

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM ADVOCACIA DE ESTADO E DIREITO PÚBLICO

Luciana Bugallo de Araujo

**Composição de Conflitos Envolvendo a Administração Pública
Federal**

Porto Alegre

2016

LUCIANA BUGALLO DE ARAUJO

**Composição de Conflitos Envolvendo a Administração Pública
Federal**

Monografia apresentada à Banca examinadora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul exigência parcial para obtenção de certificado de conclusão em Especialização em Advocacia de Estado e Direito Público.

Orientador: Rafael Da Cás Maffini

Porto Alegre

2016

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU	Advocacia Geral da União
CC	Código Civil
CCAF	Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública
Federal	
JEC	Juizado Especial Cível
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CTN	Código Tributário Nacional
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de
Magistrados	
MESC	Método Extrajudicial de Solução de Conflitos
TCU	Tribunal de Contas da União

RESUMO

O presente trabalho analisa a composição de conflitos, com ênfase nos que envolvam a administração pública federal, explicitando os possíveis impedimentos e formas de contorná-los. Assim, em um primeiro momento, apresenta-se uma visão geral da composição de conflitos no Brasil trazendo a análise histórica, conceitos e legislação aplicável. Em uma segunda parte, aborda-se cada uma das possibilidades mais comuns de problemas relacionados com a solução pacífica na administração pública federal, procurando apontar formas de contornar ou solucionar. A importância de analisar tais questões se revela na necessidade de reduzir a quantidade de processos, garantir melhora na prestação jurisdicional, assegurar de fato o amplo acesso à justiça e promover a pacificação social. Nesse sentido, as soluções pacíficas tem sido apontadas como a solução mais viável. O enfoque na administração pública federal se justifica em face de figurar como parte na maioria dos processos judiciais.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 A COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL.....	9
2.1 ANÁLISE HISTÓRICA.....	9
2.2 CONCEITOS.....	16
2.3 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.....	20
2.3.1 Disposições constitucionais	
2.3.2 Regulação infraconstitucional	
2.3.2.1 Resolução nº 125/2010 CNJ.....	
2.3.2.2 Novo Código de Processo Civil.....	
2.3.2.3 Lei nº 9307/1996 combinada com a Lei nº 13.129/2015.....	
2.3.2.4 Lei nº 13.140/2015.....	
2.3.2.5 Outras normas.....	
3 A COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL.....	26
3.1 Regramento aplicável	26
3.2 Limites e desafios à composição de conflitos.....	31
3.2.1 Indisponibilidade do Interesse Público e o princípio da legalidade.....	
3.2.2 Cultura do litígio.....	
3.2.3 Uso indiscriminado e a desqualificação dos seus profissionais	
CONCLUSÕES.....	41
REFERÊNCIAS.....	44

INTRODUÇÃO

A utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos é uma realidade consolidada na maior parte dos países. Esse movimento passou a ser chamado internacionalmente de ADR – “Alternative Dispute Resolution”. Existe há mais de século na Europa e na África, sendo milenar na China e Japão. Os Estados Unidos utilizam há algumas décadas. O Brasil ainda é incipiente no assunto. Porém, diversos fatores têm convergido atualmente para que tais práticas evoluam e se aperfeiçoem em nosso país.

Atualmente podemos dizer que o direito administrativo brasileiro vêm se modificando de modo a permitir cada vez mais a busca pelo consensualismo. Dogmas a respeito da indisponibilidade do interesse público e vinculação a legalidade estrita estão sendo revistos, visando maior eficiência, economicidade e celeridade na resolução de conflitos. A cultura do litígio também tem sido desestimulada, de modo a ganhar espaço o discurso da busca pela solução pacífica de conflitos.

Afora isso, a crise do judiciário, aparentemente sem solução, tem levado os legisladores e estudiosos a respeito do tema a vislumbrar na solução pacífica de conflito a possibilidade mais viável de contornar a questão. Tais meios de resolução implicam em celeridade na resolução das lides, garantem a economicidade e objetivam a pacificação social. Ou seja, apresentam diversas vantagens.

A partir disso, a normatização a respeito do tema evoluiu muito no Brasil nos últimos anos, especialmente em 2015. Com a publicação do novo Código de Processo Civil, com o Marco Legal da Mediação e a partir das modificações na Lei de Arbitragem efetuadas nesse ano, podemos dizer que as soluções pacíficas de conflito tendem a ser cada vez mais utilizadas.

Este estudo analisará as principais normas sobre o tema. Contudo, considerando que a Administração Pública Federal corresponde ao ente envolvido em mais demandas judiciais, se buscou dar enfoque na regulação realizada em âmbito federal, analisando as peculiaridades aplicáveis a tais entes.

Não obstante, para que a utilização prospere, é necessário aprimorar o estudo a respeito dos limites e desafios relacionados à solução pacífica de conflitos, visando auxiliar o enfrentamento desses problemas e buscar a eficiência e vantajosidade prática da utilização desses métodos.

Assim, este trabalho foi cindido em duas partes. Num primeiro momento abordaremos de forma genérica a composição de conflitos, analisando a evolução legislativa, conceitos e regramentos aplicáveis. Em uma segunda parte, trataremos especificamente da composição de conflitos envolvendo a administração pública, estudando os limites aplicáveis e seus desafios, com análise de possíveis soluções.

Capítulo 2 **A COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL**

2.1 Análise histórica

Intuitivamente sabemos que a solução pacífica de conflitos vêm sendo utilizada pela humanidade desde seus primórdios. Atualmente os meios mais conhecidos no Brasil são a mediação, a conciliação e a arbitragem.

A arbitragem remonta como forma de solução desde a Idade Antiga, sendo aplicada inicialmente no âmbito do direito interno e após passou a ser utilizada até para dirimir questões entre as cidades-estado da Babilônia e da Grécia.

No Brasil, durante o período colonial, as Ordenações Filipinas de 1603 (Livro III, Título XX, Parágrafo 1º) já previam a obrigação de os juízes tentarem conciliar as partes. A inspiração veio do direito francês, que por sua vez se inspirou na legislação holandesa. Admitia-se recurso ainda que as partes tivessem lavrado o compromisso arbitral com disposição expressa de não possibilidade de recurso, sendo que a decisão arbitral daquela época não estava sujeita à homologação judicial.

Na Constituição de 1824, o art. 160 assegurava sentenças arbitrais sem possibilidade de recurso, se assim dispusessem as partes. A Carta Magna de 1934 igualmente a previu. Contudo, as Constituições de 24 de fevereiro de 1895, de 1937, de 1946 bem como a de 1967, não fizeram nenhuma referência a arbitragem. Atualmente, a CF de 1988, a menciona no preâmbulo, no art. 4º, § 9º, inc. VII e no art. 114, § 1º.

A arbitragem passou a ser obrigatória para contratos de seguro, em 1831 e de locação de serviços no ano de 1837. O Código Comercial brasileiro, editado pela Lei nº 556, de 25 de julho de 1850, estabelecia a resolução de questões contratuais mediante arbitramento. Em 1866 tal obrigação foi revogada, tendo o código civil de

1916 regulamentado novamente o juízo arbitral, porém voluntário. O código civil atualmente vigente igualmente prevê de forma voluntária.

Nesse sentido também dispuseram os códigos de processo civil desde o de 1939 até o atualmente vigente. Em 1996, a Lei nº 9307, de 23 de Setembro regulamentou a arbitragem. A Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, ampliou o âmbito de aplicação da arbitragem, dispondo sobre escolha de árbitros e trazendo outras alterações.

Tal instituto vem sendo cada vez mais utilizado no Brasil, em razão da rapidez na solução e em face da especialidade do arbitro a respeito do assunto. O juiz além de precisar de mais tempo para decidir, dificilmente será um especialista na causa.

A mediação já era empregado no período antes de Cristo. Direccionava-se mais para questões comerciais. No Brasil a Constituição Imperial de 1824 já a citava nos artigos 160 e 161, prevendo a atuação do juiz de paz como conciliador durante o processo. Contudo, somente na metade do século XX a mediação passou a ser conscientemente estudada, teorizada, iniciando em regiões da África. Sociólogos da década de 50 e início da década de 60 constataram tais experiências, servindo de exemplo as demais nações ditas civilizadas.¹

No Brasil a mediação vem sendo cada vez mais utilizada em vários Estados, tanto pelo setor público quanto pelo privado. Um dos programas mais importantes a fazer uso do Instituto da Mediação no Brasil foi o Balcão de Direitos, implementado pela Organização Não Governamental Viva Rio, atuando em favelas do Rio de Janeiro desde 1996 (SOUZA NETO, 2001, p. 201). Em razão do sucesso desse programa, foi implementado como política pública e estendido a diversos estados.

