

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

JAMMES MILLER BESSA

**A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS VERTICAIS: A
MEDIAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**SÃO LEOPOLDO-RS
2021**

JAMMES MILLER BESSA

**A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS VERTICAIS:
A MEDIAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Tese sustentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (São Leopoldo-RS).

Orientadora: Prof.a. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha

São Leopoldo-RS

2021

S557r Bessa, Jammes Miller

A resolução alternativa de conflitos verticais: a mediação na administração pública / Jammes Miller Bessa -- 2021.

243 f. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2021.

Orientadora: Prof.a. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha.

1. Direitos constitucional. 2. Mediação. 3. Administração pública. 4. Acesso à justiça. I. Título. II. Saldanha, Jânia Maria Lopes.

CDU 342

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS VERTICAIS: A MEDIAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**”, elaborada pelo doutorando **Jammes Miller Bessa**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 12 de janeiro de 2022.


Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha Participação por Webconferência

Membro: Dr. Adriano Sant'Ana Pedra Participação por Webconferência

Membro: Dr. Mário Lúcio Garcez Calil Participação por Webconferência

Membro: Dra. Têmis Limberger Participação por Webconferência

Membro: Dr. Wilson Engelmann Participação por Webconferência

AGRADECIMENTOS

A elaboração desta tese representa mais um degrau em minha jornada acadêmica. A tarefa foi cumprida com superação de obstáculos e ajuda de importantes pessoas.

Agradeço, primeiramente, aos meus pais - Abezio Leite de Bessa e Maria Aparecida Menezes Bessa - que sempre primaram pela minha educação; ao meu irmão Jonathan Stewart Bessa, que segue na vida acadêmica; aos meus colegas professores da Universidade de Rio Verde; e à minha namorada - Maria Nazaré Andrade Silva, pela paciência e carinho de todos os dias.

Agradeço, também, de maneira especial, à professora doutora Jânia Maria Lopes Saldanha, orientadora desta tese, pelos ensinamentos e dedicação ao magistério.

Sou grato, ainda, aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Vale do Rio dos Sinos, que muito contribuíram para a minha formação jurídica.

Por fim, agradeço à Universidade de Rio Verde, instituição de cujo corpo docente tenho a honra e o orgulho de integrar.

RESUMO

Este estudo analisa a mediação na Administração Pública como modalidade de resolução alternativa dos conflitos contra os cidadãos. Ao contrário do que ocorre com os litígios decididos pelo Poder Judiciário, a mediação proporciona um modelo de administração pública consensual, com a possibilidade de horizontalizar as relações entre a Administração Pública e as pessoas, além de ser capaz de prevenir novos conflitos derivados do original. O Poder Judiciário não há de se restringir à substituição da vontade das partes pela decisão judicial, haja vista o fato de que a tutela jurisdicional não se esgota na eliminação dos litígios, devendo incorporar, também, o tratamento destes. Muito embora a Administração Pública no Brasil esteja subordinada ao princípio da legalidade, uma interpretação sistemática da Constituição Federal e da legislação específica possibilita o emprego da mediação nesse contexto. A hipótese proposta é que o Poder Público deve oferecer meios alternativos de solução de conflitos como meio de atender as demandas sociais e concretizar direitos fundamentais. Para o desenvolvimento deste ensaio acadêmico *stricto sensu*, é necessário considerar as possibilidades de aplicar a mediação aos conflitos entre o Poder Público e as pessoas com suporte na interpretação dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, em conjunto com a legislação processual passível de aplicação. A abordagem metodológica seguida propõe a análise da relação entre a crise do Estado e a administração dos conflitos, os métodos alternativos de resolução de controvérsias, a possibilidade de modificação do paradigma da verticalidade para o da horizontalidade e o tratamento dado à mediação na atualidade brasileira. Por meio de processo dedutivo, analisam-se as possibilidades da mediação no aprimoramento do acesso à justiça, os principais modelos e teorias acerca da mediação de conflitos e a apresentação de saídas concretas para o emprego da mediação nos conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos. A técnica de pesquisa utilizada é a documentação indireta, por intermédio de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. Os resultados obtidos com a pesquisa permitem concluir que a mediação contribui para o acesso à justiça e traz segurança jurídica em patamares não esperados da atuação substitutiva do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Mediação. Administração Pública. Acesso à Justiça.

ABSTRACT

This study aims to analyze mediation in Public Administration as an alternative way of resolving conflicts against individuals. Unlike what happens with disputes decided by the Judiciary, mediation provides a model of consensual public administration, with the possibility of horizontalizing the relations between the Public Administration and individuals, in addition to being able to prevent new conflicts arising from the original. The Judiciary Branch cannot restrict itself to the replacement of the parties' will by the judicial decision, given the fact that jurisdictional protection does not end with the elimination of the dispute, but must also incorporate the treatment of disputes. Even though Public Administration in Brazil is subject to the principle of legality, a systematic interpretation of the Federal Constitution and specific legislation makes it possible to use mediation in this context. The proposed hypothesis is that the Public Power must offer alternative means of conflict resolution as a way to meet social demands and realize fundamental rights. For the development of this work, it is necessary to consider the possibilities of applying mediation to conflicts between the Public Power and private individuals based on the interpretation of the constitutional principles applicable to the Public Administration, together with the applicable procedural legislation. The methodological approach followed proposes the analysis of the relationship between the crisis of the State and the administration of conflicts, alternative methods for resolving disputes, the possibility of changing the paradigm of verticality to that of horizontality, and the treatment given to mediation in the Brazilian present. Through a deductive process, the possibilities of mediation in improving access to justice, the main models and theories about conflict mediation and the presentation of concrete solutions for the use of mediation in conflicts between the Public Administration and individuals are analyzed. The research technique used is indirect documentation, through bibliographic, jurisprudential and legislative research. The results obtained from the research allow us to conclude that mediation contributes to access to justice and brings legal security at levels that cannot be expected from the substitutive action of the Judiciary.

