliás, o paradigma da consensualidade e o instituto da mediação surgem para lidar, dentre outros, com o paradoxo presente na função jurisdicional: por mais adequada ao Direito vigente que se demonstre a sentença judicial, muitas vezes ele torna o conflito “ainda mais acirrado e propenso a reproduzir-se em mais litígios” (CNJ, 2015), levando ao uso interminável dos meios processuais disponíveis, como os recursos.

Em terceiro, a autocomposição, identificada quando as próprias partes resolvem o seu litígio. As suas modalidades foram desenvolvidas a partir de um grande reconhecimento da autonomia humana e de sua criatividade, havendo empoderamento das partes por terem o conflito em suas próprias mãos, demonstrando amadurecimento em resolvê-lo em conjunto com a parte contrária. Negociação, conciliação, mediação, justiça restaurativa e processos híbridos são formas de autocomposição.

A conciliação e a mediação provavelmente sejam os institutos mais próximos entre si e, efetivamente, guardam semelhanças. O Código de Processo Civil dispõe que tanto o conciliador quanto o mediador são auxiliares da justiça (art. 149). No entanto, Resta (2004, p. 83) afirma que a

diferença em relação à conciliação está no fato de que a mediação diz respeito ao procedimento mediante o qual os dois conflitantes reativam a comunicação por meio da intervenção de um mediador; a conciliação é menos procedimento e mais efeito, muito mais orientada para o resultado, enquanto a outra é orientada, justamente, para o meio.

Aliás, o próprio Código de Processo Civil ocupa-se de delinear diferenças ao prever, no seu art. 165, § 2º, que o conciliador poderá sugerir soluções ao litígio, enquanto que o seu § 3º orienta os mediadores a exercerem aquela posição costumeiramente denominada de “facilitador”, apenas auxiliando as partes a chegarem, elas mesmas, à solução.

Já a justiça restaurativa objetiva, consoante Bazemore e Walgrave (1999), reparar danos e solucionar conflitos, buscando a atuação da comunidade na sua resolução e, conseqüentemente, menos intervenções do sistema judiciário. Pode coincidir em alguns aspectos com a conciliação e a mediação, uma vez que as três se fundam no diálogo, mas centra-se na vítima e suas necessidades, possuindo considerável aplicabilidade no direito penal e no direito infracional.

Não se olvidem os processos híbridos, os quais, conforme o CNJ (2015), conjugam metodologias já conhecidas, tendo em vista as singularidades do caso concreto.

Assim, finalizado o balizamento teórico deste artigo, passa-se ao seu objeto de estudo, consistente na mediação em relação com a Administração Pública no Brasil.

2 MEDIAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRAS

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO: NORMAS APLICÁVEIS E CÂMARAS ADMINISTRATIVAS

A legislação brasileira fornece indicações esparsas quanto ao cabimento da mediação, poucas vezes sendo expressa nesse sentido. Os parâmetros normativos brasileiros para a mediação são a Constituição Federal de 1988, a Resolução nº 125/2010 do CNJ, a Lei nº 13.140/2015 e o Código de Processo Civil.

De acordo com Moreira Neto (2000), é possível fundamentar as metodologias consensuais no texto da Constituição Federal de 1988. A partir das suas lições doutrinárias, arrolamos as seguintes previsões constitucionais como os seus fundamentos, com algumas observações e acréscimos: cidadania, dignidade da pessoa humana e livre iniciativa como fundamento do Estado (art. 1º, II, III e V) e, também, povo como sua fonte de poder (art. 1º, parágrafo

único), objetivo fundamental de construção de uma sociedade livre e solidária (art. 3º, I), defesa da paz e solução pacífica dos conflitos nas relações internacionais (art. 4º, VI e VII), devendo-se registrar, quanto a essa última previsão, o argumento de Moreira Neto (2000) de que, se se impõem em nível internacional a paz e a solução pacífica, mais ainda em nível nacional, motivo por que também seriam invocáveis em nível interno.

Não obstante não haver previsão expressa da consensualidade, tais dispositivos constitucionais interligam-se-lhe à mediação por - legítimas - derivações hermenêuticas. Nesse sentido é que assume relevância a menção ao preâmbulo constitucional, uma vez que foi expresso sobre o tema. Apesar da sua reconhecida carência de força normativa, cuida-se do trecho constitucional mais explícito em defesa da consensualidade, preconizando uma sociedade fraterna e pluralista, “fundada na harmonia social” e comprometida “com a solução pacífica das controvérsias” não só na ordem internacional, mas também na interna (avançando, assim, quanto ao art. 4º, VI e VII, pois vinculado este à seara das relações internacionais).