No âmbito das demandas trabalhistas a Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, que trata da participação dos trabalhadores nos lucros e

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**. São Paulo: Cortez, 1997. p. 175.

resultados da empresa, apresenta no artigo 4º, como soluções extra-judiciais para a solução dos conflitos, a Mediação e a Arbitragem.

A Constituição Federal de 1988 a menciona no artigo 98, inciso I e II e recentemente passou a vigorar a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, dispõe sobre a mediação e autocomposição de conflitos na administração pública.

Estudos divergem a respeito da origem da conciliação, o fato é que se trata de instituto há muito tempo utilizado pelos povos. No Brasil as Ordenações Filipinas já falavam em conciliação, em seu Livro III, Título XX, § 1º. A Constituição do Império, de 1824, também a previu nos artigos 161 e 162. Em novembro de 1832, o Código do Processo Criminal, dispôs de modo provisória a respeito de conciliação no processo civil. Havia eleição para juízes de paz, sem a necessidade de bacharelado em direito. A primeira lei disciplinando tais cargos foi a Lei de 15 de outubro de 1827, seguida da Lei de 111 De outubro de 1828. Eram uma espécie de "bandeira dos liberais".²

Contudo, o Juizado de Paz foi objeto de intensa disputa entre liberais e conservadores. Tanto que os conservadores reagiram por meio da Lei de 3 de dezembro de 1841, esvaziando as atribuições do juiz de paz. Após, o capítulo do Regulamento 737, de 1850, que disciplinava a conciliação, foi revogado pelo Decreto nº 359, de 26 de abril de 1890.

Em 1943, pelo Decreto-Lei. nº 5.452, de 1º de maio, que aprovou a CLT, a conciliação volta a existir no processo brasileiro, se tornando obrigatória nos processos trabalhistas, conforme arts. 847 e 862. Após, a Lei nº 968, de 10 de dezembro de 1949, torna também obrigatória a tentativa de conciliação nas ações de desquite litigioso e nas ações de alimentos.

² LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História – Lições introdutórias**, Max Limonad, 2000. p. 32.

O Código de Processo Civil de 1973 dispunha a respeito da conciliação em diversos artigos. Quais sejam: 125, inc. IV, 269, inc. III, 277, 331, 448, 449, 584, inc. III, e 475-N, incs. III e V.

A conciliação também encontra regulação no Código Civil (art. 840, correspondente ao art. 1.025 do CC/1916); na Lei 5.478/68 (Lei de Alimentos, arts. 9º e 11); na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT (arts. 649, 764, 831, 847 e 850); na Lei de Arbitragem (arts. 21, § 4º, e 28), no Código de Defesa do Consumidor (arts. 5º, IV, 6º, VII, e 107); na Lei n. 9.099/95 dos Juizados Especiais e na Lei n. 10.259/01 dos Juizados Especiais Federais.

2.2 Conceitos

Desde a década de 80, nos Estados Unidos, de forma pioneira, se utiliza a expressão *Alternative Dispute Resolution* – ADR. Atualmente passou a se denominar *Appropriate Dispute Resolution*. Nos países da América Latina se traduz como *Resoluciones Alternativas de Disputas* – RAD.

Atualmente a doutrina costuma utilizar no Brasil a denominação: “meios alternativos/adequados de solução de conflitos”, conhecidos pela sigla “MASCs”. A forma “meios adequados de solução de conflitos” tem sido preferida, uma vez que, não denota ser apenas uma alternativa à via judicial.

Mais recentemente ainda, encontramos quem prefira usar a expressão “métodos adequados”. Contudo, já foram denominados como “meios extrajudiciais”.

De qualquer forma, os meios ou métodos adequados mais difundidos no Brasil correspondem a mediação, a conciliação, a arbitragem e a negociação. A negociação é a forma menos complexa, sendo ainda pouco difundida no Brasil, resumindo-se sua utilização nas questões empresariais.

Entretanto, existem diversas outras formas sendo desenvolvidas em outros países, conforme leciona Francisco Maia Neto:

Contudo, existem muitos outros sendo desenvolvidos no mundo – alguns consistem em releituras de mecanismos que já conhecemos. Vale destacar que não há limites para a criação de MESC's, uma vez que a finalidade sempre será a implementação adequada do meio ao caso concreto, com a consequente pacificação das relações. (NETO, 2014, p. 30-1)

O autor, ainda, enumera formas pouco conhecidas no Brasil. Quais sejam: Rente-a-judge, baseball arbitration, High-Low Arbitration, Mini-trial, Early neutral evaluation, Neutral fact-finding, Disputes Resolution Board – DRB, Consensus building e Ombudsman. (NETO, 2014, p. 31-7)

Podemos citar NETO, Francisco Maia, também quanto ao conceito de negociação (NETO, 2014, p. 28). Explica que se restringe as partes e apresenta suas fases.

A negociação é um processo de troca de informações entre as partes, com a finalidade de se alcançar um acordo. As fases da negociação podem ser definidas como: preparação, compreendendo o conhecimento e a definição da própria posição e dos objetivos a serem alcançados; desenvolvimento, em que ocorrem a programação da agenda e a formulação de propostas, concessões e soluções alternativas; desfecho, que pode resultar em acordo, interrupção temporária ou término da negociação.

A mediação deriva do latim “mediatio”, que significa intervenção, intercessão. Na mediação um terceiro (intermediário) intervém de forma pacífica e neutro, buscando a realização de acordos visando pacificar desavenças.

A palavra conciliação é derivada do latim conciliatio, de conciliare (atrair, harmonizar, ajudar), entende-se o ato pelo qual duas ou mais pessoas com desentendimento a respeito de seu negócio o resolvam amigavelmente. “[...] *tecnicamente, tanto pode indicar o acordo amigável, como o que se faça, judicialmente, por meio de transação, que termina o litígio*” (SILVA, 2004, p. 381).

Segundo De Plácido e Silva a arbitragem deriva do latim. Vejamos o conceito:

[...] latim arbiter (juiz, louvado, jurado), embora por vezes tenha o mesmo significado de arbitramento, é, na linguagem jurídica, especialmente

empregado para significar o processo que se utiliza, a fim de se dar solução a litígio ou divergência, havida entre duas ou mais pessoas.³

A mediação e conciliação se diferem da arbitragem quanto a quem decidirá o conflito. Na arbitragem o árbitro decide, nas demais as partes decidem em acordo. O mediador e o conciliador apenas facilitam a negociação, buscam ajudar as partes a encontrarem uma forma de solução. A partir dessa constatação podemos dizer que a mediação e a conciliação consistem em métodos autocompositivos de resolução de litígios, enquanto a arbitragem é método heterocompositivo.

A conciliação e a mediação se distinguem quanto à natureza do relacionamento anterior entre as partes, segundo se depreende do disposto pelo novo CPC, em seu artigo 165 §§ 2º e 3º. Ou seja, o conciliador irá atuar precipuamente nos casos onde não havia relação anterior entre as partes, de modo que o vínculo existente é meramente circunstancial. Já o mediador irá intervir em conflitos envolvendo relações continuadas – por isso diz-se que mediações são geralmente mais complexas, pois envolveriam “aspectos psicológicos” (WALLBACH, 2016, p. 328).

De acordo com Maria de Nazareth Serpa a mediação se difere da conciliação também por envolver um processo onde o papel do mediador é mais ativo em termos de facilitação e mais passivo em relação à intervenção no mérito ou no enquadramento legal. (SERPA, 1999, p. 146).

Pode-se dizer ainda, que a mediação difere das demais formas, uma vez que, busca a aproximação das partes sem preocupação exclusiva com a obtenção de um acordo. O objetivo principal é a pacificação, reconstruir as relações. Não importa tanto ganhar ou perder e sim buscar uma solução que atenda a todos os interesses, com satisfação de todos os envolvidos.

2.3 Legislação a respeito

³ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. v. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 129.

2.3.1 Disposições constitucionais

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, no seu preâmbulo já estabelece a solução pacífica de conflitos como objetivo a ser perseguido. Vejamos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.⁴

Tal disposição não possui força normativa, contudo serve como norte para interpretar a CF de 88. Já art.4º da CF enumera a solução pacífica de conflitos como um dos princípios a reger as relações internacionais. Vejamos:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

VII - solução pacífica dos conflitos;

(...)

No art. 98 da CF, ao tratar dos juizados especiais, dispõe a respeito de conciliação e da justiça de paz. Reza o artigo 98 da CF:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência

⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação. (grifo nosso)

A Lei Maior menciona também a arbitragem no art. 114, § 1º. *In verbis*:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

(...)

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

(...)

Percebe-se que a Constituição Federal, já em 1988, buscava incentivar a solução pacífica de conflitos, embora só recentemente tenha se tornado prioritário entre juristas e legisladores. Tendo isso em vista pode se dizer que a legislação infraconstitucional vêm aprimorando a regulação a respeito.