Key-words: mediation; public administration; access to justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DA GEOMETRIA VERTICAL PARA A GEOMETRIA HORIZONTAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	13
2.1 A justiça do conflito para a justiça do consenso: a inadequação dos modelos novecentistas ao século XXI e a necessidade de adaptação	13
2.1.1 Soluções verticalizadas: os conflitos entre cidadãos e Estado e o modelo de justiça do século XIX	14
2.1.2 O modelo novecentista de jurisdição em descompasso relativamente às demandas do século XXI	32
2.1.3 A jurisdição nos países de modernidade tardia e os conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos	43
2.1.4 Fundamentos teórico-funcionais da mediação	52
2.2 Soluções horizontalizadas: a mediação como o meio de solução de conflitos para o século XXI entre o Estado e os administrados	63
2.2.1 A mediação como aprimoramento de acesso à Justiça	63
2.2.2 A coletivização dos conflitos e a Administração Pública	74
2.2.3 A mediação na Administração Pública e a equidade	86
2.2.4 O uso da mediação para resolver conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos	93
2.3 A abertura do Brasil à mediação: processo normativo em evolução	103
2.3.1 Aspectos históricos sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos no Brasil	104
2.3.2 A Resolução 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça	109
2.3.3 A mediação no Código de Processo Civil	113
2.3.4 Análise dos instrumentos de resolução extrajudicial de conflitos no Código de Processo Civil de 2015 e no marco legal da mediação	122
3 A GEOMETRIA HORIZONTAL APLICADA AOS LITÍGIOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: APRIMORAMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA E UMA ADMINISTRAÇÃO QUE DIALOGA	138
3.1 Principais modelos e teorias acerca da mediação de conflitos	138
3.1.1 Escola Negocial de Harvard	139
3.1.2 Mediação Transformativa e a Terapia do Amor Mediado (TAM)	148

3.1.3 Mediação Circular-Narrativa com amparo em Sara Cobb	161
3.1.4 Terapia Narrativa em John Winslade e Gerald Monk	167
3.2 As possibilidades da mediação no aprimoramento do acesso à Justiça	179
3.2.1 Acesso à Justiça na Constituição de 1988	180
3.2.2 A inafastabilidade da jurisdição	188
3.2.3 A PEC 108/2015 e o <i>Multi-Door Courthouse System</i>	195
3.2.4 A mediação como “porta”	202
3.3 As possibilidades de emprego da mediação nos conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos	210
3.3.1 Parcerias público-privadas	211
3.3.2 Processos administrativos disciplinares	219
3.3.3 Os ajustamentos de conduta	227
3.3.4 O acordo de não persecução cível nos atos de improbidade	233
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	238
REFERÊNCIAS	264

1 INTRODUÇÃO

Os métodos de resolução de conflitos alternativos à Jurisdição representam meio efetivo para o acesso à Justiça, especialmente em decorrência do fato de serem capazes de desafogar o Poder Judiciário que, no Brasil, se encontra superlotado de processos.

Referidas ações, em grande parte, corporificam demandas da Administração Pública contra os cidadãos. Cabe, portanto, questionar acerca da aplicabilidade dos referidos métodos nos conflitos instaurados entre o Poder Público e os cidadãos, especificamente no que concerne à mediação.

O ponto de fulcro deste ensaio é a possibilidade do uso da mediação na horizontalização dos conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos, de maneira compatível com a Constituição Federal de 1988, aliado ao moderno entendimento de flexibilização da aplicação do princípio da legalidade aos atos administrativos.

O Poder Público, apesar de ser o principal usuário singular do Poder Judiciário, não oferece suficientes oportunidades de utilização de meios alternativos de solução de conflitos que ultrapasse às raras hipóteses da legislação específica, por exemplo, no contexto das Parcerias Público-Privadas.

A mediação, nesse contexto, é a alternativa à jurisdição, que demonstra as melhores possibilidades de administração do conflito, especialmente no sentido de horizontalizar seu tratamento. Mais do que isso, em decorrência de seu caráter transformador, é capaz de prevenir outros conflitos derivados do original.

A Administração Pública no Brasil se encontra subordinada ao Regime Jurídico Administrativo, com vistas a somente agir na conformidade daquilo que é determinado por seus princípios, mas os demais princípios aplicáveis à matéria, por interpretação sistemática, possibilitam seja aplicada a mediação nesse contexto.

Demais disso, ao lado das referidas normas, as recentes inovações ocorridas na legislação processual civil, por meio do Código de Processo Civil e do Marco Legal da Mediação, dão azo à aplicação do referido método em uma multiplicidade de situações, inclusive, transpondo aquelas expressamente previstas na legislação.

O texto ora sob relação constitui pesquisa original¹. A tese agora proposta se refere à interpretação sistemática da Constituição e da legislação processual, dirigida à aferição das possibilidades de uso da mediação para o tratamento dos conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos, direcionada à sua horizontalização, com amparo no diálogo entre Luís Alberto Warat, Maria Tereza Sadek e José Luis Bolzan de Moraes.

Apesar disso, as possibilidades de resolução alternativa dos conflitos que envolvem a Administração Pública e os cidadãos ainda são raras, especialmente em decorrência de sua submissão ao princípio da legalidade. Referidas situações são ainda mais escassas no concernente à mediação.

Com efeito, é que surge este questionamento: - *Com base na principiologia constitucional e nos direitos fundamentais, a mediação serve à horizontalização dos conflitos entre a Administração Pública e as pessoas?*

Desde a indagação elegida, exprime-se a seguinte suposição: - *A mediação é capaz de contribuir para o incremento das possibilidades de concretização do direito à boa Administração Pública que, como maior usuário individualmente considerado do Poder Judiciário, precisa tal de instrumento de pacificação.*

Nesse sentido, dirige-se a explorar as possibilidades de emprego da mediação aos conflitos entre o Poder Público e as pessoas, com supedâneo na interpretação dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, em conjunto com a legislação processual passível de uso.

Especificamente, demanda-se operar a relação entre a crise do Estado e a administração dos conflitos, tratar dos métodos alternativos de resolução de controvérsias e a possibilidade de modificação do paradigma da verticalidade para o da horizontalidade, bem assim estudar o tratamento concedido à mediação na atualidade brasileira.

