

## **A AUTOCOMPOSIÇÃO E AS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO O QUE MUDOU DEPOIS DA LEI DE MEDIAÇÃO ?**

**Resumo:** A mediação envolvendo entes públicos foi incluída na lei de mediação. Resta saber se essa inclusão trouxe os benefícios que esse método consensual necessita para ser verdadeiramente utilizado no âmbito do direito público.

**Palavras-Chaves :** Mediação – Entes Públicos – autonomia da vontade – confidencialidade.

**Abstract:** Mediation involving public entities was included in the mediation law. It remains to be seen whether this inclusion has brought the benefits that this consensual method needs to be truly used in the field of public law.

**Keywords:** Mediation - Public Entities - autonomy - confidentiality.

*Kaline Ferreira<sup>1</sup>*

A lei 13.140 de 2015 “colou” no seu texto um Capítulo II que trata da autocomposição de conflitos em que figurar como parte entes públicos. A impressão mais clara que se tem, após a leitura do texto, é a de que a norma em tela não foi concebida para abranger os entes públicos, não foi pensada sob a ótica do direito público, mas apenas, depois de pronta a norma, para suprir uma lacuna considerada importante, agregou-se um capítulo que não se coaduna com o todo.

A consensualidade, quando envolve um ente público, que, por sua natureza, é desprovido de vontade autônoma, ela tem que ser relida e reestruturada. A Administração Pública sempre esteve muito mais do que autorizada a resolver seus próprios conflitos sem intervenção do Poder Judiciário. Ela sempre teve o dever de gerir suas crises, uma vez que isso faz parte da sua típica e ordinária atividade de gestão. Diante dessa constatação, qual a importância de uma norma que estabelece aquilo que sempre foi um dever da Administração?

---

<sup>1</sup> Doutora pela Université Montesquieu Bordeaux IV, Professora de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia, Advogada da União.

Ultrapassar dogmas e tabus, o que poderia ser o verdadeiro desafio dessa lei, nunca foi uma tarefa capaz de ser resolvida por uma norma. Prevê os legitimados para exercerem competências, e a forma de exercício dessas competências, isso sim é tarefa da norma, e, para nós, seria essa a finalidade dessa lei. Essa missão, todavia, não foi cumprida de forma completa.

### ***A AUTONOMIA DA VONTADE, A ISONOMIA E A CONFIDENCIALIDADE – E QUANDO É PARTE A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO?***

As pessoas jurídicas de direito público incluídas no texto da Lei 13.140/15, que dispõe sobre *a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública*, são regidas por um regime jurídico especial e peculiar, quando comparado com o regime jurídico deferido às pessoas físicas e jurídicas em geral.

A lógica do regime jurídico-administrativo brasileiro, infelizmente, ainda é pautada na *supremacia* do interesse público<sup>2</sup>, o que reveste os entes públicos das chamadas *prerrogativas*<sup>3</sup>, características que não são comuns aos entes privados, que ficam em posição de nítida inferioridade em relação ao ente público. Essa verticalidade nas relações de direito público é

---

<sup>2</sup> Não discordamos da relevância do interesse público, quando ele é verdadeiramente público. Distanciamos-nos, sim, e amplamente, da utilização desse termo com ausência absoluta de revelação de sentido. Interesse público como um termo-escudo, capaz de revestir e qualificar interesses de qualquer espécie, e o mais grave, capaz de dotá-los do poder da supremacia sobre os interesses privados. Acreditamos e defendemos que quando um interesse se qualifica como público, ele será preponderante, sempre, sobre qualquer interesse de dimensão privada, portanto, o esforço do Direito Administrativo não deveria residir em qualificar o interesse público de uma supremacia, mas sim, no qualificativo público. Ser público, ter a dimensão pública, eleva o interesse a condição de supremacia de forma automática e intransponível.

<sup>3</sup> Significado de **Prerrogativa**. s.f. Vantagem que algumas pessoas possuem, por fazerem parte de uma determinada classe, que as diferenciam dos demais; privilégio. Direito próprio de um ofício, cargo ou profissão; regalia: usufruía das **prerrogativas** que a política lhe trazia. (prer.ro.ga.ti.va)

sf.1. Direito especial, próprio de um cargo, posição etc. (prerrogativa real)2. Vantagem exclusiva dos indivíduos de determinado grupo; PRIVILÉGIO; REGALIA: Gozava das prerrogativas que a lei lhe concedia.

desejável pelo regime jurídico-administrativo extravagante que adotamos, que justifica essa supremacia estatal pela titularidade e defesa dos interesses públicos pelo Estado.