2.3.2 Regulação infraconstitucional

2.3.2.1 Resolução nº 125/2010 CNJ

No Brasil, vêm crescendo na comunidade jurídica, o interesse pela busca de soluções pacíficas de conflito, especialmente em face da crise do judiciário, de difícil solução. Nesse sentido em 2010, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por meio da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010 instituiu a Política Judiciária Nacional, criando mecanismo de conciliação. Tal norma dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

A Resolução nº 125, determinou aos Tribunais, a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, e para atender aos Juízos, Juizados ou Varas. Estabeleceu a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, conhecidos como os CEJUSCs, incumbidos de realizarem as sessões de conciliação e mediação pré-processuais, com audiências

realizadas por conciliadores e mediadores credenciados junto ao Tribunal. A partir daí passaram a se multiplicar cursos de capacitação, supervisionados pelo CNJ e Tribunais, a fim de treinar novos conciliadores e mediadores.

Em 2010 o CNJ também criou o Prêmio Conciliar é Legal, buscando estimular a criatividade e disseminar a cultura dos métodos consensuais de resolução dos conflitos. Já em 3 de maio de 2016, lançou o sistema de Mediação Digital, visando mediar partes distantes fisicamente. Permite firmar acordos de forma virtual, podendo ser homologados pela Justiça, caso desejado. Porém, não alcançado o acordo, uma mediação presencial será marcada, devendo ocorrer nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs), criados pela Resolução CNJ nº 125⁵.

Quanto a leis, podemos dizer que diversas trazem disposições a respeito, por exemplo, a Lei dos Juizados especiais, a Lei das Parcerias Público Privadas, a Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, aplicável às relações de trabalho, dentre outras.

Contudo, em 2015 foram aprovadas e sancionadas leis importantes a respeito, demonstrando a crescente preocupação do legislativo com a matéria. Podemos listar o novo CPC, a Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015 a respeito de arbitragem e o Marco Legal da Mediação.

2.3.2.2 Novo Código de Processo Civil

O novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 2015 ampliou e conferiu maior destaque à conciliação e mediação, as disciplinando na Seção V, artigos 165 a 175. Outras passagens do Código também tratam do assunto. No art. 3º, §§ 2º e 3º encontramos disposições incentivando a busca do consenso. No art. 334 é prevista audiência de conciliação. A regra é que a audiência seja obrigatória, tal

⁵ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/premio-nacional-da-conciliacao>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

como já ocorria em procedimentos como o dos Juizados Especiais Cíveis – JECs, da Lei nº 9099, de 1995, exceto quando: todas as partes envolvidas no processo manifestem desinteresse; ou quando não admitida autocomposição.

No CPC de 1973 bastava uma das partes manifestar o não interesse em conciliar para dispensar tal audiência. Agora, somente não é realizada caso todos não a desejem. Inclusive, o autor deve manifestar tal vontade logo na petição inicial, enquanto o réu poderá fazê-lo em petição autônoma, desde que com antecedência mínima de 10 dias da data da audiência. O § 7º do art. 334 dispõe ainda poder se realizar por meio eletrônico a audiência, o que representa mais um avanço.

O art. 165 prevê que os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, visando a realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e buscando o desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. No § 2º estabelece que o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, podendo sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação. O § 3º trata do mediador, estabelecendo que ao contrário do conciliador, atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliando no restabelecimento da comunicação, buscando soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

O art. 166 traz os princípios aplicáveis a conciliação e a mediação:

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.⁶

O art. 167 estabelece a obrigação de inscrição em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, visando manter registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. Prevê a necessidade de capacitação mínima, mediante a realização de curso em entidade credenciada (§ 1º), a possibilidade de concurso público (§ 2º) e no § 6º dispõe que o tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos.

O art. 168 traz liberdade para a escolha do conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação. Permite, inclusive, a escolha de não cadastrado no tribunal. No entanto, de acordo com o § 2º inexistindo acordo, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação. Por fim, no § 3º trata da possibilidade de designação de mais de um mediador ou conciliador, caso recomendável.

O art. 169 trata da remuneração do conciliador e o mediador, sem excluir a possibilidade de voluntariado. Os arts. 170 a 173 tratam dos impedimentos para exercer as funções, prevendo:

Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição.

Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

Art. 171. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou mediador informará o fato ao centro, preferencialmente por meio eletrônico, para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições

⁶ BRASIL, Lei nº 13105 de 16 de março de 2015.

Art. 172. O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

Art. 173. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que:

I - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º;

II - atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito.

§ 1º Os casos previstos neste artigo serão apurados em processo administrativo.

§ 2º O juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até 180 (cento e oitenta) dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.

O artigo 174 dispõe a respeito das câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, a serem criadas pelos entes da federação. Tal matéria será melhor detalhada no próximo capítulo, ao tratar da administração pública federal.

Já o art. 175 aduz a não exclusão de outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, podendo ser regulamentadas por lei específica. O § ún determina a aplicação dos dispositivos dessa seção, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.

2.3.2.3 Lei nº 9307/1996 combinada com a Lei nº 13.129/2015

O Brasil possui lei de arbitragem desde 1996, estabelecendo as regras aplicáveis. Define a convenção de arbitragem como gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (conforme art. 3º). A cláusula compromissória (ou cláusula arbitral) é a convenção mediante a qual as partes em um contrato se comprometem a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato (art. 4º). Já o compromisso arbitral é a convenção pela qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial (art. 9º).

A Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, ampliou o âmbito de aplicação da arbitragem, dispondo sobre escolha de árbitros e trazendo outras alterações. Convém analisar cada uma das alterações.

A Lei nº 13.129/2015 altera o artigo 1º da lei de arbitragem com a inclusão dos parágrafos 1º, 2º e 3º, permitindo expressamente a utilização da arbitragem pela administração pública direta e indireta. Confira-se a nova redação do art. 1º, da Lei 9371/96:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)⁷

A relevância de acrescentar disposição expressa quanto a aplicação da arbitragem à administração pública se dá em razão de divergências doutrinárias a respeito. Quanto a contratos administrativos, parte da doutrina entendia não se aplicar a arbitragem, em face de que o art. 32 da Lei 8666/93 trata, expressamente, apenas da possibilidade de arbitragem em contratos internacionais (LEMES, 2007, p. 49).

Na verdade, a arbitragem na administração pública indireta já era aceita pela maioria da doutrina e pela jurisprudência, inclusive do STJ. Nesse sentido: REsp 606.345/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2º turma, julgado em

⁷ BRASIL, Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.

17/05/2007, DJ 08/06/2007, p. 240 e Resp 612.439/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2º turma, julgado em 25/10/2005, DJ 14/09/2006, p. 299.

A norma também modificou a Lei das Sociedades Anônimas, acrescentando o artigo 136-A. Dispõe sobre a inclusão de convenção de arbitragem no estatuto social, obrigando todos os acionistas, quando observado o quórum qualificado do artigo 136 da mesma lei. Assim dispõe:

Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 1º A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 2º O direito de retirada previsto no caput não será aplicável: (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

I - caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe; (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

II - caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas "a" e "b" do inciso II do art. 137 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Outrossim, a Lei de 2015 trouxe nova redação aos artigos 35 e 39 da lei de arbitragem. Dispõe que o STJ, e não mais o STF, homologue ou denegue sentença arbitral estrangeira. Tal alteração buscou adequação ao disposto na Emenda Constitucional nº 45, que transferiu a competência do STF para o STJ para processar e julgar sentenças estrangeiras.

Acrescentou os artigos 22-A e 22-B à lei de Arbitragem. Passou a se permitir que as partes podem requerer a concessão de medida cautelar ou de urgência ao judiciário, antes de instituída a arbitragem. Porém, depois de instituída a arbitragem, compete aos árbitros decidir a respeito da manutenção ou não das medidas de urgência.

A Lei igualmente incluiu o artigo 22-C, instituindo a carta arbitral. Além disso, Por meio desta, pode ser requisitada coloração do judiciário para a prática ou determinação do cumprimento de ato solicitado pelo árbitro.

2.3.2.4 Lei nº 13.140/2015

Recentemente passou a vigorar a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, chamada de Lei da Mediação ou Marco Legal da Mediação. Dispõe sobre a mediação entre particulares e a respeito da autocomposição de conflitos na administração pública, além de alterar outras leis.