¹ Conforme pesquisa feita junto ao Catálogo de Teses da CAPES (<https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/>) e nos bancos de teses de programas de pós-graduação em Direito, há, entretanto, alguns trabalhos similares, quais sejam: SANOMYA, Renata Mayumi. **Mediação e conciliação com o poder público**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019; BARRETO, Júlia d'Alge Mont'Alverne. **Consensualidade administrativa: o uso de dispute boards para solução de conflitos no âmbito das agências reguladoras**. 2018. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2018; SANTOS, Bruno Grego dos. **Transação extrajudicial na administração pública**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade de São Paulo, 2015; TONIN, Maurício Moraes. **Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Além disso, objetiva-se verificar as possibilidades da mediação no aprimoramento do acesso à Justiça, tratar dos principais modelos e teorias acerca da mediação de conflitos, estudar as possibilidades de emprego da mediação nos conflitos entre a Administração Pública e as pessoas e oferecer saídas concretas para aplicar a mediação visando a resolver conflitos entre a Administração e as pessoas.

Ancora-se, ainda, nos entendimentos relacionados à existência de outra hermenêutica da autonomia da vontade que, interpretada em paralelo à Constituição de 1988, permite empregar a mediação como instrumento de resolução de conflitos, assim como a influência desse paradigma sobre o próprio conceito de interesse público.

De tal modo, no contexto de uma sistematização relacionada à interpretação do conceito de interesse público, com arrimo na Constituição de 1988 em direção ao corpo infraconstitucional legislado, percebe-se a necessidade de sua compreensão com vistas, não apenas, a permitir, como também incentivar a utilização de modos opcionais de resolver conflitos.

É importante estudar o sentido teórico para o interesse público vinculado com a sua utilização prática, a fim de extrair o seu real valor constitucional como promotor dos objetivos fundamentais da República (conforme demanda o art. 3º da CF/88).

Portanto, o interesse público é a finalidade da proteção estatal, e as condições dessa proteção exprimem-se positivas e produtivas para aqueles que carecem da sua atividade efetiva, de acordo com os objetivos e normas estabelecidos na Constituição Federal, nas estruturas sociais e políticas. Tal conforma o intento do Estado e das pessoas de realizar e promover, como resultado da obrigação geral, o sucesso do País, consolidando as disposições da Carta Grande.

Para que a pesquisa inclua uma perspectiva sociológica, demanda-se a necessidade de se isolar as modalidades sociais por abstração, na formulação de uma *ciência da sociedade*, que encontre suas problemáticas nas configurações de vida social.

Além disso, intenta reportar-se às diferenças entre os diversos métodos alternativos de solução de conflitos, às distinções entre a mediação e as demais metodologias opcionais, à institucionalização da mediação e ao tratamento conferido à mediação na atualidade brasileira.

Sob o prisma prático, visa a estudar as possibilidades de a mediação aprimorar o acesso à Justiça no contexto brasileiro, sua compatibilidade com os princípios da Administração Pública e as possibilidades de sua utilização nos conflitos entre a Gestão Oficial e os cidadãos.

Demonstra-se a necessidade de proceder ao referido estudo sob o amparo dos princípios do Estado Democrático de Direito e do Regime Jurídico Administrativo, nos conflitos entre o Poder Público e as pessoas em querelas de valor econômico ou não.

Constitui-se, *in hoc sensu*, um modelo de *administração pública consensual*, relativizando a estrutura verticalizada entre o Poder Público e as pessoas, situado pelo próprio contrato social, ensejando horizontalizar as relações entre a Administração Pública e as pessoas.

As principais categorias jurídicas e sociológicas são: regime jurídico administrativo; conflito; resolução extrajudicial de conflitos; relações verticais e horizontais e, dentro delas, de verticalização e horizontalização; consenso; modelo novecentista de jurisdição; marco legal da mediação; jurisdição (contenciosa e voluntária); dentre outros.

Para se efetivar a investigação neste momento sustentada, recorreu-se à busca librária nos referenciais pertinentes, em especial aqueles relacionados aos vários métodos de resolução de conflitos, mais especificamente, à mediação e suas teorias, escolas e métodos de aplicação.

A pesquisa documental foi feita na Constituição Federal, na legislação aplicável, nos tratados internacionais especificamente relacionados, assim como nos projetos de lei e de emendas constitucionais atinentes à matéria. A investigação sob relato possui caráter qualitativo.

Na escrita, socorreu-se do procedimento *dedutivo*, com procedência nos aspectos gerais do ordenamento jurídico-processual brasileiro, passando-se pela mediação e suas técnicas e modelos específicos, bem como pela legislação particularmente aplicável no Brasil, para, ao final, cuidar de emprego possível desse método de resolução para conflitos entre o Poder Público e as pessoas.

A mecânica do processo judicial, que cuida das controvérsias por meio da atuação direta de uma *tertius*, direciona-se, na realidade, à eliminação do conflito, não ao seu efetivo tratamento. Em decorrência dessa lógica, diversas outras

situações conflitivas são suscetíveis de emergir em decorrência de questões mal resolvidas.

A tese desdobra-se em quatro capítulos. O primeiro capítulo é a Introdução e o último as Considerações Finais. O segundo capítulo estuda a mudança da geometria vertical para a geometria horizontal de solução dos conflitos. Já o terceiro capítulo trabalha a geometria horizontal aplicada aos litígios com a Administração Pública, propondo-se ao aprimoramento do acesso à Justiça e a uma administração dialógica.

A pesquisa nesse instante relatoriada, assim, guarda relação com a linha de pesquisa *Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos*, que se refere à temática Direito Público e se dirige a discutir aspectos relacionadas ao Estado e a fornecer respostas às demandas sociais, desde a concretização dos direitos fundamentais.

2 DA GEOMETRIA VERTICAL PARA A GEOMETRIA HORIZONTAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Tem-se por objetivo, neste passo, expor os resultados da crise de litigiosidade, cujo principal responsável, individualmente considerado, é a Administração Pública, e as soluções até agora encontradas para tratá-lo.

Com efeito, são estudadas as origens remotas da crise de litigiosidade verificada entre as pessoas e a Administração Pública, as soluções judiciais verticalizadas em relação aos conflitos entre cidadãos e Estado e o descompasso do modelo novecentista de jurisdição em relação às demandas do século XXI.