Prosseguindo, no ano de 2010, o CNJ editou a Resolução nº 125/2010, dispondo “sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”. Como, a teor do art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal, trata-se do órgão administrativo máximo do Judiciário nacional, referida Resolução incutiu normas apenas a tal Poder. Em outras palavras, apenas por analogia ou subsidiariamente poderia a Resolução ser aplicada às administrações federais, estaduais, distritais e municipais. Contudo, a Resolução nº 125/2010 assume relevância neste trabalho por abranger o serviço de mediação judicial em nível nacional, atingindo, por conseguinte, mediações judiciais sobre assuntos de natureza administrativa (além, é claro, das outras espécies de matérias mediáveis em processos judiciais).

A Lei nº 13.140/2015 foi promulgada e entrou em vigor no ano de 2015, dispondo sobre a mediação entre particulares e “a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública”. É corriqueiramente chamada de “lei geral da mediação” ou “marco regulatório brasileiro” em tal temática. Tal lei contém tanto previsões de cunho nacional quanto federal: especialmente na

parte que toca ao direito administrativo, os arts. 32 a 34 deverão ser seguidos por todos os entes federativos brasileiros, ao passo que os arts. 35 a 40 direcionam-se apenas à Administração Pública federal. Os arts. 32 a 40 assentam normas para a autocomposição quando “for parte pessoa jurídica de direito público”, isto é, referem-se a hipóteses extrajudiciais em que ambas as partes são pessoas jurídicas de direito público, ou que apenas uma delas detém tal condição e a outra é pessoa jurídica de direito privado ou particular. Neste trabalho, a aludida lei assume valor especial, pois deixa clara a possibilidade de mediação na Administração Pública.

De acordo com o seu art. 1.045, em 2016 entrou em vigor o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), determinando que o Estado, sempre que possível, promova a adoção dos métodos consensuais de solução de conflitos (art. 3º, § 2º). Dessa forma, o Código valorizou-os inegavelmente ao prescrever ao Poder Público políticas de pacificação social (arts. 165 a 175).

A mediação aproxima-se da democracia deliberativa. Como bem leciona Dias (2018, p. 50), “trata-se de um espaço de deliberação em que é possível argumentar de forma que se chegue a um acordo construído racionalmente e que coloque fim à demanda”. Todavia, na visão desta autora, essa aproximação acontece apenas no direito público, pois não se pode falar em democracia deliberativa quando o conflito tiver características eminentemente privadas. Ora, nessa hipótese, são assuntos não sujeitos ao debate público – diferentemente das matérias administrativas e das pertencentes ao direito público de maneira geral –, estando-se no exercício direto de decisões pessoais e indelegáveis, e não em ações relacionadas à comunidade como um todo, e, conseqüentemente, de cunho democrático e passível de deliberação. No máximo, a ligação que pode ser apontada é de conceder “aos cidadãos a capacidade de deliberarem e resolverem, no processo de resolução de conflitos, as controvérsias na esfera privada, o que fará que os mesmos adquiram o traquejo e competência para resolução de conflitos também na seara pública” (VAL; SOARES, 2014, p. 219), isto é, ensinar a virtude do debate, para ser futuramente exercitada no âmbito da democracia.

Além das previsões esparsas e muitas vezes não expressas acerca da mediação, também não se verifica um detalhismo nos textos legais a

acolher as especificidades de cada matéria, permanecendo mais ostensivo na processualística. À exceção dos arts. 694 a 698 do Código de Processo Civil, que revelaram grande preocupação quanto à mediação familiar, nenhuma outra matéria mediável recebeu, em patamar legislativo, tratamento minucioso (por não pertencerem à esfera administrativa, aqueles dispositivos legais não serão aqui abordados). Mas não se pode deixar de mencionar o movimento legislativo dos demais entes federativos – é dizer, Estados, Municípios e Distrito Federal –, estruturando física e juridicamente a prática da mediação pelas respectivas câmaras, nos seus órgãos internos, promulgando leis e decretos locais.

A ocupação desse espaço legislativo vai ao encontro das previsões legais sobre o tema, que tornaram obrigatórias as câmaras segundo uma exegese literal, pois o art. 32 da Lei nº 13.140/2015 registrou que os entes “poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública”, ao passo que, em 2016, o Código de Processo Civil, em seu art. 174, registrou que eles “criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo”.

O rol de sua competência, conforme a mesma espécie de exegese, deixou de ser exaustivo para ser exemplificativo, o que se infere do mesmo dispositivo legal daquela lei: “com competência para: I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública; II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”, o que se depreende quando cotejado com aquela previsão do código processual: “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”.