De acordo com Schwind, Rafael Wallbach e Kukiela, Marina renomados doutrinadores criticaram tal norma, especialmente o capítulo I. Vejamos:

Antes de iniciar a análise, importante frisar que o novo texto legislativo (enquanto ainda tramitava como Projeto de Lei nº 7.169/2014) recebeu críticas de renomados doutrinadores como Ada Pellegrini Grinover e Kakuo Watanabe. No entanto, a vasta maioria destas críticas diz respeito ao Capítulo I, que trata da mediação entre particulares - critica-se, por exemplo, o fato de o texto excluir o mecanismo da conciliação e desconsiderar a Política Judiciária Nacional instituída pela Resolução nº 125/2010 do CNJ.⁸

O artigo 2º da Lei 13.140/2015 estabelece os princípios norteadores da mediação. Quais sejam:

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

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

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

§ 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.⁹

Ainda, no § 2º estabelece que existindo previsão contratual de mediação as partes tem o dever de estar presentes na primeira reunião de mediação. Contudo,

⁸ SCHWIND, Rafael Wallbach. RODRIGUES. KUKIELA, Marina. Câmaras de conciliação e mediação da administração Pública: comentários ao artigo 174 do Novo Código de Processo Civil. In: **Processo e Administração Pública**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 333.

⁹ BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

no § 3º ha a previsão de não ser obrigatório permanecer no procedimento de mediação, conferindo maior liberdade as partes.

O art 3º da Lei prevê a possibilidade mediação a respeito de direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Porém, no § 2º dispõe que quando envolver direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve haver a homologação judicial, sendo necessária a oitiva do Ministério Público. No § 1º regula que a mediação pode versar apenas sobre parte do conflito.

A seção II trata dos mediadores, trazendo nos artigos 4º a 8º disposições comuns às diferentes formas de mediação. No art. 4º prevê a escolha pelo tribunal ou pelas partes e assegura a gratuidade para os necessitados (§ 1º). O art. 5º esclarece se aplicar aos mediadores as mesmas regras de impedimento e suspeição válidas para juízes. Os arts. 6º e 7º trazem impedimentos e o art. 8º os equipara a servidores públicos para efeitos penais.

Os artigos 9º e 10º tratam dos mediadores extrajudiciais. Apesar de críticas a essa possibilidade, o fato é que o art. 9º permite a atuação de qualquer pessoa capaz, que possua a confiança das partes e que tenha se capacitado para a mediação. Não sendo necessário se inscrever ou integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação. O art. 10º prevê ser a assistência por advogado ou defensor público facultativa. Todavia, segundo o § 1º, caso uma se encontre assistida o mediador deverá suspender o procedimento até que a outra também esteja acompanhada por advogado ou defensor.

Os arts. 11 a 13 tratam dos mediadores judiciais (sendo que o art. 167 do CPC de 2015 traz disposições semelhantes). Quanto a estes a legislação traz mais exigências no art. 11. Exige pelo menos dois anos de curso superior e capacitação em curso reconhecido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM. Confira-se:

Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

O art 12 trata da criação e manutenção de cadastros atualizados dos mediadores, habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial, pelos tribunais. O art. 13 trata da remuneração dos mediadores judiciais.

O procedimento comum é regulado pelos arts. 14 a 20 da Lei. O art. 14 prevê a confidencialidade, em consonância com § 1º do art. 166 do CPC de 2015. O art. 15 permite a admissão de outros mediadores, tal como previsto no novo CPC. O art. 16 permite a mediação ainda que exista processo judicial ou arbitral em curso, sem prejuízo da concessão de medidas de urgência.

Considera-se instituída a mediação na data para a qual foi marcada a primeira reunião de mediação, sendo encerrada mediante termo final, ainda que não haja acordo. Tal documento, caso exista acordo, constitui título executivo extrajudicial, e caso homologado judicialmente se converte em título executivo judicial (§ ún do art. 20).

A mediação extrajudicial tem seu procedimento regulado pelos artigos 21 a 24. A lei não traz muitas limitações, apenas estabelece alguns limites razoáveis e prevê disposições aplicáveis na falta de previsão contratual. Por exemplo, no § único do art. 21 se estabelece que na falta de resposta para o convite de mediação, se considera rejeitado no prazo de 30 dias; e o § 2º do art. 22 traz regras supletivas para a primeira reunião, no caso de o contrato não estabelecer.

Os arts. 24 a 29 tratam da mediação judicial, com menor liberdade de forma, naturalmente. Os tribunais deverão criar centros judiciários de solução consensual de conflitos, com composição e organização a ser definida pelo tribunal, não sendo os mediadores de livre escolha das partes. Além disso, as partes devem ser assistidas por advogados ou defensores públicos, salvo exceções previstas nas leis dos JECs. Contudo, o art. 29 estabelece que resolvido o conflito antes da citação do réu, não há o pagamento de custas, correspondendo a um estímulo a resolução pacífica.

Os artigos 30 a 31 tratam da confidencialidade e suas exceções. Estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, não podendo igualmente ser utilizadas para fins diversos do expressamente deliberação das

partes (§ 1º do art. 166 do CPC 2015). Podemos citar como exemplos: declarações, opiniões, propostas formuladas por uma parte; reconhecimento ou confissão de algum fato por qualquer das partes e documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação. Afora isso, o mediador tem o dever de alertar as partes acerca dessas regras.

Podemos enumerar como exceções a confidencialidade a divulgação de informações que: as partes expressamente concordarem; a lei o exigir; for necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação e for uma informação relacionada com a ocorrência de um crime de ação pública. Além disso, de acordo com o § 4º as partes têm o dever de comunicar à administração tributária as informações necessárias ao pagamento de tributos.

Não obstante, nos conflitos envolvendo a administração pública deve se equilibrar a obrigação de confidencialidade com princípio da publicidade, aplicável à atividade estatal, conforme art. 5º, inc. XXXIII. A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, chamada de Lei do Acesso a Informação normatiza as hipóteses de sigilo de informações e sua graduação, auxiliando a traçar limites para a confidencialidade.

Além disso, podemos dizer que o dever de confidencialidade se aplica a todos os participantes, inclusive os indiretamente envolvidos (§ 1º do art. 30). Ou seja, se aplica ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação.

2.3.2.5 Outras Normas

No âmbito das demandas trabalhistas a Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, que trata da participação dos trabalhadores nos lucros e resultados da empresa, apresenta no artigo 4º, como soluções extra-judiciais para a solução dos conflitos, a Mediação e a Arbitragem.

Ainda, podemos mencionar o Decreto nº 8.465, de junho de 2015, regulamentando a arbitragem para dirimir litígios relativos a obrigações financeiras no âmbito do setor portuário. Assim dispõe:

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre as normas para a realização de arbitragem para dirimir litígios que envolvam a União ou as entidades da administração pública federal indireta e as concessionárias, arrendatárias, autorizadas ou os operadores portuários em relação ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, conforme o disposto no § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013.¹⁰

A Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, Lei das Parcerias Público-Privadas prevê a utilização de formas privadas de resolução de disputas, incluindo a arbitragem, conforme art. 11, inc. III. Tal hipótese é bem vista de acordo com jurisprudência do STF e STJ¹¹. Entretanto, Bandeira de Mello critica tal possibilidade:

Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas *extra commercium* (MELLO, 2012, p. 804).

Especialmente quanto a mediação podemos dizer existir na legislação brasileira menções pontuais à palavra mediação em leis esparsas. Podemos utilizar como exemplo a Lei nº 9.870/99, trazendo a possibilidade da utilização da mediação em casos de conflitos entre pais ou associação de pais e alunos e escolas decorrentes do reajuste de mensalidades escolares.

Quanto a conciliação também possui diversas leis regulando. No Código Civil (art. 840, correspondente ao art. 1.025 do CC/1916); na Lei 5.478/68 (Lei de Alimentos, arts. 9º e 11); na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT (arts. 649,

¹⁰ BRASIL. Decreto nº 8.465, de 08 de junho de 2015.

¹¹ Superior Tribunal de Justiça., AgRg no MS 11308/DF, MS 2005/0212763-0, Relator: Ministro Luiz Fux, 2006.

764, 831, 847 e 850); na Lei de Arbitragem (arts. 21, § 4º, e 28, conforme já mencionado), no Código de Defesa do Consumidor (arts. 5º, IV, 6º, VII, e 107); na Lei n. 9.099/95 dos Juizados Especiais e na Lei n. 10.259/01 dos Juizados Especiais Federais.

Por exemplo, a Lei 10.259/2001, no parágrafo único do art. 10, habilita o representante judicial da União, Autarquias, Fundações e Empresas Públicas Federais a conciliar, transigir ou desistir nos processos que seguem o rito do Juizado Especial Federal, *verbis*:

Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.

Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.¹²

No âmbito administrativo, igualmente podemos apontar diversos casos de transações autorizadas por lei. Os acordos em contratos administrativos (arts. 65 e 79, da Lei 8.666/1993), os acordos nos procedimentos sancionatórios do CADE (art. 86, da Lei 12.529/2011), dentre outros.

¹² BRASIL. Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001.

Capítulo 3

A COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

3.1 Regramento aplicável

A Lei Complementar nº 70, de 10 de fevereiro de 1993, permite desde então que os Advogados Públicos possam propor acordo, nos termos da legislação vigente. Posteriormente foram editados diversos atos normativos visando regular a possibilidade de acordo, a serem explicitados posteriormente neste capítulo.