A seguir, examina-se a mediação, com amparo no paradigma do acesso à Justiça, em contraposição às crises da jurisdição, como aprimoramento de acesso à Justiça, a coletivização dos conflitos e a Administração Pública, a Administração Pública e suas relações com a equidade.

Após, está expressa a evolução dos processos normativos no sentido incluir a mediação no sistema jurídico-processual brasileiro, com suporte em aspectos históricos, desde o início do Estado brasileiro, passando pela mediação no Direito Internacional, a Resolução 125, de 2010, do CNJ, o CPC e o Marco Legal da Mediação.

2.1 A justiça do conflito para a justiça do consenso: a inadequação dos modelos novecentistas ao século XXI e a necessidade de adaptação

O acúmulo de processos judiciais nos tribunais é uma situação agravada pelas consecutivas crises que atingiram a economia nacional e fizeram com que o Poder Público se convertesse na principal fonte de demandas no País, tornando a Estado o principal litigante no Brasil.

Nesse sentido, o objetivo deste segmento é estudar as origens remotas da crise de litigiosidade verificada entre os indivíduos e a Administração Pública, desde os pressupostos liberais-individualistas seguidos pelo Judiciário nos séculos XVIII e XIX.

De tal modo, são tratadas as soluções judiciais verticalizadas em relação aos conflitos entre cidadãos e Estado e o modelo de Justiça do século XIX, desde as origens da crise de conflituosidade, resultantes da jurisdição no Brasil procedentes do século XVIII.

Foram investigados o descompasso do modelo novecentista de jurisdição relativamente às demandas do século XXI, as consequências da crise do Estado Social para a crise da jurisdição, especialmente no contexto da “publicização” do privado e da privatização do público.

Após, trabalhou-se a jurisdição nos países de modernidade tardia e os conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos, desde a rotinização da função jurisdicional, assim como a necessidade de um novo paradigma para a resolução das referidas demandas. Ao final, relataram-se os aspectos centrais da mediação.

2.1.1 Soluções verticalizadas: os conflitos entre cidadãos e Estado e o modelo de justiça do século XIX

A verticalidade na relação da Administração Pública brasileira com as pessoas impede a solução satisfatória dos litígios. Assim, a atuação do Poder Público ocorre nos estritos limites da lei em sentido amplo, com estreita margem de decisão por intermédio de critérios de conveniência e oportunidade, mesmo assim, de maneira vinculada aos princípios da Administração Pública.

Tal rigor no tratamento da coisa pública, malgrado necessário ao exercício da função administrativa, especialmente na realidade brasileira de corrupção institucionalizada, limitou, ainda mais, as possibilidades de estabelecer diálogo entre o Estado e as pessoas.

Como se não bastasse, o regime jurídico administrativo ordena uma relação verticalizada entre a Administração Pública e as pessoas, caracterizada pelo distanciamento ocasionado pelo denominado poder de império, somado a diversos outros pontos.

É imperioso, *in hoc sensu*, tratar dos efeitos da verticalização das relações entre o Estado e as pessoas no âmbito da Administração Pública, desde a perspectiva liberal-individualista que permeou as origens do Poder Judiciário brasileiro atual, bem como os fundamentos teóricos da mediação.

A compreensão do direito de acesso à Justiça ter sido amplamente reconhecido logo após a Revolução Francesa, já encontrava origens remotas na *Magna Charta Libertatum*, de 1215². Ocorre que suas especificações, sob o liberalismo, conduziram à sua interpretação individualista.

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 10.

Conforme a perspectiva liberal-burguesa dos séculos XVIII e XIX, o direito ao acesso à tutela judicial era compreendido de maneira individual e formal de litigar ou se defender de uma violação de seus direitos, considerados naturais e, assim, anteriores ao Estado. Desse modo, o papel do Estado era passivo, voltado apenas a assegurar o respeito aos direitos basilares. A denominada *pobreza jurídica* (*legal poverty*) correspondia à situação de incapacidade de as pessoas utilizarem as instituições, na qual sua tutela não seria problema do Estado.³

Assim, a justiça era tratada como uma *commodity*, que só seria comprada por quem tivesse dinheiro. Nesse sentido, o Projeto Florença se voltou a prover mecanismos para efetivar esses direitos, identificando a necessidade de adaptação dos instrumentos jurídicos das disputas entre partes desiguais. As mais relevantes são aquelas nas quais uma das partes é a pessoa e a outra configura o Poder Público⁴, cujo gigantesco número atravança a atuação do Poder Judiciário, representa um dispêndio bilionário, mas, em contrapartida, tampouco denota resultados satisfatórios.

Esse quadro destorce a principiologia jurídico-administrativa, especialmente o princípio constitucional da eficiência, alocado no art. 37, *caput*, da Constituição de 1988, que determina uma relação entre os custos e os resultados obtidos pela Administração Pública.

Constitui problema antigo, identificado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth há várias décadas. Por ocasião da releitura do Projeto Florença, os autores resgataram três aspectos: a articulação entre o *Welfare State*, sua crise e o acesso à Justiça; a relação entre o acesso aos direitos e à Justiça e os conflitos envolvendo a Administração Pública; e o lugar privilegiado da educação para os direitos nas referidas discussões.⁵

Uma das características do *Welfare State* é o predomínio do poder e das prerrogativas da Administração Pública sobre os cidadãos, conhecida, no Brasil, como *supremacia do interesse público*. Por isso é que o Projeto Florença discute os conflitos judiciais envolvendo a Administração Pública. Tem-na, aliás, como essencial à compreensão do modo de atuação da Justiça nas comunidades

³ *Ibid.*, p. 10.

⁴ *Ibid.*, p. 12.

⁵ VITOVSKY, Vladimir Santos. O acesso à justiça em Boaventura de Sousa Santos. **Revista Interdisciplinar de Direito**, Rio de Janeiro, v. 1, p.184, 2016. Encontra-se, portanto, no mesmo sentido do *Projeto Florença*.

expostas a vulnerabilidades econômicas e sociais em decorrência de seu perfil de litigiosidade⁶, notadamente em oposição ao esmagador poder da Administração Pública.