Acerca do tema, é indispensável a promulgação de lei para a criação das câmaras administrativas de conciliação e mediação, porque se trata de criação de órgão público, devendo ter por base o art. 32 da Lei nº 13.140/2015. Exemplificativamente, assinala-se a Lei nº 12.003/2016, do Município de Porto

Alegre, que instituiu a Central de Conciliação, vinculada à Procuradoria-Geral do Município, subdividindo-se a Central em indenizações administrativas; mediação e conciliação; conciliação de precatórios. Como ressaltam Corralo e Desordi (2018), a título de vantagem da existência da lei, salienta-se a otimizada racionalidade de se ter câmara de prevenção e resolução administrativa de conflitos em nível local.

Nessa perspectiva, não se pode criar câmaras por meio de decreto autônomo, pois o art. 84 da Constituição Federal não alberga tal opção. Por outro lado, não é suficiente o decreto regulamentador para a criação das câmaras administrativas, por ausente ato normativo (lei) a ser regulamentado. O decreto regulamentador é cabível, consoante o art. 84, IV, da Constituição Federal, com vistas à regulamentação da lei que as criou, a exemplo do Decreto nº 19.437/2016, de Porto Alegre, assim como a regulamentar o procedimento de mediação quando não houver lei prevendo as câmaras. É que a criação da câmara não constitui condição necessária para a autocomposição de conflitos (CORRALO; DESORDI, 2018), porque o art. 33 da Lei nº 13.140/2015 autoriza que, enquanto não forem criadas as câmaras, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na lei, observando os arts. 14 a 20 da lei, em decorrência do seu caráter nacional.

2.2 PRINCÍPIOS E MATÉRIAS MEDIÁVEIS

Para o envolvimento, participação e real diálogo das partes, as normas sobre o procedimento da mediação reservam um hiato indispensável à sua flexibilidade. Nesse hiato, os princípios desempenham papel por demais relevante a orientar a construção de um espaço equânime de diálogo. Vejamos.

Os princípios aplicáveis à mediação encontram previsão no art. 2º da Lei nº 13.140/2015 (imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé), no art. 1º do Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, constante do Anexo II da Resolução nº 125/2010 do CNJ (confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação) e no art. 166 do Código de Processo Civil

(independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade, decisão informada, livre autonomia dos interessados).

Ocorre que a Administração Pública também possui princípios que lhe caracterizam. Para os propósitos do presente trabalho, citam-se os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; e os doutrinários da supremacia/indisponibilidade do interesse público, motivação e isonomia. E, levando-se em conta que um conflito entre princípios teria o condão de obstar, ou de pelo menos limitar, a acolhida da mediação no direito administrativo, impõe-se a investigação do assunto.

Primeiro, examina-se a supremacia/indisponibilidade do interesse público *versus* a consensualidade. A supremacia e a indisponibilidade do interesse público justificam a existência do regime jurídico-administrativo. Entretanto, com alusão à supremacia, a doutrina vem construindo a sua ressignificação, segundo ensina Escola (1989, em livre tradução):

O interesse público, de tal maneira, não é de entidade superior ao interesse privado, nem existe contraposição entre ambos: o interesse público só é prevalecente, com respeito ao interesse privado, só tem prioridade ou predominância, por ser um interesse majoritário, que se confunde e assimila com o querer valorativo atribuído à comunidade.

Esta prevalência se funda, também, no fato de que o interesse público, concebido dessa forma, e como o caracteriza Gordillo, haverá de resultar em maiores direitos e benefícios para todos e cada um dos indivíduos da comunidade, que, por isso, justamente, aceitam voluntariamente aquela predominância, que lhes é vantajosa.

A supremacia do interesse público, então, não se constitui em um obstáculo para a consensualidade, haja vista a interpretação compatível com o Estado Democrático de Direito e com o direito fraterno que deve vigorar. O entendimento de que o interesse público se situa em contraposição ao dos seus cidadãos, prejudicando a consensualidade, é próprio de paradigmas

oitocentistas, destituídos da compreensão de que o indivíduo se insere na comunidade e de que o poder de Estado deve alcançar maior horizontalidade, com os seus cidadãos como centro de sua atuação. Gabardo (2017, p. 117) preleciona que

[...] o exercício da autonomia depende da realização do interesse público a partir de uma base comunitária. E como aponta Héctor Jorge Escola, esta base comunitária não retrata apenas a soma das posições individuais, ou a posição de uma maioria interessada. O interesse público afirma de forma idêntica o respeito às minorias, a partir de um sentimento de solidariedade e integração social. Por este motivo é que o interesse em um regime autoritário jamais será realmente público.