Em 27 de setembro de 2007, por meio do Ato Regimental nº 05, foi criada a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal – CCAF. Insere-se na estrutura da Consultoria-Geral da União – CGU, órgão de direção superior da Advocacia Geral da União – AGU. A Portaria nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, Portaria AGU nº 481, de 06 de abril de 2009 e o Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010 regulamentam a matéria. Ainda, a Portaria nº 910/2008 trata da participação de particulares interessados em acompanhar o procedimento.

Mais recentemente, em face de um movimento crescente de busca da cultura da pacificação, foram editadas normas relativas a solução pacífica de conflitos com regramentos especialmente aplicáveis a administração. Com efeito, esta apresenta características peculiares, sendo que a maior parte dos conflitos envolvem a participação de um ente público como parte.

A Lei n.º 13.129/2015 (já analisada em capítulo anterior) modificou o art. 1º, § 1º da Lei n.º 9.307/96 prevendo que a administração pública direta e indireta poderá

utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Anteriormente não havia previsão expressa nesse sentido.

O novo CPC, na Seção V, que trata dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, traz no art. 174 regramento aplicável aos entes públicos. Determina a criação de câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, enumerando hipóteses de utilização. Vejamos:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:
I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Tais câmaras terão a competência de resolver conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução e promover a celebração de termo de ajustamento de conduta. Tais competências não são taxativas.

De forma mais minuciosa o capítulo II, da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, dispõe sobre a mediação e autocomposição de conflitos na administração pública.

De acordo com Schwind, Rafael Wallbach e Kukiela, Marina tal capítulo foi bem aceito por doutrinadores renomados:

No entanto, a vasta maioria destas críticas diz respeito ao Capítulo I, que trata da mediação entre particulares - critica-se, por exemplo, o fato de o texto excluir o mecanismo da conciliação e desconsiderar a Política Judiciária Nacional instituída pela Resolução nº 125/2010 do CNJ.

Já o capítulo II, que trata especificamente da “Composição de Conflitos em que for parte Pessoa Jurídica de Direito Público”, passou incólume às críticas dos referidos doutrinadores, o que indica que o novo texto pode sim ser visto como um avanço, uma vez que busca não somente incentivar a solução consensual de controvérsias, mas vai além e regulamenta a utilização, pela Administração Pública, de meios autocompositivos, alternativos à jurisdição estatal.
(SCHWIND, 2016, p. 333)

A seção I, do capítulo II traz as disposições comuns, nos primeiros dos artigos (arts. 32 e 33). No primeiro artigo do capítulo II da Lei é previsto a possibilidade de criação câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública e se estabelece as competências, em consonância com o art. 174 do CPC:

Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, 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.

§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

O artigo 33 permite a utilização das disposições comuns, aplicáveis a do procedimento de mediação extrajudicial e judicial, enquanto não forem criadas as câmaras de mediação. O § único permite instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

Entretanto, as câmaras podem atuar em controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos à autorização do Poder Legislativo. Disposição contrária iria contra os princípios da separação e harmonia entre os poderes.

O art. 34 estabelece a suspensão da prescrição quando da instauração do procedimento de resolução consensual. Ainda, considera instaurado quando o órgão

ou entidade pública emitir juízo de admissibilidade, retroagindo a suspensão à data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito. Quanto a material tributária, ressalva que a suspensão da prescrição deverá observar o disposto no CTN.

A seção II trata dos conflitos envolvendo a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações. A Lei fixou regras gerais sobre a câmara de nos artigos 33 e 34 (seção I). Porém, nos artigos 35 a 40 trouxe regramento mais detalhado somente em relação ao âmbito federal. Deixou para os que os Estados, DF e Municípios complementassem as normas segundo suas peculiaridades.

No artigo 35 esta prevista a figura da “transação por adesão”. Trata-se de proposta de acordo com parâmetros pré-estabelecidos, sem margem para ampla negociação. Tem como requisitos a necessidade de: autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República. Sendo que, resolução posterior trará outros requisitos e condições.

Ressalve-se que o § 6º do art. 35 estabelece que formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão. Ou seja, o fato de a Administração Pública propor a transação não interfere no prazo prescricional, continua a contar.

Assim dispõe o art. 35 comentado:

Seção II

Dos Conflitos Envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações

Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

- I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou
- II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

§ 1º Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.

§ 2º Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa.

§ 3º A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia.

§ 4º A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa.

§ 5º Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa.

§ 6º A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão.

O art. 36 trata dos conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal. Nesses casos a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União. Não existindo acordo, compete ao Advogado-Geral da União dirimir a questão, embasado em fundamentos legais.

Segundo o § 4º quando se tratar de matéria discutida em ação de improbidade administrativa ou na hipótese de existir decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

In verbis:

Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§ 1º Na hipótese do caput, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta.

§ 2º Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União poderá solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.

§ 3º A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar.

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Já o art. 37 estabelece que existindo conflito envolvendo diferentes entes federados a mediação pode ser realizada pela AGU. Vejamos:

Art. 37. É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

Nos casos em que a controvérsia jurídica seja relativa a tributos federais ou a créditos inscritos em dívida ativa da União podemos dizer que:

A) não se aplicam as disposições dos incisos II e III do caput do art. 32 da Lei. Ou seja, as câmaras não podem avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos entre particular e pessoa jurídica de direito público, bem como celebrar termo de ajustamento de conduta.

B) as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços em regime de concorrência não poderão exercer a faculdade prevista no art. 37 da Lei. Não podem submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à AGU visando a composição extrajudicial.

C) quando forem partes órgãos ou entidades de direito público da administração pública federal: a submissão do conflito à composição extrajudicial pela AGU acarreta renúncia do direito de recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais; e a redução ou o cancelamento do crédito dependerá de manifestação conjunta do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado da Fazenda.

Confira-se o artigo:

Art. 38. Nos casos em que a controvérsia jurídica seja relativa a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União:

I - não se aplicam as disposições dos incisos II e III do caput do art. 32;

II - as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços em regime de concorrência não poderão exercer a faculdade prevista no art. 37;

III - quando forem partes as pessoas a que alude o caput do art. 36:

a) a submissão do conflito à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União implica renúncia do direito de recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais;

b) a redução ou o cancelamento do crédito dependerá de manifestação conjunta do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado da Fazenda.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta a competência do Advogado-Geral da União prevista nos incisos VI, X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e na Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. (Redação dada pela Lei nº 13.327, de 2016)

Não sendo obtido o acordo, a propositura de ação judicial em que figurem concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a administração pública federal deverá ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União (art. 39 da Lei). Não sendo possível realizar a composição prevista no art. 36, pela AGU, a propositura da ação dependerá ainda de autorização do Advogado-Geral da União, de forma que a tendência será evitar a resolução judicial.

Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem (art. 40). Estabelece a responsabilidade subjetiva, naturalmente.

Nas disposições finais se prevê a possibilidade de a Escola Nacional de Mediação e Conciliação, no âmbito do Ministério da Justiça criar banco de dados sobre boas práticas em mediação, assim como dispor de relação de mediadores e de instituições de mediação (art. 41). Estabelece que a mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria (§ único do art. 42). O artigo Art. 43 permite a criação de câmaras para a resolução de conflitos entre particulares pelos órgãos e entidades da administração.

A Lei n.º 13.140/2015 (art. 44) igualmente modificou a redação da Lei n.º 9.469/97, que prevê, em seus arts. 1º e 2º as hipóteses em que a Administração Pública federal poderá realizar acordos ou transações.

Vejamos a redação dos artigos da Lei n.º 9.469/97 com as alterações:

Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.

§ 1º Poderão ser criadas câmaras especializadas, compostas por servidores públicos ou empregados públicos efetivos, com o objetivo de analisar e formular propostas de acordos ou transações.

§ 2º (não existe)

§ 3º Regulamento disporá sobre a forma de composição das câmaras de que trata o § 1º, que deverão ter como integrante pelo menos um membro efetivo da Advocacia-Geral da União ou, no caso das empresas públicas, um assistente jurídico ou ocupante de função equivalente.

§ 4º Quando o litígio envolver valores superiores aos fixados em regulamento, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado 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 dos dirigentes de que trata o caput.

§ 5º Na transação ou acordo celebrado diretamente pela parte ou por intermédio de procurador para extinguir ou encerrar processo judicial, inclusive os casos de extensão administrativa de pagamentos postulados em juízo, as partes poderão definir a responsabilidade de cada uma pelo pagamento dos honorários dos respectivos advogados.

Art. 2º O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil e os dirigentes das empresas públicas federais mencionadas no caput do art. 1º poderão autorizar, diretamente ou mediante delegação, a realização de acordos para prevenir ou terminar, judicial ou extrajudicialmente, litígio que envolver valores inferiores aos fixados em regulamento.