Como se não bastasse, referida situação é agravada em decorrência da oposição, no interior da teoria do Estado moderno, entre os três poderes estatais e o exercício de suas funções típicas e atípicas, especialmente após a cristalização da transição revolucionária.

Com a Revolução Francesa, de 1789 a 1799, foi inaugurada a “Modernidade”, em sentido jurídico-filosófico, quando se determinou a queda do poder absoluto, mediante sua repartição entre os entes estatais⁷. Desde aí, se observou a primazia da função legislativa em detrimento das demais.

O termo “legislativo”, então, assumiu um sentido na essência da Modernidade, situação que não ocorreu com o vocábulo “executivo”, que “[...] até princípios do Século XVIII foi majoritariamente empregado com um sentido diferente do que possui hoje, ou seja, para designar a função judicial”.⁸

Note-se, assim, que a repartição das funções estatais como ocorre hoje consolidou a separação dos Poderes Executivo e Judiciário, fazendo com que se tornasse mais próxima dos cidadãos, justamente em decorrência de ter possibilitado seu acesso direto à jurisdição.

Sucedo que esse direito, nos séculos XVIII e XIX, sob a concepção dos Estados Liberais burgueses, restringia-se à possibilidade de se *estar em juízo*, propondo ou contestando uma ação e a suportar os ônus da demanda, demonstrando-se que a desigualdade econômica e social não era preocupação do Estado. Bastava, sim, que fosse conferido à pessoa um direito de ir a juízo, pouco importando se os cidadãos estivessem ou não em condições de efetivamente usufruir dele⁹, ignorando-se, portanto, a dimensão substantiva do acesso à Justiça, relacionada a proporcionar condições mínimas para o exercício desse direito.

Novamente, configura uma das consequências das distorções concernentes à influência do Direito romano sobre a processualística brasileira, centrada na abertura

⁶ VITOVSKY, Vladimir Santos. O acesso à justiça em Boaventura de Sousa Santos. **Revista Interdisciplinar de Direito**, Rio de Janeiro, v. 1, p.184-187, 2016.

⁷ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 50.

⁸ *Ibid.*, p. 50.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 22.

quanto ao acesso à jurisdição, sem, entretanto, fornecer os instrumentos procedimentais aptos para tanto.

Tal formato de proteção jurisdicional supunha a incoercibilidade inerente à primitiva *obligatio* romana, a não permitir a execução *in natura*, ensejando, no máximo, uma sentença condenatória que o juiz não executava, porém, se limitava a reprovar o ilícito e recomendar o cumprimento da obrigação.

A “pandetística” germânica, os juristas franceses do século XIX e os primeiros processualistas surgidos dessas tradições transformaram as pretensões trazidas ao processo em institutos obrigacionais, promovendo uma *falsificação histórica* que desfigurou a *vindicatio* romana. Nesse mesmo contexto, o racionalismo que caracterizou os diversos sistemas jurídicos influenciados pela tradição romano-canônica reduziu a atividade jurisdicional à descoberta e à verbalização da *vontade da lei*¹⁰, desvencilhando-se de questões extrajurídicas, independentemente de sua relevância.

A referida matriz teórica não é compatível com as demandas mais atuais, notadamente em decorrência da superveniência dos direitos humanos nos planos nacional e internacional, assim como dos transindividuais, que, por sua vez, demandam uma mudança de entendimento acerca do papel da jurisdição.

Para Jânia Saldanha, em vez de se limitar às relações obrigacionais, a jurisdição recebe demandas que reivindicam direitos humanos de segunda e terceira geração, impondo-se, conseqüentemente, uma perspectiva diversa quanto à proteção jurisdicional para que possam ser atendidas eficazmente.¹¹

O surgimento desses novos direitos foi capaz de produzir um aumento nas demandas concernentes à sua defesa, inclusive em decorrência da constante ampliação do rol de pessoas físicas e jurídicas legitimados à sua defesa em juízo, individual ou coletiva.

Para Fabiana Spengler, ao mesmo tempo em que surgem novas categorias de direitos, novos sujeitos jurídicos se tornaram legítimos para pleiteá-los, de modo que os direitos coletivos, individuais homogêneos e os difusos produziram novos

¹⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 221-261.

¹¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil: a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 208.

atores, a determinar a transferência do conflito “[...] da zona política para a jurisdicional”.¹²

Mais do que isso, “[...] as demandas sociais se tornam jurídicas e a consagração de novos direitos” provoca uma explosão de litigiosidade qualitativa e quantitativa, “[...] realçando ainda mais a incapacidade e as deficiências da estrutura judiciária, que passou a ser requisitado de forma ampla”.¹³

No momento em que toma para si o monopólio da jurisdição, “[...] o Estado pretende tratar o conflito através da aplicação do Direito positivo”, de modo que a jurisdição se torna a atividade na qual o Estado substitui as partes em um modelo baseado em princípios expressos na lei e universalmente reconhecidos.¹⁴

Ocorre que “[...] o monopólio da jurisdição deixa gradativamente de pertencer ao Estado, principalmente em função da crescente e complexa litigiosidade fomentada pelas contradições sociais, das quais a marginalização e a exclusão são consequências”.¹⁵

No mesmo sentido, “[...] além do aumento considerável da litigiosidade, a burocracia estatal se agiganta, a produção legislativa acontece de modo desenfreado e, como consequência, as faculdades discricionárias dos juízes”¹⁶. Assim é que o controle constitucional e a autotutela de conflitos passam ao Judiciário.

Esse aspecto aumenta cada vez mais, crescendo qualitativa e quantitativamente em decorrência da “explosão de litigiosidade”, a determinar mais do que a mera ampliação objetiva das funções judiciais decorrente do “[...] aumento do poder da interpretação”.¹⁷

No mesmo sentido se encontra “[...] a crescente disposição para litigar, ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador”. Além disso,

¹² SPENGLER, Fabiana Marion. A crise do estado e a crise da jurisdição: (in) eficiência face à conflituosidade social. **Revista Brasileira de Direito**, Florianópolis, v. 7, n. 1, p. 12, jan./jun. 2011.

¹³ *Ibid.*, p. 12.

¹⁴ *Ibid.*, p. 12.