Características como:

- Visibilidade dos atos praticados por entes públicos;
- Patrocínio do acesso a informação;
- Dever de tutela dos seus próprios atos;
- Busca pela eficiência na escolha dos meios para o alcance de suas finalidades;
- Dever de obedecer a uma norma de conduta moral;
- Cumprimento das leis, dos princípios e da Constituição Federal como únicas fontes propulsoras da ação estatal;
- Exteriorização apenas da vontade administrativa despersonalizada.

O elenco desses atributos peculiares é agregado aos entes públicos por força da natureza pública que eles ostentam. Qualificativos que os tornam ímpares quando comparados com os particulares e suas entidades privadas, e que impede a exata correlação entre a autocomposição praticada em âmbito privado, da mediação aplicada para conflitos envolvendo entes públicos.

Analisemos a lei 13.240/15 que no seu art. 2º elenca os balizamentos que deverão nortear o processo de mediação. Nesse rol a norma cita como elementos fundantes desse método consensual a isonomia; a autonomia da vontade das partes e a confidencialidade.

Essas premissas não são aplicáveis aos entes públicos.

Primeiro, criticamos a possibilidade de pessoas jurídicas de direito público, quando agem nessa qualidade, relacionarem-se com particulares sob a perspectiva da horizontalidade. Segundo, a autonomia da vontade das partes também inaplicável para o ente público. Terceiro a confidencialidade prevista na lei e o dever de transparência ou visibilidade dos atos administrativos.

Diferentemente de toda a lógica do direito privado, que tenta artificialmente suprir fragilidades econômicas de uma das partes na relação jurídica, justamente para manter a isonomia. O Direito Administrativo parte de lógica inversa, o de sustentar princípios que colocam a Administração Pública em posição de supremacia diante do cidadão, em razão da preponderância do interesse público sobre o interesse privado.

Quanto a autonomia da vontade, primeiro precisamos distinguir, a vontade administrativa da vontade humana. A vontade é própria do ser humano, é uma faculdade praticável somente pelo homem, que detém a capacidade de conduzir seus atos prevendo antecipadamente o resultado que deseja obter. A denominada vontade administrativa é institucional, ela não se confunde com a vontade do sujeito por intermédio do qual opera. A vontade administrativa nunca poderá ser livre ou autônoma, nem subjetiva, tampouco fruto de um artifício mental, interno e psicológico. A vontade administrativa é institucional, objetiva, externa e deverá ser sempre procedimentalizada para que seja alcançada pelos mecanismos de controle. Se o particular é autônomo para decidir livremente com base em sua vontade, mesmo que sobre ele, posteriormente, pese uma sanção; o ente público, não. Esse ente, por ser público, está vinculado ao direito, em todos os seus atos, e, mesmo antes da formação completa desses atos, quando eles estão sendo concebidos, pensados, estruturados, esses elementos já devem estar vinculados ao direito. Assim, não há espaço para autonomia.

A hipótese de confidencialidade é outra hipótese inadequada quando o conflito envolve a Administração Pública. A Administração tem como um dos seus princípios constitucionalmente assegurados a publicidade. Se entre particulares a confidencialidade pode influenciar positivamente para que se chegue a um acordo entre as partes, nos conflitos envolvendo a Administração Pública a confidencialidade resultaria, na maior parte dos casos, em nulidade do ajuste (DAVI, 2013, p. 279).

Desta forma, entendemos que esse dispositivo, como disposição geral, não pode ser aplicado integralmente à autocomposição quando for parte pessoa jurídica de direito público. Com o advento da lei de informação houve um alargamento da extensão do princípio da publicidade.

A Administração Pública não somente garante a visibilidade dos seus atos e decisões, mas também deve garantir que a informação alcance a maioria dessas informações.

## **DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS – CRIAÇÃO DAS CÂMARAS**

Ademais, a referida Lei cria uma faculdade para os entes públicos desenvolverem Câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito dos respectivos Órgãos da Advocacia Pública, onde houver.