§ 1º No caso das empresas públicas federais, a delegação é restrita a órgão colegiado formalmente constituído, composto por pelo menos um dirigente estatutário.

§ 2º O acordo de que trata o caput poderá consistir no pagamento do débito em parcelas mensais e sucessivas, até o limite máximo de sessenta.

§ 3º O valor de cada prestação mensal, por ocasião do pagamento, será acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do mês subsequente ao da consolidação até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento relativamente ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

§ 4º Inadimplida qualquer parcela, após trinta dias, instaurar-se-á o processo de execução ou nele prosseguir-se-á, pelo saldo.¹³

A Lei também modificou (no art. 45) o Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, acrescentando o artigo 14-A. Considera reclamação a submissão do litígio à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União quando se refira a

¹³ BRASIL. Lei n.º 9.469 de 10 de julho de 1997.

exigência de créditos tributários da União cujo sujeito passivo seja órgão ou entidade de direito público da administração pública federal. Vejamos:

Art. 14-A. No caso de determinação e exigência de créditos tributários da União cujo sujeito passivo seja órgão ou entidade de direito público da administração pública federal, a submissão do litígio à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União é considerada reclamação, para fins do disposto no inciso III do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

O artigo 46 traz uma novidade, permite a mediação pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo. No parágrafo único faculta à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação segundo as regras estabelecidas nesta Lei. Tal inovação já se encontra implementada Justiça Federal da 4ª Região em alguns tribunais, conforme relato do Desembargador Federal, Paulo Afonso Brum Vaz:

No âmbito da Justiça Federal, a conciliação virtual já é uma realidade desde 2012. O Fórum de Conciliação Virtual, como foi chamado na Justiça Federal da 4ª Região, desenvolve-se em ambiente inteiramente virtual e assíncrono, sem a participação de juiz ou de conciliadores, de forma integrada ao processo eletrônico, primando por simplicidade, confidencialidade, informalidade, desmaterialização e desterritorialização da solução das demandas.¹⁴

3.2 Limites e desafios à composição de conflitos

3.2.1 Indisponibilidade do Interesse Público e o Princípio da Legalidade.

Influenciados pela doutrina italiana, especialmente por Renato Alessi, diversos doutrinadores brasileiros distinguem os interesses públicos como primários e secundários. Luís Roberto Barroso assim explicita:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. (...) Essa distinção não é estranha à ordem jurídica brasileira.¹⁵

¹⁴ VAZ, Paulo Afonso Brum. Primeiros comentários à Lei nº 13.140/2015 (marco regulatório da mediação/conciliação): imbricação com o NCPC e enfoque para os processos da Justiça Federal. Publicado em 23.10.2015. In: **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, 2015.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: **Interesses públicos versus interesses privados:**

De acordo com Renato Alessi os interesses públicos secundários somente podem ser atendidos caso se encontrem em consonância com os interesses primários.

Estes interesses públicos coletivos, cuja satisfação está a cargo da Administração, não são simplesmente o interesse da Administração entendida como aparato organizacional, mas o que se tem chamado de interesse coletivo *primário*, formado pelo conjunto de interesses individuais preponderantes em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto que o interesse do aparato (se é que pode conceber-se um interesse do aparato unitariamente considerado) seria simplesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir na coletividade, e que podem ser realizados somente em caso de coincidência com o interesse coletivo primário e dentro dos limites de tal coincidência. A peculiaridade da posição jurídica da Administração Pública reside precisamente nisto, em que sua função consiste na realização do interesse público coletivo, público, primário.¹⁶

Podemos dizer que o interesse público não se confunde com o da administração. Não há falar em interesse público ao adiar ou evitar o pagamento de indenizações. Por outro lado, somente atende ao interesse público primário indenizar os realmente lesados, na proporção de suas perdas. Assim, quando a administração deixa de conceder um benefício ou uma indenização indevida no intuito de tão somente economizar recursos, sob o argumento da supremacia do interesse público, qual seja: o de poupar em contrapartida ao interesse do particular em receber valores do Estado, não está de fato atendendo ao interesse público legitimamente merecedor de tutela. primário. Somente esta considerando o interesse secundário, em detrimento do primário, único a ser legitimamente tutelado.

Dessa forma, se percebe que a supremacia do interesse público em muitos casos leva a possibilidade e até mesmo ao dever de conciliar no caso concreto. O interesse da administração não se confunde com o interesse público a ser tutelado. O Ministro Gilmar Mendes adverte a respeito da antropomorfização do interesse público:

desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.13.

¹⁶ ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970. p. 184-185.

Impressiona-me, em última análise, a indevida antropomorfização do interesse público, o que conduziu à equiparação da proteção do interesse público à defesa de um regime ou de um governo determinado. Sob um Estado autoritário, a oposição a todo e qualquer ato estatal convola-se em um exercício simbólico de resistência contra o regime tomado por ilegítimo. Em um Estado Democrático de Direito, contudo, essa pré-compreensão não pode subsistir. Em uma estrutura institucional democrática, opor-se a todo e qualquer ato estatal certamente conduzirá a ofensas ao interesse público. Entre os maiores desafios propostos pela função que passamos a ocupar, elenca-se, seguramente, o de desenvolver uma teoria jurídica do interesse público adequada ao Estado Democrático de Direito que estamos a construir e à defesa intransigente da moralidade administrativa.¹⁷

A doutrina clássica afirma haver a indisponibilidade do interesse público primário, sendo os interesses secundários disponíveis, possuindo características patrimoniais. Contudo, a indisponibilidade comporta exceções, necessitando autorização genérica constitucional e algumas vezes autorização legal (MOREIRA NETO, 2007, p. 225-226).

Encontramos um julgado do STF, de 2002, reconhecendo a existência de casos em que a indisponibilidade do interesse público pode ser atenuada, visando atender ao próprio interesse público. Transcreve-se abaixo a ementa do RE 253.885-0/MG:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.¹⁸

Essa decisão se encontra em consonância com o direito administrativo contemporâneo, não se preocupando apenas com a legalidade estrita, como

¹⁷ MENDES, Gilmar. Seminário Brasileiro sobre Advocacia Pública Federal. As Atividades da AGU como Advocacia de Estado: Características e Implicações. **Palestra**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/58680>>. Acesso em: 18 jun. 2010.

¹⁸ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 253885 MG, Relatora: Ministra Ellen Gracie, 2002.

prevalecia na doutrina clássica. A respeito do tema podemos citar Elon Kaleb Ribas Volpi:

Tendo em mente que o Estado tem como fim o homem, podemos concluir que a indisponibilidade do interesse público comporta relativizações[...] . Isso porque pode ocorrer de a Administração Pública estar defendendo interesse secundário (v.g. para postergar o pagamento de uma indenização ou vedar a concessão de um benefício a que a parte tem direito), quando, na verdade, o interesse público primária aconselharia o imediato cumprimento da obrigação. Com efeito, por vezes o Poder Executivo em Juízo defende teses já afastadas de forma pacífica pela Jurisprudência, mas que continuam sendo objeto de recursos que, sabidamente, serão improcedentes, fazendo movimentar de forma desnecessária a máquina judiciária a um alto custo para o próprio Estado. Não se quer dizer com isso que as decisões dos tribunais superiores (em especial o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal) são "imaculadas" e inquestionáveis, mas há matérias que estão sobejamente pacificadas e a reiteração do recurso não irá mudar a posição da Corte já sedimentada num sentido. É da essência de nosso sistema jurisdicional buscar a uniformização das decisões (confira-se a respeito a previsão do incidente de uniformização de jurisprudência, entre outros institutos), o que, na verdade, privilegia a isonomia ao oferecer respostas uniformes para casos idênticos. Portanto, essa indisponibilidade não deve ser vista de forma absoluta, mas sim com um olhar mais amplo e republicano.
(VOLPI, 2011, p. 158)

Na verdade, segundo Ravi Peixoto diversos direitos ditos indisponíveis são passíveis de transação. No seu entendimento:

Inicialmente, é preciso que seja desfeito o mito de que a indisponibilidade do interesse público teria aptidão para impedir a realização de acordos pelos entes públicos. A verdade é que nem todo direito indisponível implica a impossibilidade de haver transação que o envolva.
20 Veja-se, como exemplo, que o art. 334, § 4.o, do CPC/2015 (LGL\2015\1656), ao tratar das hipóteses em que não será realizada a audiência de mediação ou conciliação, se refere, no inc. II, aos casos em que não se admite autocomposição. Não há menção à indisponibilidade dos direitos porque ela não pode ser confundida com a vedação à transação. No âmbito administrativo, por exemplo, tem-se vários casos de transações autorizadas por lei. Tem-se os acordos em contratos administrativos (arts. 65 e 79, da Lei 8.666/1993), os acordos nos procedimentos sancionatórios do CADE (art. 86, da Lei 12.529/2011), dentre outros.
21 Outras hipóteses de direitos indisponíveis também admitem transação, a exemplo do acordo quanto ao valor e à forma de pagamento em ação de alimentos e o cabimento do compromisso de ajustamento de conduta em processos coletivos, hipótese em que o direito é indisponível (art. 5.o, § 6.o, da Lei 7.347/1985). Inclusive, a doutrina chega a propor a seguinte classificação: "a) indisponibilidade absoluta (irrenunciável, insuscetível de transação e de persecução processual obrigatória); b) indisponibilidade relativa (irrenunciável, suscetível de transação, mas de persecução processual obrigatória); c) disponibilidade limitada (irrenunciável, suscetível de transação e de persecução processual facultativa)".
(PEIXOTO, 2016, p. 467-497)

Em continuação o autor afirma que o grande desafio seria determinar a margem de liberdade para firmar acordos. A necessidade de lei autorizativa corresponderia ao verdadeiro entrave.