¹⁵ *Ibid.*, p. 14.

¹⁶ *Ibid.*, p. 14.

¹⁷ SPENGLER, Fabiana Marion. A crise do estado e a crise da jurisdição: (in) eficiência face à conflituosidade social. **Revista Brasileira de Direito**, Florianópolis, v. 7, n. 1, p. 14-28, jan./jun. 2011.

essa modificação é acompanhada por “[...] uma representação de justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa”.¹⁸

Esses fatos destacam uma “[...] crescente jurisdicionalização dos conflitos e o papel exercido especialmente pelos magistrados”, que, nessas situações, tornam-se *boca da lei*, reproduzindo aquilo que é determinado pela norma, “[...] cumprindo o papel que lhes é delegado pelo Estado soberano e sentenciando sobre a contenda”.¹⁹

O Judiciário, assim, passa a ser “[...] chamado a decidir sobre tudo e poderá ocultar grandes irresponsabilidades”, de modo que a jurisdição recebe uma conflitualidade crescente, a trazer o quadro de ineficiência denominado *explosão de litigiosidade*.²⁰

Nesse contexto, “[...] o maior entrave é a atenção sempre mais voltada para a constante reforma das normas, e nunca às causas do litígio”,²¹ especialmente ignorando as experiências, tornando impossível prevenir as falhas identificáveis desde o início da instalação do Poder Judiciário no Brasil.

Ocorre que a função jurisdicional, sob os auspícios do constitucionalismo pós-moderno, trouxe à baila um sistema jurisdicional cuja atuação se encontra além do mero asseguramento de liberdades públicas, identificando-se, desse modo, uma inevitável politização.

Maria Tereza Sadek entende que a faceta política do Judiciário foi expressa pela Lei Maior, que, por sua vez, é típica do constitucionalismo moderno, tendo por meta não apenas limitar o poder e assegurar direitos, mas, também, ser instrumento de realização da justiça social e promoção de direitos.²²

Assim, seu foco central se relaciona a pontos concretos, sociais, políticos e econômicos, fortalecendo a inclinação do Direito ao pragmatismo, “[...] embaçando as fronteiras entre o Direito e a política”, na busca por “[...] resolver temas vistos como relevantes e especificar metas, regras e políticas de governo”.²³

¹⁸ *Ibid.*, p. 28.

¹⁹ *Ibid.*, p. 28.

²⁰ *Ibid.*, p. 28-31.

²¹ *Ibid.*, p. 31.

²² SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 79, 2004.

²³ *Ibid.*, p. 80.

Ocorre que tal perspectiva, relacionada ao cumprimento de promessas concernentes à igualdade e, conseqüentemente, à justiça social, precisa conviver com a entronização dos paradigmas neoliberais concernentes à eficiência e à economicidade da atuação estatal.

Até porque, conforme Fernando Hoffman e Jânia Saldanha, o mercado transpõe fronteiras estatais e aguça o ambiente de desregulação vivido no espaço político-jurídico. A velocidade do fluxo de informações e capitais, permite um movimento de ruptura quanto às instâncias tradicionais de tomada de decisão.²⁴

Nesse contexto, o direito processual, como campo de tomada de decisões e “[...] espaço-tempo jurídico mais afeito às idas e vindas da sociedade não fica imune a esse turbilhão de modificações”. Sob o racionalismo moderno, soma à sua deficiente racionalidade à técnica e à filosofia da consciência, os parâmetros economicistas.²⁵

Esses se assentam, especialmente, na concepção neoliberal do que seria um processo mercadologicamente eficiente, que pressupõe a célere, segura e duradoura decisão, desenvolvendo-se um paradigma processo-temporal calcado na velocidade e na certeza da decisão, a possibilitar o desenvolvimento do sistema financeiro.²⁶

Tais características e a sua forçosa convivência têm conseqüências diretas no que concerne à relação verticalizada entre a Administração Pública e os cidadãos que, no processo judicial, acaba esmagado pela estrutura administrativa, caracterizada, inclusive, por várias prerrogativas em favor daquela.

Referida questão se relaciona, de forma intrínseca à própria história do processo civil brasileiro, notadamente em decorrência de sua origem romana, a determinar o apego ao liberal-individualismo difundido, especialmente, junto aos juristas brasileiros.

Nesse contexto, Ovídio Baptista da Silva não nega a relevância da sentença condenatória para o mundo liberal e individualista dos séculos passados, nem

²⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; HOFFMAM, Fernando. Da pós-modernidade processual: o hipermoderno e o antimoderno na caracterização do processualismo contemporâneo. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 8, n. 26, p. 141, jan./mar. 2014.

²⁵ *Ibid.*, p. 141-142.

²⁶ *Ibid.*, p. 142.

mesmo a imperatividade da jurisdição pretoriana, que, entretanto, não haveria de conviver harmoniosamente com o liberal-individualismo do século XIX.²⁷

Essa perspectiva, entretanto, foi capaz de influenciar sobremaneira o ordenamento jurídico-processual brasileiro, notadamente no sentido da economicidade demandada pelos paradigmas neoliberais direcionados à manutenção da supremacia do mercado.

Veja-se que, consoante ensina Jânia Saldanha, a estética da Jurisdição romana era caracterizada pela plasticidade das formas, já que inexistia estrutura hierarquizada ou distinção entre os planos material e processual, bem como em decorrência da função declaratória absorvida pela função maior de *ordenar*.²⁸

Tal perspectiva teórica se demonstra na própria construção do Judiciário brasileiro, cuja efetiva estruturação ocorreu no século XVIII, entretanto, sob as rédeas da Metrópole portuguesa que, inclusive, enviava magistrados para exercer a jurisdição.

Isabelle Mello informa que o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro foi criado em 1751 e instalado no ano seguinte. Em 1718, o Governador Antônio de Brito Freire e Menezes escreveu para o Rei Dom João V relatando o estado da administração da justiça e os problemas causados pela carência de magistrados na capitania.²⁹

O Governador pensava que a solução seria aumentar o número de ministros togados, sugerindo a criação de um tribunal, com mesma alçada da Relação da Bahia e jurisdição sobre as capitanias do Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais. Não obteve resposta, entretanto.³⁰

Algumas décadas após a instalação da Relação do Rio de Janeiro, no final do século XVIII, foi criada a Câmara de Recife, para evitar que a população tivesse de se dirigir à Bahia para ter seus pleitos ouvidos, sugerindo “[...] que o ouvidor-geral em exercício na capitania fosse indicado para a nova instituição”.³¹

²⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 201.

²⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil: a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 39.

²⁹ MELLO, Isabelle Matos Pereira de. Instâncias de poder e justiça: os primeiros tribunais da relação (Bahia, Rio de Janeiro e Maranhão). **Tempo**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 92, jan./abr. 2018.

³⁰ *Ibid.*, p. 93.

³¹ *Ibid.*, p. 93.

Após, outras câmaras de vilas próximas se manifestaram nesse sentido, bem como indicando “[...] o nome do mesmo ouvidor-geral para participar da nova instituição” que, por sua vez, “[...] contava com o apoio dos oficiais das câmaras dentro de sua jurisdição”.³²

O Estado do Maranhão, no entanto, era uma unidade administrativa separada do Estado do Brasil, mantendo relações distintas com Lisboa ao longo dos séculos XVII e XVIII, de modo que “[...] não fazia parte da área de jurisdição do tribunal da Relação da Bahia”.³³

Suas apelações eram “[...] direcionadas diretamente para a Casa da Suplicação de Lisboa”. Após a criação dos Tribunais da Relação do Maranhão e de Pernambuco, no início do século XIX, “[...] já se discutia a criação de mais instituições de justiça no território brasileiro”.³⁴

Nesse mesmo sentido, “[...] em maio de 1829, um dos projetos apresentados para elaboração do Código de Processo Criminal previa a criação de mais três tribunais de justiça: em São Paulo, Porto Alegre e Minas Gerais”³⁵, demonstrando a lentidão da implantação das cortes no Brasil.

A instalação do Poder Judiciário no Brasil seguiu sob o estrito controle da Metrópole, não apenas quanto à sua estrutura, como, também, em relação à própria mecânica decisória, fortemente vinculada aos paradigmas morais e sociais observáveis na época.

Jeannie Menezes afirma que, no final do Século XVIII, *A Lei da Boa Razão*, publicada em Portugal, “[...] inaugurava uma nova racionalidade jurídica que contrastava com alguns comandos da justiça colonial que desde os seus começos nas narrativas dos cronistas esteve marcada por impressões negativas”.³⁶

Não se desejava, em Portugal, no final do século XVIII, “[...] um direito e uma justiça fundados na informalidade dos ritos, na importância reduzida da lei escrita e na grande autonomia dos juízes”, como aquela que se observava no início do referido século.³⁷

³² *Ibid.*, p. 93-94.

³³ *Ibid.*, p. 96.

³⁴ *Ibid.*, p. 96.

³⁵ *Ibid.*, p. 100.

³⁶ MENEZES, Jeannie da Silva. A justiça de fora-parte. **Clio**: Revista do Centro de História da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 29.1, p. 2, 2012.

³⁷ *Ibid.*, p. 2-3.

Com base nesse ideal “[...] a chegada dos juizes, as nomeações para os cargos auxiliares e a entrada em funcionamento dos tribunais foram etapas que se sucederam na organização da justiça local em Pernambuco”, mas as pretensões dos agentes metropolitanos e as aspirações dos moradores não foram satisfeitas.³⁸

A instituição de uma justiça local em Pernambuco no século XVIII enfrentou as repercussões “[...] de uma cultura jurídica que envolvia os valores europeus e um conjunto de práticas próprias do viver nas Américas, assim como ocorreu nas diversas localidades da América Portuguesa”, cujos tribunais foram assim concebidos.³⁹

Desde então, “[...] as realidades coloniais sofreram adaptações diferentes à presença dos tribunais testemunhando situações locais também diferentes de efetivação do direito e da justiça”, pois o papel ativo dos grupos luso-americanos já existia desde o início do século XVIII.⁴⁰

Em Pernambuco, em meados do referido século XVII, deu-se a reconfiguração da Capitania após o domínio holandês, possibilitando que o direito se tornasse um arcabouço teórico e uma experiência mental que alicerçava as leis, tratados e decisões.⁴¹

A estruturação dos tribunais e de seus usos foi constituída pelos moradores do complexo litorâneo de Pernambuco, por meio de uma negociação administrativa embasada na grande utilidade que teria a divisão desta em benefício do Estado e do bem da população da Capitania.⁴²

De efeito, a Coroa encontrou como motivações para a implantação da Justiça no local a “fazenda real” (em primeiro lugar) e o “bem comum dos moradores” (em segundo), situação que trouxe “[...] uma nova paisagem nos quadros institucionais da América Portuguesa”.⁴³

A chegada dos ministros letrados e juízos locais, em 1702, abrandou a selvageria da terra e inaugurou a *civilização dos costumes* pela qual ansiavam os

³⁸ MENEZES, Jeannie da Silva. A justiça de fora-parte. **Clio**: Revista do Centro de História da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 29.1, p. 3, 2012.

³⁹ *Ibid.*, p. 3-4.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 4.

⁴¹ *Ibid.*, p. 8.

⁴² *Ibid.*, p. 10-11.

⁴³ *Ibid.*, p. 10-12.

moradores. Inicialmente, havia um Ouvidor e um Conselho da Índia, “[...] letrados aprovados pelo Desembargo do Paço”.⁴⁴

Simultaneamente, “[...] a Coroa permitia que o donatário pudesse escolher e nomear Ouvidor sob o exame do Ouvidor Geral ou do Desembargo do Paço dependendo da procedência do nomeado”. Assim, apenas no século XVIII, surgiu uma justiça local constituída pelos juizes letrados.⁴⁵

As codificações escritas já existiam, mas só foram concretizadas após a chegada do primeiro *juiz de fora*, em 1702. Pernambuco estruturou a justiça como centro das periferias contíguas, paralelamente à ação dos juizes letrados, resultando na “[...] reprodução do direito do Reino”.⁴⁶