Essa possibilidade, ressalte-se, sempre existiu. A título de ilustração, citamos a União, que já possui uma Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal criada pela Portaria AGU nº 118, de 1º de fevereiro de 2007, que regula a conciliação entre órgãos e entidades da Administração Federal a ser mediada pela Advocacia-Geral da União.<sup>4</sup>

A Lei de Mediação inovaria se criasse uma obrigação para os entes públicos e fixasse prazo para o seu cumprimento. A criação de estruturas próprias para mediar esses conflitos dentro da Administração é o elemento fundamental para que a mediação ocorra. É a partir da existência dessa estrutura que o cidadão se apropriará de algo que nunca deveria ter sido retirado dele, qual seja, a possibilidade de diálogo com o Poder Executivo.

O artigo 33 da lei dispõe que *“Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei. »* O dispositivo não nos parece pertinente.

A inexistência da Câmara especializada em mediação não será suprida pela aplicação do procedimento previsto na seção III do capítulo da referida Lei. Em nossa opinião, a ausência do regulamento próprio para cada um dos entes, fixando o procedimento de mediação, poderá sim, obviamente, ser suprido pela aplicação do procedimento previsto na Lei Federal até que o regulamento seja aprovado. A ausência da estrutura competente para aplicar a mediação,

---

<sup>4</sup> A Lei Complementar nº 73/1993 - Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, por seu turno, estabeleceu no art. 4º, incisos X e XI, que compete ao Advogado-Geral da União a fixação da interpretação da Constituição e outros atos normativos, que terão efeito vinculante para os demais órgãos da Administração Federal e a prevenção e solução de controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal.

todavia, é uma omissão que não encontra solução no dispositivo citado.

### **ONDE FICA O PACTO FEDERATIVO?**

Outro ponto que merece análise refere-se ao art. 37 da lei, que faculta aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, a submissão de seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

No próprio art. 32 a lei prevê a possibilidade de criação de câmaras em cada um desses entes federados. Diante disso, e, não havendo hierarquia entre eles, não entendemos por que somente aos Estados, Municípios e Distrito Federal é facultada a submissão de seus litígios a Advocacia-Geral da União. As procuradorias gerais dos estados ou dos municípios não seriam legítimas para também mediar conflitos envolvendo a União? A negativa a essa questão não encontra fundamento no nosso ordenamento jurídico.

### **CONSENSO, MEDIAÇÃO E O REGIME PRÓPRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

Desenvolver um sistema de autocomposição de litígios com entes públicos requer uma adaptação das concepções adotadas pelo Direito Privado acerca da mediação e da conciliação.

A conciliação é tradicionalmente utilizada pelo Direito Privado e recentemente começou a despertar interesse no Direito Administrativo. Em razão das peculiaridades e extravagâncias do sistema jurídico-administrativo, esse encontro de vontades e interesses deverá ser objeto de adaptações.

Jean-François Brisson (1986, p. 792) define a conciliação como o apelo das partes a um terceiro, a fim de aproximarem seus pontos de vista e de saberem aproveitar essa aproximação para proporem uma solução de compromisso que serão livres para aceitar ou não.

De outra parte, a mediação, para o mesmo autor, é a intervenção de um mediador entre as partes e um litígio, não como conciliador para propor uma solução, mas para analisar a situação e sugerir a Administração, submetida à sua influência moral, uma solução viável para o caso. Essa definição coloca a mediação sob a ótica do Direito Administrativo.

Para o autor francês, numa relação de desigualdade jurídica, o consenso puro e simplesmente jamais será obtido. Portanto, necessário se torna o exercício de um poder de convencimento fortalecido pela credibilidade moral de um dos agentes.

Segundo o dicionário Larousse, a palavra «*mediação*» se origina do latim «*medius*», o que está ao meio; «*mediato*», como o inverso de imediato, aquilo que se faz indiretamente, a partir de um intermediário. Já o verbo «*conciliar*» vem do latim «*conciliare*», significando «*unir*».

Esse percurso etimológico é determinante para nos conduzir a algumas deduções importantes sob a definição de mediação e conciliação: a conciliação implica que as partes estejam reunidas, e, sozinhas, cheguem a um acordo de vontades; o conciliador não deve buscar uma solução, mas apenas deixar que a solução sobressaia da discussão.

O mediador, por sua vez, intervém quando as partes não têm esperança de encontrar uma solução e preferem se submeter a um terceiro para que ele, investido de uma autoridade moral, oriunda de conhecimento técnico e de idoneidade moral, emita um parecer sobre a questão, propondo uma solução para por fim à controvérsia.

O projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro - PLC 8046/2010 - dispunha em seu artigo 145:

§ 1o. O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 2o. O mediador auxiliará as pessoas em conflito a compreenderem as questões e os interesses envolvidos no conflito e posteriormente identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.