Já quanto à indisponibilidade, se levada ao pé da letra, poderia acarretar o entendimento de que os direitos envolvidos não são objeto de nenhuma transação. Entretanto, Mello (2002, p. 45) destaca que

[...] a indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – que é também um dever – na estrita conformidade do que predisuser a *intentio legis*.

Assim, deve-se ter em mente que a indisponibilidade do direito não significa, de maneira automática, a intransigibilidade de formas de sua concretização. Tal forma de pensar encontra ressonância no já art. 3º, § 2º, da Lei nº 13.140/2015, que registrou o cabimento de mediação para direitos indisponíveis mas transigíveis. Ademais, a circunstância de alguns direitos não se submeterem a qualquer forma de disponibilidade ou de transação não deve suscitar a imediata inadequação da mediação a todo o direito administrativo.

Portanto, os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, por si só, não afastam, em abstrato, o instituto da mediação no âmbito administrativo.

Aliás, hoje se fragmenta o interesse público em primário (que diz respeito à sociedade/comunidade, portanto, aos fins do Estado) e secundário (que concerne à Administração Pública, portanto, ao governo). A propósito (VOLPI, 2011, p. 162):

Nesse ponto é oportuno anotar outra distinção: interesse público primário e interesse público secundário. Aquele se relaciona com os fins do Estado. Diz com a vontade popular expressa no texto constitucional. Este diz respeito a interesses transitórios do Governo, que podem não coincidir com aquele.

Destarte, se compreendido o interesse público com o significado do interesse primário, não se vislumbra oposição entre a sua supremacia e a consensualidade, pois todos, administrador e administrado, mirariam, como lugar ideal, a comunidade e os seus fins. Logo, o impasse entre tais princípios pode ser dirimido pela sua adequada interpretação.

Porém, no campo abstrato há forte oposição entre alguns princípios. Por exemplo, entre o princípio administrativo da publicidade e o princípio da confidencialidade da mediação, pois seus conteúdos são praticamente antagônicos. Enquanto a publicidade veda o sigilo, o segredo e a ocultação de dados, a confidencialidade fulcra-se neles. A publicidade é noção vigorante no direito público, enquanto que a confidencialidade o é no direito privado, sendo esta bem definida, no espaço da mediação, segundo o art. 30, *caput*, da Lei nº 13.140/2015: “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”.

Sucedem que a lei cuidou da disciplina do tema, explicitando que a confidencialidade atinge: com base no art. 30, § 1º, 1) declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; 2) reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; 3) manifestação de aceitação

de proposta de acordo apresentada pelo mediador; 4) documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação; depois, com amparo no art. 198 do Código Tributário Nacional, 5) os servidores da administração no tocante ao sigilo das informações sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros, sobre a natureza e o estado de suas atividades; com fundamento no art. 166, § 1º, do Código de Processo Civil, 6) as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. Logo, em tais casos, a publicidade é relativizada em favor de uma maior proteção privatística.

De outro giro, excetua-se do dever de confidencialidade, assegurando a publicidade: o art. 198, § 3º, do Código Tributário Nacional, 1) quanto à divulgação de informações relativas a representações fiscais para fins penais, inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública e parcelamento ou moratória; o art. 30 da Lei nº 13.140/2015, 2) se as partes expressamente decidirem de forma diversa; 3) quando sua divulgação for exigida por lei; 4) quando necessário para cumprimento de acordo obtido pela mediação; 5) quando a informação aludir à ocorrência de crime de ação pública; 6) quanto à prestação de informações à administração tributária após o termo final da mediação.

Dessa forma, observa-se que há nítida intenção legislativa de compatibilização entre os dois princípios no plano prático, bem como a sua própria viabilidade, o que ratifica a possibilidade de utilização do instrumento da mediação na esfera do direito administrativo.

Visando a delimitar ainda mais a investigação, passa-se a verificar a possibilidade da mediação nas esferas dos entes federativos e das demais pessoas de direito público, sob as previsões legais já existentes e que retiram muitas dúvidas sobre o debate.

Já fora registrado que o art. 3º da Lei nº 13.140/2015, em seu *caput* e § 2º, efetua uma primeira delimitação, admitindo para a mediação conflitos sobre direitos disponíveis e, também, indisponíveis mas transigíveis. No tocante a controvérsias entre órgãos da Administração Pública federal, o art. 36 da lei prevê a obrigatoriedade da realização da mediação extrajudicial pela Advocacia-Geral da União. De outra banda, é facultativa a submissão

de litígios dos Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias e fundações públicas, bem como das empresas públicas e sociedades de economia mista federais, à mediação extrajudicial pela Advocacia-Geral da União – salvo, contudo, quando estas explorarem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços em regime de concorrência, conforme se depreende da leitura conjunta dos arts. 37 e 38, II, da lei em comento, hipótese em que não poderão exercer tal faculdade.