22

aptidão ou não dos entes públicos de realizar acordos, mas sim quais seriam as suas condições. É inegável que a margem de liberdade para a realização de acordos pelo poder público é menor do que a existente para o setor privado. Acontece que, quando a situação envolve o poder público, tem-se a prévia exigência de autorização normativa para que membro da advocacia pública possa transigir em juízo. Algumas leis possuem autorizações genéricas, tais como o parágrafo único do art. 10, da Lei 10.259/2001 e o art. 8.º, da Lei 12.153/2009. A questão é que mesmo essas autorizações são genéricas e dependem de ato normativo por cada ente federativo, em face da autonomia federativa detida por cada um deles. (PEIXOTO, 2016, p. 467-497)

Enfim, o c

A obrigatoriedade de observância do princípio da legalidade pela Administração vem expressa no artigo 37 da Constituição Federal e no inciso XXXV do seu artigo 5º, atuando como limite à atividade administrativa.

Podemos citar Hely Lopes Meirelles visando sintetizar o conceito clássico do princípio da legalidade na administração pública. Leciona o autor:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.¹⁹

Já para Odete MEDAUAR (2003, p. 144-145), o princípio da legalidade não exige que a administração somente possa realizar atos expressamente previstos em lei, se assim fosse seria necessário um comando geral específico para cada ato ou medida editada, o que seria inviável. A submissão total da Administração à lei é irrealizável, provavelmente, nunca se realizou, enfatiza a autora.

Hodiernamente não se considera apenas a legalidade estrita, se interpreta o direito de forma sistemática, em consonância com os princípios constitucionais. FREITAS (2007, p. 12) ensina que a Administração deve “intensa vinculação não apenas à legalidade, senão que à totalidade dos princípios regentes das relações

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

jurídico-administrativas, mormente os de vulto constitucional”. Afinal, a submissão da Administração à lei estrita não garante a melhor persecução do interesse público.

3.2.2 Cultura do Litígio

Do ponto de vista do direito comparado podemos dizer que o Brasil se encontra atrasado quanto a implementação de soluções pacíficas de conflitos. Tal adoção já esta consolidada a décadas ou séculos em diversos outros países.

A cultura com origem no sistema romano-germânico, voltada para a codificação de leis (*civil law*), envolve uma propensão a busca pela solução conflituosa. Há maior apego às normas. Países com origem no sistema *commom law* tendem a adotar com mais facilidade a busca pela solução consensual.

Podemos utilizar como exemplo de país, com origem na *commom law*, que utiliza com sucesso as soluções consensuais, os Estados Unidos. Neste país prima-se inicialmente pela busca por uma composição prévia, valorizando especialmente a arbitragem como forma alternativa de encontrar uma solução mais rápida para as controvérsias.

De acordo com Jasson Ayres Torres:

A contribuição americana é muito substancial no trabalho de implantar essa cultura de resolução de conflitos por forma alternativa, num processo de afirmação de uma Justiça informal, em que surge com menor custo e destituídas de formalismos desnecessários, procurando uma expansão tanto na cidade quanto no campo, cujas experiências vão crescendo, refletindo seus efeitos no âmbito interno.²⁰

Não obstante, diversos outros países da América Latina adotam com sucesso os MASCs, a exemplo da Argentina e do Uruguai. Na Europa podemos enumerar diversos países que adotam em larga escala tais práticas, como por exemplo, a

²⁰ TORRES, Jasson Ayres. **O Acesso à Justiça e Solução Alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 128-131.

Itália, a França, a Inglaterra e Portugal. Países de outros continentes poderiam ainda ser citados.

Kazuo Watanabe (2007. p. 6-10) leciona a necessidade da evolução da “cultura da sentença” para a “cultura da pacificação”, entendendo como necessárias medidas sócio-educativas, a começar pelos bancos acadêmicos – os advogados são formados para litigar e não para conciliar e vêm mais vantagem econômica em ações judiciais do que em medidas conciliatórias. Além disso, afirma ser de suma importância a conjunção de esforços para a mudança de mentalidade do brasileiro.

O Conselho Nacional de Justiça lançou em 2010 a campanha “Conciliar é legal”, visando fomentar a cultura da paz, do entendimento entre as partes. Na abertura, a ministra Ellen Gracie, então Presidente do STF e CNJ, lembrou que em países desenvolvidos o índice de conciliação é de cerca de 70%, enquanto no Brasil esse número está entre 30 e 35%.²¹

Fabíola Orlando (2014, p. 80) assevera a importância de buscar conhecimentos sobre o funcionamento da mediação:

Advogar em mediação com efetividade presume o desenvolvimento contínuo da habilidade de assessorar adequadamente seu cliente para estar em uma negociação de cunho colaborativo, que nada se aproxima daquela dinâmica tradicional, baseada na barganha. Um sólido conhecimento de como funciona o processo de mediação pode fazer toda a diferença, pois permite ao advogado aproveitar todo o potencial que esta modalidade de resolução de conflitos oferece.

Folger (2015) aduz que com frequência os advogados se colocam numa postura de defesa de seus clientes, dificultando a mediação. Entende que uma das grandes dificuldades da implantação da mediação, e da confiança que o advogado vai ter nesta abordagem, passa pela capacitação deste profissional no conhecer o que é a mediação.

²¹ NORTHFLEET, Ellen Gracie. Discurso de lançamento do projeto “Conciliar é legal”. In: **Notícias STF**, 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=67666>>. Acesso em 26 nov. 2016 .

Assim, se percebe a necessidade de uma mudança de mentalidade. Todavia, mudanças culturais precisam de tempo para serem assimiladas e podemos dizer que a utilização desses meios vêm crescendo em nosso país, já tendo obtido significativa evolução.

3.2.3 Uso indiscriminado e a desqualificação dos seus profissionais

Adverte-se que a utilização dos métodos adequados de solução de conflitos não pode ocorrer de forma indiscrimina, apenas visando desafogar o judiciário. Sem a preocupação com a pacificação social de fato, com a satisfação dos envolvidos.

Especialmente sobre a mediação a doutrina manifesta apreensão:

A mediação presta-se à solução do conflito na essência, com estímulo à comunicação, restabelecimento dos vínculos, tratamento das diferenças, emoções, sentimentos. É um processo complexo e profundo que, ainda para manter a sua essência, merece ser feito minuciosamente, do como individualizado e artesanal. Tenha-se que o termo artesanal não se refere a uma característica primitiva, mas sim a um atributo por demais qualificado e lapidado.

O grande receio é que os novos diplomas legais, quando manejados pelo Poder Judiciário, promovam uma massificação do processo de mediação, uma desqualificação dos seus profissionais e, por fim, uma “desacreditação” pelos usuários na sua eficiência. Enfim, que o processo de mediação seja demasiadamente desvirtuado. Por isso, ao invés de ampliar tanto a utilização da mediação pelo Poder Público, os novos diplomas deveriam ter se preocupado em estimular mais e garantir a satisfação do processo por meio de entes privados, já experientes no desenvolvimento das ações mediativas.²²

A falta de qualificação dos profissionais preocupa a doutrina, como apontado acima. Questiona-se se seria suficiente a qualificação exigida. A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça prevê a necessidade de realizar um curso teórico de quarenta horas e um estágio para acompanhamento de apenas dez

²² FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do marco legal. In: **Revista Direito UNIFACS**, 2016. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4099>. Acesso em: 01 dez. 2016.

sessões.

Cárdenas (2004) refere a importância de os advogados possuírem conhecimentos de como auxiliar seus clientes a dialogarem e a buscarem uma negociação. Destaca várias intervenções que estimulam e fortalecem o cliente, direta e indiretamente na busca pela negociação.