Muito embora o texto do novo Código de Processo Civil não traga essa distinção entre conciliador e mediador, a doutrina continua enfatizando o que prescrevia o projeto de lei. Eduardo Cambi (2015, p. 881) afirma que o mediador, ao contrário do conciliador, não indica ou propõe uma solução, defendendo, assim, uma postura mais inerte do mediador em relação ao conciliador.

A Lei 13.140/2015 parece destoar desse entendimento esposado pela doutrina no que tange ao novo código de processo civil, pois assim preceitua: [...] O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito. A busca pelo entendimento e a condução do procedimento indica uma postura mais proativa.

O sentido da mediação a ser adotado pelo Processo Civil revela uma diferença profunda comparado àquele anteriormente citado, e que é o modelo adotado na Europa. Imperioso, todavia, que seja feito um esclarecimento preliminar: as citações que trouxemos analisa a mediação sob a ótica do Direito Público, e, na Comunidade Europeia, a mediação está associada à magistratura de influência no que tange as soluções alternativas ao contencioso administrativo. O Mediador da República na França - atualmente substituído pelo Defensor de Direitos - e o Mediador Europeu, fazem prova dessa afinidade que acabamos de enunciar.

Essas duas autoridades administrativas – o Defensor de Direitos e o Mediador Europeu - desempenham uma função de influenciar numa solução. O Mediador Europeu tem o papel inicial de pôr um fim no litígio entre o cidadão e a administração-comunitária da forma mais rápida e serena possível. Em razão de sua autoridade moral, o Mediador consegue frequentemente conduzir as partes a uma solução amigável, ou seja, sem intervenção do juiz (MUNOZ, 1997, p. 41).

O traço consensual é comum a todos os modos de configuração dos litígios extrajudiciais. É a diferença de dimensão dessa característica consensual que vai impor as particularidades deles. A melhor forma de resolver os litígios é certamente uma maneira harmonizada de colocar fim a uma disputa sem a imposição de uma decisão por um terceiro, e, graças aos esforços das próprias partes em conflito. Em teoria, nenhuma hierarquia entre as partes deveria existir, nem nenhuma imposição de poder ou de vontade quando a forma de resolução é consensual.

Todavia, podemos concluir, que a presença do consenso existe, mas, não é decisiva para atingir o objetivo almejado. A incapacidade do consenso em conduzir o litígio pode derivar da participação da administração pública como parte. A vontade administrativa não é da mesma natureza que a vontade humana, ela é objetiva, externa e institucionalizada, enquanto que a vontade dos cidadãos é interna e pessoal. Assim, a construção do consenso que depende, nesses casos, de uma conciliação das vontades de natureza diversas, enfrentará dificuldades anormais, não encontradas no Direito Privado (DELAUNAY, 1993, p. 177).

Os procedimentos constituem as formalidades necessárias para demonstrar a legitimidade da formação da vontade pública. Logo, a complexidade da natureza de uma vontade que não é humana exige técnicas que, para a sua formação, fogem ao senso comum.

Atingir um resultado mais satisfatório nestes procedimentos depende da adaptabilidade dessas técnicas às necessidades e às especialidades do contencioso administrativo. O consenso induzido representa uma tendência das formas alternativas de litígio aplicadas à realidade Administrativa.

A função mais ativa desempenhada pelo Mediador, pensado em termos institucionais e publicísticos, concede maior dinamismo a esses mecanismos, e os torna, ao mesmo tempo, mais eficazes que a conciliação.

Em revanche, esta posição mais indutiva para o encontro de uma solução pode suscitar alguma desconfiança por parte do Cidadão que, em geral, não tem uma boa imagem da Administração.

O equilíbrio entre a indução e a neutralidade é fundamental, até mesmo porque essa persuasão não poderia ultrapassar o sensível e tênue limite entre o convencer e o constranger. A parte tem que ser livre para aceitar ou não as propostas formuladas.

## **A MEDIAÇÃO ENVOLVENDO ENTES PÚBLICOS E O PODER DE REFORMA**

Não podemos nos acomodar com a produção de efeitos casuísticos e em litígios individuais quando se trata de mediação envolvendo ente público. Quando a Administração é chamada para

mediar um conflito envolvendo uma prestação do serviço público, por exemplo, não se pode imaginar que o problema será sanado naquele caso, desprezando-se a potencial fonte geradora de conflitos similares que abarrotarão o órgão de mediação.