Com relação aos particulares, a permissão do art. 43 da Lei nº 13.140/2015 para a criação de câmaras administrativas para a resolução de seus conflitos, quando versarem sobre atividades reguladas ou supervisionadas pela Administração Pública, incluindo, na esteira do seu art. 32, § 5º, o equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares, tornam indubitáveis o ambiente de mediação para os cidadãos no interior da Administração Pública.

Avançando na análise, enfatizam-se as temáticas jurídicas administrativas – o que propiciaria, inclusive, averiguar, no interior de cada temática, outras vantagens, óbices ou pormenores inexistentes ou não observados nas demais áreas quanto à mediação. Há diversas previsões legais que proporcionam a mediação em temas que tocam ao direito administrativo: coletiva, com relação à prestação de serviços públicos (art. 33, parágrafo único, da Lei nº 13.140/2015); sobre tributos federais (art. 38, *idem*); comunitárias, escolares e serventias extrajudiciais (art. 42, *ibidem*); consumidor (art. 4º, V, do Código de Defesa do Consumidor). Por oportuno, prosseguindo no exame das expressas previsões legais, destaque-se que a lei exclui a mediação no que diz com a matéria constante de atos/concessões sujeitos a autorização do Poder Legislativo (art. 32, § 4º, da Lei nº 13.140/2015).

Restam dúvidas sobre a aplicabilidade da mediação às matérias ambientais, de saúde e sancionador, casos que demandariam estudos específicos mais extensos, em razão da extensão da proteção que conferem aos respectivos bens jurídicos. Contudo, em uma resposta mais simplificadora sobre o ambiental e a saúde, relembre-se que ambos os assuntos envolvem responsabilidade civil, o que reforça a existência de uma margem suscetível de transação. Quanto ao mais, reporta-se novamente ao teor do art. 3º, § 2º, da Lei nº 13.140/2015, que reserva a possibilidade de mediação aos direitos

indisponíveis mas transigíveis, o que assegura algum espaço à mediação na concretização de tais direitos, ainda que não o sejam em sua integralidade.

Relativamente ao direito sancionador, ao ver desta autora, trata-se da área mais polêmica à mediação administrativa. Traçando-se um paralelo, eventuais críticas são similares às que se oporia à disponibilidade da ação penal pública, dado o caráter público e o punitivo indiscutivelmente presentes no processo administrativo disciplinar e na ação penal pública. De mais a mais, o processo administrativo disciplinar encontra respaldo na Constituição Federal, não se podendo resolver o conflito com base infralegal, tampouco em interpretá-lo como disponível em qualquer grau em razão da necessidade de se assegurarem os princípios do contraditório e da ampla defesa (lógica aplicável tanto ao direito sancionador como ao direito penal e ao processo penal).

Há, ainda, considerações a serem tecidas sobre outros princípios administrativos, os quais poderiam ser prenunciados como colidentes com os princípios da mediação. Ao indicar que a atuação administrativa deve observância à lei, o princípio da legalidade (art. 37 da Constituição Federal e art. 2º da Lei nº 9.784/1999) excluiria, à primeira vista, o espaço de negociação individualizador da mediação. Contudo, tal crítica parece bastante limitada, embasando um falso dilema, na medida em que, na linha do já exposto neste trabalho no item referente às normas jurídicas, há autorização legislativa ao administrador público para a mediação em vários dispositivos legais, não restando dúvidas de que ela possui supedâneo legal também na área administrativa. No que tange especificamente à participação do administrador público e às decisões por ele tomadas no bojo da mediação, obviamente são delimitadas pelas normas jurídicas existentes, não se tratando de atuação completamente arbitrária, mas, em uma adequada via interpretativa, verdadeiramente discricionária.

Mello (2002) sustenta que a discricionariedade emana do substrato fático da norma jurídica, de seu mandamento ou de sua finalidade. Segundo o autor, caracterizados determinados pressupostos de fato – os motivos –, ao administrador será permitido certo ato, em vista da finalidade indicada pela lei. Também, a discricionariedade procede do mandamento da lei se a norma facultar um comportamento, em vez de exigi-lo, ou, ainda, se outorgar ao administrador o encargo de decidir sobre a providência a ser obrigatoriamente

tomada, elegendo entre pelo menos duas alternativas. Ou, ainda, a lei conferirá discricção ao administrador quanto à forma do ato ou ao momento de sua prática.