Já o artigo 9º da Lei 13140/15 exige do mediador extrajudicial apenas que possua a confiança das partes e seja capacitado para a mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

Quanto aos mediadores judiciais, a lei traz algumas exigências a mais, no art. 11, da Lei 13140/15. Vejamos:

Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Contudo, a doutrina critica tais exigências, asseverando, ainda, a necessidade de controle da qualidade e safistação dos mediados:

Evidente que a qualificação para mediar requer muito mais do que o proposto, muito embora esta tenha sido a formatação de capacitação de mediadores judiciais. Outra importante ponderação é a necessidade de realizar um controle de qualidade e satisfação das mediações prestadas – ponto e preocupação silente nas normas comentadas.

Importa realizar um controle da qualidade dos acordos efetuados, em âmbito judicial e extrajudicial. Tal permitirá verificar se os reais objetivos estão sendo atendidos, se não se esta apenas reduzindo a quantidade de processos judiciais. Na seara judicial parece mais fácil efetuar o controle mediante regramento. Quanto aos acordos extrajudiciais é bem possível que as “leis de Mercado” regulem quais mediadores que permanecerão na atividade, serão bem sucedidos.

Por outro lado, quanto a iniciativa privada, preocupa a adoção de condutas oportunistas, como a divulgação de propaganda enganosa e a possibilidade de condução sem preocupações éticas, visando apenas o lucro. Deve haver

fiscalização e controle a fim de coibir que a atividade priorize análise apenas o prisma econômico da atividade, sem preocupação com a qualidade e satisfação das demandas.

Somado a isso, preocupa a inexistência, até então, de regulamentação da remuneração desses profissionais, no âmbito judicial e extrajudicial. O artigo 13 da Lei 13140/2015, quanto a mediadores judiciais, prevê que os tribunais fixarão a remuneração, sendo assegurada a gratuidade aos necessitados.

Contudo, se a remuneração não for adequada os profissionais mais qualificados não serão atraídos para essa atividade, sendo que os que se dispuserem a mediar não se sentirão estimulados a buscar mais qualificação. Nesse sentido, uma adequada remuneração se revela um fator extremamente importante para assegurar a qualidade da mediação.

O mesmo raciocínio se aplica para as demais formas de solução pacífica de conflitos, ressalvadas suas peculiaridades. Deve-se buscar a sua qualificação sem prejuízo da necessidade de fiscalização e controle das atividades, de modo que se alcance os fins visados.

CONCLUSÕES

A partir das experiências internacionais, há décadas ou séculos aplicando as soluções pacíficas de conflitos, tendo em vista a crise do judiciário e considerando os ensinamentos da doutrina e jurisprudência contemporâneas sobre o tema, podemos dizer que a busca pela solução pacífica de conflitos vêm se tornando cada vez mais praticada e desejada no Brasil.

O direito administrativo brasileiro vêm se modificando de modo a permitir cada vez mais a busca pelo consensualismo. Dogmas estão sendo revistos, visando maior eficiência, economicidade e celeridade na resolução de conflitos.

Ainda existem questões a serem enfrentadas, baseadas na doutrina clássica do direito, como o mito da indisponibilidade do interesse público, a vinculação estrita ao princípio da legalidade por parte da administração público e a cultura do litígio. Podemos listar ainda como desafios evitar o uso indiscriminado dessas práticas e buscar a qualificação adequada dos profissionais envolvidos.

Tendo isso em vista este estudo procurou reunir informações sobre o assunto, com ênfase na administração pública federal, apontando limites e desafios relacionados à solução pacífica de conflitos. Buscou-se auxiliar o enfrentamento desses problemas e buscar a eficiência e vantajosidade prática da utilização desses método.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. 3 ed. Tradução de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. t. I .

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses públicos versus interesses privados: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P. XIII.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CÁRDENAS, E. J. **El Cliente Negocia Y El Abogado Asesora**. Buenos Aires, Lumen, 2004.

CRETELLA NETO, José. **Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do marco legal. In: **Revista Direito UNIFACS**, n. 188, 2016. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4099>. Acesso em: 01 dez. 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Princípios informadores do direito administrativo**. São Paulo: NDJ, s/d.

FÜRST, Olívia. **Práticas colaborativas: novos paradigmas do direito**. In: Mediação de conflitos (coord. MOLINARIM Fernanda. MARODIN, Marilene). Porto Alegre: Imprensa Livre, 2016.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JÚNIOR, Aloísio Zimmer. **Curso de direito administrativo**. 1 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LEMES, Selma. **Arbitragem na administração pública**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latim, 2007.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 6 ed. RT São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História – Lições introdutórias**, Max Limonad, 2000.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9 ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. **O direito administrativo em evolução**. 2 ed. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MENDES, Gilmar. Seminário Brasileiro sobre Advocacia Pública Federal. **As Atividades da AGU como Advocacia de Estado: Características e Implicações**. Palestra. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/58680>>. Acesso em: 18, junho, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Arbitragem nos contratos administrativos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 218, jul./set. 1997.

_____. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 14 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MUNIZ, Déborah Lúcia Lobo. **Mediação: estudo comparativo**. In: Mediação de conflitos. (coord. SOUZA, Luciene Moessa de). Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

NETO, Francisco Maia. **Diferentes Formas de se Lidar com uma Controvérsia**. In: Manual de mediação para advogados. Manual de Mediação de Conflitos para Advogados, escrito por Advogados. Brasília, Ministério da Justiça, 2014. Organização: ENAM - Escola Nacional de Mediação e Conciliação. Disponível em: <<http://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2015/11/Manual-de-Mediacao-para-Advogados.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Discurso de lançamento do projeto “Conciliar é legal”. In: **Notícias STF**, 23 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=67666>>. Acesso em 26 nov. 2016.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ORLANDO, Fabíola. Relevantes contribuições do advogado para a mediação. In: ENAM Escola Nacional de Mediação e Conciliação: **Manual de Mediação de Conflitos para Advogados, escrito por Advogados**. Brasília, Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2015/11/Manual-de-Mediacao-para-Advogados.pdf>> Acesso em: 26 nov. 2016.

PEDRA, Adriano Sant`Ana. **A Advocacia-Geral da União como Mediadora entre as Instâncias Eletivas e Judiciais**. *Publicações da Escola da AGU*. nº 27, ano V, abril. Brasília: EAGU, 2013.

PEIXOTO, Ravi. Primeiras impressões sobre os meios consensuais de resolução de conflitos pelo poder público e as alterações promovidas pelo CPC/2015 e pela Lei 13.140/2015. In: **Processo e Administração Pública**. (coord. TALAMINI, Eduardo). Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 10. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. **A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo poder público – Uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015**. In: Revista de Processo, nov. vol. 261, 2016.

RIBEIRO, Flavia Pereira. A introdução da audiência initio litis– de conciliação ou mediação – no Código de Processo Civil. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília ano 48 n. 190 abr/jun, 2011.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil. In: **Fundamentos do Estado de Direito**. ÁVILA, Humberto 9org.).. São Paulo: Malheiros, 2005.

SALLES, Carlos Alberto de. MEGNA, Bruno Lopes. Mediação e conciliação em nova era: conflitos normativos no advento do novo CPC e da Lei de Mediação. In: **Direito Intertemporal**. (coord. YARSHELL, Flávio Luiz. PESSOA, Fábio Guidi Tabosa). Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 7. Salvador: Juspodivm, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. v. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SCHWIND, Rafael Wallbach. RODRIGUES. KUKIELA, Marina. Câmaras de conciliação e mediação da administração Pública: comentários ao artigo 174 do Novo Código de Processo Civil. In: **Processo e Administração Pública**. (coord. TALAMINI, Eduardo). Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 10. Salvador: Juspodivm, 2016.
- SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- SOUZA, Luciene Moessa de. **Mediação de conflitos envolvendo entes públicos**. In: Mediação de conflitos. (coord. SOUZA, Luciene Moessa de). Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Balcão de direitos, retórica e mediação: notas sobre a possibilidade de juma metodologia jurídica própria. In: **Balcão de direitos: resolução de conflitos em favelas do Rio de Janeiro**. Paulo Jorge Ribeiro e Pedro Strozemberg (organizadores). Rio de Janeiro: Mauad, 2001.
- TORRES, Jasson Ayres. **O Acesso à Justiça e Solução Alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- WALD, Arnaldo. A arbitragem e os contratos empresariais complexos. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**. nº 07, ano 2, outubro-dezembro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflito. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo; LAGASTRA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento de processo: revolução na prestação jurisdicional**. Coord. Grinover, Watanabe, Lagastra, et al. São Paulo: Atlas, 2007.
- VAZ, Paulo Afonso Brum. Primeiros comentários à Lei nº 13.140/2015 (marco regulatório da mediação/conciliação): imbricação com o NCPC e enfoque para os processos da Justiça Federal. Publicado em 23.10.2015. In: **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 68, out. 2015.
- VOLPI, Elon Kaleb Ribas. Conciliação na justiça federal. A indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. In: **Revista da PGFN**. Ano 1, nº 2. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-ii-2011/012.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