A Administração Pública tem que utilizar a mediação como um observatório eficaz para exercer reformas de políticas pública, evitando a repetição de demandas. A obtenção de dados precisos, concretos e atualizados das diversas relações estabelecidas com o Estado, nas suas mais variadas facetas temáticas, é uma das maiores forças da mediação. A partir da abertura e do contato com o público, a Administração evitará o litígio na sua origem, praticando reformas e modificando procedimentos.

A mediação assumirá, desta forma, uma dupla função: a de intervenção nos conflitos e a de provocação de reformas.<sup>5</sup> A primeira de dimensão individual e concreta; e a segunda, de dimensão coletiva e difusa.

As recomendações efetuadas pelo mediador denunciam o problema e detalham o mais minuciosamente possível a solução, ou soluções que se mostram mais viáveis para o caso. Assim, a recomendação visa uma melhoria da atividade administrativa ou do serviço público, o que ultrapassa em muito os limites de um conflito entre o Cidadão e o Estado.

## **CONCLUSÃO:**

A Lei de mediação não foi concebida para a mediação envolvendo entes públicos. Diante de uma possível omissão, agregou uma parte dedicada a esse tipo de mediação, e assim, cometeu o seu principal equívoco: considerar a mediação do direito privado possível de ser aplicada ao direito público, sem nenhum tipo de filtragem.

Os fundamentos adotados pela lei de mediação são todos focados na autonomia da vontade, na disponibilidade dos direitos, na proteção à intimidade e à privacidade. Até agora todas as formações de mediadores são voltadas para uma mediação entre particulares. A mediação

---

voltada para entes públicos foi esquecida, malgrado sejam os entes públicos os maiores litigantes do nosso país segundo dados colhidos no Conselho Nacional de Justiça.

## **BIBLIOGRAFIA**

BONAFÈ-SCHIMIDT, Jean Pierre. *La médiation: une justice douce*, Sirois, Paris, 1992, pp.182-184.

BRISSON, Jean-François. Régler Autrement les litiges administratifs : Les recours Gracieux et Hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés ? *Revista de Direito Público*, 1996. pp.792-846

CAMBI, Eduardo. *Breves Comentários ao Novo Código de processo Civil*. Coordenação: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, [etc al], São Paulo, Editora: RT, 2015.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo I, 8.ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006.

CHENG, Anne. *Histoire de la pensée chinoise*, Points Essais, Le Seuil, 1997.

DABIN, Jean. *Os grandes filósofos do Direito. Teoria Geral do Direito*. Organização de Clarence Morris, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVI, Kaline Ferreira. Solução de Litígios pela Administração Pública sem intervenção do Judiciário. *Revista da AGU*, Brasília, DF, ano VII, n. 16, p. 183, 2008.

\_\_\_\_\_. Magistratura de Influência: uma alternativa ao contencioso administrativo tradicional. *Revista Brasileira de Direito Público: RBDP*, Belo Horizonte, v. 12, n. 45, p. 123-135, abr./jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Brasil e França na busca por alternativas para a resolução de litígio administrativo: Apontamentos de um estudo comparado. *Revista dos Tribunais*, n.914, 2011 n. 914. p. 21

\_\_\_\_\_. Modos Alternativos de um Contencioso não Jurisdicional e o Papel a ser Desempenhado por uma Advocacia-Geral da União Cidadã. *Revista Vencedores do Concurso de Monografia da AGU 2009-2010*. Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano IV, n. 15 (fev./2012).- Brasília: EAGU

DELAUNAY, Benedicte. *L'amélioration des Rapports entre l'Administration et les Administrés*. Bibliothèque de Droit Public, Paris, T. 72, LGDJ, p.

DELVOLVÉ, Pierre. Les solutions Alternatives aux Litiges entre les autorités administratives et les personnes privées: conciliation, médiation et arbitrage. Conférence Multilatérale, Lisbonne, le 31 mai- 2 juin 1999, Editions du Conseil de l'Europe. 2000, p. 17

\_\_\_\_\_. La Justice hors du Juge. La Semaine Juridique, n° 27, Julho, 1984, Juris-Classeur, Paris, p. 18

LELOUP, Jean-Marie. Rapport de Conclusions d'Entretien de Nanterre. JCP, 1984, p. 26.

MARDIERE, Christophe. La transaction regard fiscal. Dalloz, Paris, 2006.

PASSOS, JJ Calmon de. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RIBEIRO, Manoel. *A institucionalização democrática do poder*. 2. ed. Salvador: Distribuidora de Livros Salvador, 1983.