Assim conceituada e delimitada a discricionariedade administrativa, constata-se que a atuação do administrador público no procedimento de mediação vem a se inserir nas hipóteses do parágrafo retro – é claro, impondo-se a cuidadosa análise casuística. Em suma, se entendida como um espaço legal de discricionariedade, a mediação não encontra óbice no princípio da legalidade.

No mesmo sentido, o princípio da motivação (art. 2º da Lei nº 9.784/1999) é, inclusive, consentâneo com a mediação, pois aquela participação e subsequentes decisões do administrador público são logicamente passíveis de justificação, por não serem, como já dito, arbitrárias. Portanto, a motivação dos atos administrativos também é exigível na mediação para fins de controle administrativo, inclusive a legitimar a sua adoção, difundindo-a a amplamente como prática administrativa.

Já o princípio da isonomia (art. 37 da Constituição Federal e art. 2º da Lei nº 9.784/1999) reivindica uma especial atenção aos administradores no encaminhamento coletivo das soluções dos conflitos, uma vez que, a partir dele, o ente público não poderia fazer acordos sob diferentes condições se os administrados estiverem em situação idêntica. Leciona Mello (2002, p. 55-56):

Uma vez que os interesses que lhe incumbe prosseguir são pertinentes à sociedade como um todo, quaisquer atos que os órgãos administrativos pratiquem devem, necessariamente, refletir, na medida do possível, a igualdade de oportunidades para todos os administrados. “Todos são iguais perante a lei [...]”, proclamam habitualmente as Constituições. *A fortiori* todos são iguais perante a Administração e seus atos [...].

De tal princípio decorre, assim, a premência de uma organização administrativa sistematizada e de manutenção de dados, com a criação de

paradigmas de acordos e a elucidação de seus critérios, seguindo também o antes ponderado princípio da motivação (VOLPI, 2011, p. 162):

As possíveis intempéries (limitações orçamentárias, diferentes demandas sociais, fatos novos) a que está sujeita a Administração não podem ser invocadas para acobertar privilégios odiosos. Espera-se uma postura garantidora, por parte do agente público, na efetivação desse princípio. Entretanto, nesses casos, caso a Administração Pública não possa efetuar a conciliação nos termos do acordo paradigma, deverá declinar os motivos porque não o fez.

Tal modo de atuação administrativa talvez ainda não esteja inserida na Administração Pública, mas torna-se essencial ao tratamento isonômico dos cidadãos, também alcançando o mesmo resultado, quando submetidas demandas semelhantes.

É digno de novo destaque a imparcialidade com a qual os mediadores devem atuar. Em conflitos da Administração Pública com terceiros, há uma ambiguidade na posição estatal, com duplicidade de papéis: ocupa uma posição conflitiva contra seus administrados, representando interesses de pessoas que legitimam o estado, mas, por outro lado, o polo antagônico “possivelmente, será ocupado por um cidadão – o legitimador do poder estatal. Trata-se de uma relação social complexa” (SPENGLER; WRASSE, 2017, p. 77). Portanto, indaga-se se a mediação extrajudicial levada a efeito administrativamente não colocaria tal princípio em risco, pois, vinculados os mediadores à Administração Pública (e não ao Judiciário), acabariam por atuar de modo parcial, em favor desta, ainda que inconscientemente.

Em uma primeira análise, mais superficial, afasta-se o risco da parcialidade ao menos no plano teórico, pois o princípio da imparcialidade, além de corolário da isonomia, já é previsto à Administração Pública nos arts. 37 da Constituição Federal e 2º da Lei nº 9.784/1999. Não obstante, não se deve ignorar a assentada complexidade de tal relação, investindo-se em uma formação de qualidade aos mediadores, para que não sucumbam à possibilidade de perda da imparcialidade. Outrossim, assimilando-se o interesse público

com o interesse primário, essa oposição potencialmente existente dissipa-se. De todo o modo, a própria opção da mediação já se mostra como uma forma de redução daquela complexidade, pois “a opção por formas alternativas às tradicionais podem contribuir para a simplificação e a eficiência na solução desses conflitos” (CORRALO; DESORDI, 2018, p. 05). Dessa forma, em que pese não isenta de dificuldades – como a manutenção da imparcialidade dos mediadores que atuam na administração pública –, a mediação ainda se afigura o formato de encaminhamento de conflitos que melhor pode lidar com essa espécie de dificuldades, por inserir, de maneira efetiva, o diálogo no procedimento.

Respeitante ao princípio da eficiência, previsto nos arts. 37 da Constituição Federal e 2º da Lei nº 9.784/1999, a mediação tem sido apontada como uma alternativa a dar vazão à elevada litigiosidade no Brasil. O tema alcança ímpar expressão no direito administrativo, pois as pessoas jurídicas de direito público se constituem, na grande maioria, de litigantes no Brasil. O CNJ assinala que, do número total de processos dos cem maiores litigantes nacionais, 51% (cinquenta e um por cento) têm como parte ente do setor público (2018, p. 15). Desse modo, como antes argumentado, a mediação é capaz de colocar fim à lide sociológica e, assim, de evitar novos processos e de findar o processo originário; possui, portanto, o potencial de atingir diretamente o elevado número de procedimentos, tanto judiciais quanto extrajudiciais, integrados pela Administração Pública.

Em um primeiro contato com o princípio, a eficiência remete a um juízo numérico e de resultados, com as concepções afins da produtividade, otimização, celeridade e economicidade, sem auditar qualidade. Reconhece-se a importância de uma visão numérica sobre a eficiência, primordialmente em um país continental como o Brasil, com cidades superpopulosas e tendo sempre presente a escassez de recursos públicos. Também, ainda em prol de tal visão, é fato que o seu caráter analítico integra a transformação das modalidades estatais e os anteriores paradigmas jurídicos, tendo, inclusive, impulsionado a eficiência como princípio.

Mas, contemplada a eficiência de uma maneira mais ampla, dotada de significado qualitativo, os cidadãos estarão preservados não só no atendimento numérico de suas demandas, mas também qualitativo e satisfatório de seus

direitos. Em suma, a pertinente compreensão do princípio da eficiência não a resume a uma análise simplesmente pragmática de resultados (por exemplo, de redução das demandas administrativas).

Ora, sobre o instituto da mediação, se os seus aspectos positivos não se cingem a um exame meramente numérico, sendo hábeis de trazer satisfatoriedade às partes, infere-se que essa compreensão da eficiência, envolvendo também a noção de qualidade, é ainda mais coerente com a consensualidade.

Logo, a mediação corresponde de maneira intensa ao princípio administrativo da eficiência, tanto que diversos órgãos administrativos têm procurado operacionalizá-la internamente, obtendo sucesso. Por fim, é de se consignar que não se observou qualquer conflito relevante entre os princípios da mediação e os da Administração Pública, principalmente em razão dos parâmetros da consensualidade e da fraternidade – opções deste trabalho –, concluindo-se, inclusive, que a sua adoção administrativa é deveras vantajosa.

CONCLUSÕES

Vivemos um momento em que as correntes jurídicas frutos de uma visão oitocentista, binarista e matematicizada não mais correspondem às demandas postas nos processos judiciais, revelando-se, no mínimo, extemporâneas. Mas, mais que isso, não só a complexidade da sociedade atual, mas a própria complexidade humana (renegada no interior das práticas burocráticas), exige novas formas de pensar o Direito, as quais incluam o humano, a comunidade, o diálogo e a efetiva participação dos cidadãos na tomada de decisões.

Não se ambiciona apresentar conclusões definitivas, mas assumir uma nova ótica por meio da qual a consensualidade é paradigma, bem como o direito fraterno consiste em metateoria a subsidiar as demais teorias jurídicas em suas extensões críticas e interpretações. Cuida-se de conduta coerente com o caminhar do Estado de Direito, na acepção atual de Estado Democrático de Direito.

Para ser bem compreendido em termos de potencial psicológico, alcance democrático, importância sociológica e relevância no meio jurídico, o instituto da mediação deve ser contextualizado nessa transição de paradigmas, sob

pena de encontrar óbices à sua efetiva incorporação pelos operadores jurídicos. Trata-se de uma ressignificação dos institutos jurídicos e de uma necessária readequação das interpretações a alcançar a compreensão da mediação, em que a Administração Pública deixa de ser um obstáculo à consecução dos direitos, mas um meio de sua concretização.

O tema da mediação suscita discussões mais agudizadas quando se procura amoldá-lo ao direito administrativo, apresentando, em tal seara, mais peculiaridades e dificuldades que na área civilística, visto que a Administração Pública é regida por princípios próprios e vem subsumida nos paradigmas jurídicos anteriores – além de toda a limitação exclusiva do direito público no que toca à liberdade de atuação.

Entretanto, após uma adequada delimitação conceitual e principiológica, é possível afirmar que não há, ao menos no plano teórico, incongruências entre ambas – mediação e Administração Pública – que desestimulem as tentativas de acolhida da primeira pela segunda. Há algumas subáreas já acostumadas à consensualidade, como o direito do consumidor; outras em franca evolução, como o direito ambiental; e outras que precisam ser melhor estudadas, como o direito sancionador. Porém, além das fortes vantagens da adoção da mediação, acredita-se que, mesmo no direito administrativo, é o inevitável e acertado caminho.

Aliás, para além de relevante em termos de resultados ao Poder Público, se definitivamente incorporada, estar-se-ia dando exemplo aos cidadãos sobre maneiras fraternas de relacionamento, pois a mediação implica o mútuo reconhecimento entre os cidadãos.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, H. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARENDDT, H. *Responsabilidade e julgamento: escritos morais e éticos*. Tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BACELLAR, R. P. *Mediação e arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BAZEMORE, G.; WALGRAVE, L. *Restorative juvenile justice: repairing the harm of youth crime*. New York: Willow Tree Press, 1999.

BRASIL. Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – *Código Tributário Nacional*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015 – *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado160204202007225f1862fcc81a3.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. *Manual de mediação judicial*. 5. ed. Brasília: CNJ, 2015. In: AZEVEDO, A. G. de (org.). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2ddd6fec54>. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. *100 maiores litigantes*. Brasília, DF, 2011. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 17 out. 2020.

CORRALO, G. da S.; DESORDI, D. Mediação na Administração Pública municipal: aplicação da Lei 13.1340/2015 às municipalidades. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, v. 4, n. 1, 2018, p. 1-17.

DIAS, J. G. Mediação de conflitos, democracia participativa e comportamento cidadão. *CSONline – Revista Eletrônica de Ciências Sociais*, n. 26, 2018, p. 49-63.

ESCOLA, H. J. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

GABARDO, E. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 4, n. 2, p. 95-130, 2017.

GADAMER, H.-G. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

HILÁRIO, C. M.; TOGNOLI, N. B.; GRÁCIO, M. C. C. A colaboração científica na perspectiva dos sistemas auto-organizados: um estudo metateórico. *Informação & Sociedade*, v. 26, n. 1, 2016.

KUHN, T. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

MELLO, C. A. B. de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MOREIRA, E. B. Atos administrativos negociais. In: WALD, A.; JUSTEN FILHO, M.; PEREIRA, C. A. G. (org.). *O direito administrativo na atualidade*. São Paulo: Malheiros, 2017.

MOREIRA NETO, D. de F. *Administração Pública consensual*. Mutações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA NETO, D. de F. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, 2003.

OST, F. *O tempo do Direito*. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PEREIRA, G. R.; SILVA, T. H. C. Mediação e Administração Pública: possibilidades e limites. *Revista Aporia Jurídica*, ISSN 2358-5056, v. 1, n. 10, 2018.

RESTA, E. *O direito fraterno*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

SPENGLER, F. M.; WRASSE, H. P. A (im)possibilidade da (auto)composição em conflitos envolvendo a administração pública: do conflito à posição de terceiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, a. 11, v. 18, n. 3, p. 69-93, set./dez. 2017.

STRECK, L. L.; BOLZAN DE MORAIS, J. L. *Ciência política e teoria do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VAL, E. M.; SOARES, A. B. da C. Inovando com a mediação: as garantias e princípios do processo constitucional e a proposta do Tribunal Multiportas como modelo de solução de conflitos na América Latina. In: BRANDÃO, F. H. de V.; MAILLART, A. S.; TAVARES NETO, J. Q. *Acesso à justiça I*. Organização Conpedi/UFPB. Florianópolis: Conpedi, p. 197-224, 2014.

VAZ, P. A. B. Lei de Mediação e Conciliação tem pontos positivos e algumas falhas. *Revista Consultor Jurídico*, julho de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-03/paul-vaz-lei-mediacao-pontos-positivos-algumas-falhas>. Acesso em: 17 out. 2020.

VENTURI, E. R. Ainda sobre Humanismo e Direito: Humanismo e anti-humanismo para Lévi-Strauss na leitura e interpretação de Tzvetan Todorov. *Âmbito Jurídico*, v., a. XIV, p. n. 90, 2011.

VOLPI, E. K. R. Conciliação na Justiça Federal. A indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. *Revista da PGFN*, p. 139-164, 2011.

WATANABE, K. Política pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo*, p. 381-389, 2011.

WEBER, M. A ética protestante e o espírito do capitalismo. Tradução: José Marcos Mariani Macedo. São Paulo: Cia. das Letras, 2004.

Submissão em: 21.10.2022

(Avaliador A) Avaliado em: 01.02.2023

(Avaliador B) Avaliado em: 30.01.2023

Aceito em: 17.05.2026