O controle político era exercido pela *gente honrada* da Capitania, que negociava diretamente com o Reino e ignorava os poderes centrais da América Portuguesa, foi representada, até o século XVIII, pelos tribunais da Bahia, submetendo as periferias aos jogos de poder das câmaras do complexo litorâneo de Olinda-Recife.⁴⁷

Desde a sua concepção, a estruturação dessa justiça gerou conflitos. Suas práticas, à extensão do século XVIII, entretanto, “[...] não revelaram tentativas de sanar os defeitos, mesmo após a aplicação da Lei da Boa Razão”. Ao contrário, observa-se a ausência de registros escritos, salvo quanto aos recursos.⁴⁸

Simultaneamente, “[...] os altos graus de pessoalidade assumidos pelos juizes geraram tensões entre as partes, cada vez mais desconfiadas do caráter destes juizes para julgar”, fazendo com que, no século XVIII, a estratificação social se refletisse diretamente em uma *estratificação jurídica*.⁴⁹

Apesar dessa constatação, o ordenamento jurídico não era inflexível, pois os tribunais coloniais foram palco de muitas negociações: “[...] para os moradores das capitanias a negociação política implicava nas trocas de favores e de privilégios”.⁵⁰

As relações hierárquicas entre os espaços do Império Ultramarino ocasionaram vários conflitos jurisdicionais e excessos cometidos por burocratas.

⁴⁴ MENEZES, Jeannie da Silva. A justiça de fora-parte. *Clio*: Revista do Centro de História da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 29.1, p. 12, 2012.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 12.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 12.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 13.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 16.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 16.

Assim, as negociações de espaços políticos tinham como pano de fundo a possibilidade de manutenção ou ascensão, que implicava reconhecimento social.⁵¹

Ocorre que é significativa “[...] a presença de registros administrativos de moradores da capitania e de áreas vizinhas a ela que envolviam pedidos relacionados com o patrimônio familiar no século XVIII dinamizando a relação administração-justiça”.⁵²

Sua análise demonstra que “[...] o tipo de documentação judicial de uma determinada conjuntura pode sugerir as carências de um dado contexto social”, pois bens, heranças, emancipações, legitimações, tutelas, tanto administrativas quanto judiciais, eram os principais assuntos da correspondência jurídico-administrativa.⁵³

As tensões de Pernambuco no século XVIII alimentaram as contingências de uma crise social quanto às “[...] mulheres que não poderiam declinar de sua condição social embora não pertencessem às elites”, situação ilustrada pelo processo judicial denominado *esbulho da Capitania*, de autoria dos Condes do Vimiozo.⁵⁴

Esse pleito bem ilustra o período de tensões, tendo como parte principal “[...] a herdeira e o seu direito à herança da capitania. Em discussão no processo estava o fato de ser ou não ser a capitania hereditária e sua duração virou o século XVII até as primeiras décadas do século XVIII, envolvendo a família Albuquerque”.⁵⁵

Este determinou o retorno da Capitania para a Coroa, fazendo imperar a *suma potestade* do Rei, entretanto, “[...] sem configurar-se efetivamente o esbulho”⁵⁶, demonstrando-se, assim, que a ausência de soberania refletia, diretamente, sobre a estrutura judicial.

Mais do que isso, a precariedade e a lentidão da instalação do Poder Judiciário no Brasil eram caracterizadas pela atividade de juízes carentes de qualquer formação teórico-jurídica e, até mesmo, de um mínimo de cultura geral suficiente para constituir um direito processual adaptado à realidade nacional.

⁵¹ MENEZES, Jeannie da Silva. A justiça de fora-parte. **Clio**: Revista do Centro de História da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 29.1, p. 16, 2012.

⁵² *Ibid.*, p. 16-18.

⁵³ *Ibid.*, p. 18.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 18.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 18.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 18.

Conforme António Manuel Hespanha, os corregedores eram inspetores das justiças locais, que deveriam “[...] instruir os juízes na arte de julgar”. Ocorre que “[...] a lenta progressão do direito letrado enfrentava um obstáculo difícil de ultrapassar: a insuficiente cultura jurídica ou literária”, bem como o *analfabetismo* dos juízes.⁵⁷

As Ordenações obrigavam os juízes a observá-las, assim como as posturas. O direito comum e a teologia moral demandavam dos juízes o conhecimento da lei, da opinião comum, do costume e do estilo dos tribunais, sob pena de ser declarado imperito e até criminoso.⁵⁸

Nem a doutrina, tampouco as Ordenações exigiam que juízes tivessem conhecimento jurídico, ou mesmo a capacidade de ler e escrever, devendo apenas ser escolhidos dentre “pessoas dignas e aptas”. Ainda que soubessem escrever, eram, majoritariamente “[...] pessoas não iniciadas no direito erudito”.⁵⁹

Em decorrência da incapacidade dos juízes de compreender e aplicar o direito erudito, os padrões de julgamento dos tribunais locais diferiam daqueles que vigoravam nos tribunais, “[...] onde tinham assento os juízes letrados e onde o direito comum e o direito da coroa tinham, desde o século XIV, acentuada supremacia”.⁶⁰

Na prática, utilizavam-se julgamentos *ex aequo et bono* e o apelo direto à equidade, especialmente em decorrência até do fato de que a responsabilidade dos juízes por julgamento contra o direito não se aplicar aos julgadores não letrados, denominados *idiotae*.⁶¹

As decisões embasadas no senso comum e na consciência dos julgadores, a encerrar uma infinidade de casos julgados em recônditos ou lugares distantes das capitais, decerto, influenciou, negativamente, o estabelecimento de um direito processual adaptado às necessidades brasileiras.

Assim, o ideário pós-revolucionário chegou ao Brasil por intermédio dos estudiosos portugueses, dos brasileiros que tiveram educação lusitana e, mais tarde, com a aplicação direta da legislação peninsular no Território Nacional, deixou marcas na atuação jurisdicional até hoje.

⁵⁷ HESPANHA, António Manuel. As fronteiras do poder. O mundo dos rústicos **Sequência**, Florianópolis, n. 51, p. 79, dez., 2005.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 80.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 80.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 80-81.

⁶¹ *Ibid.*, p. 81.

Mônica Martins informa que, desde o século XVIII, a Lei passou a ser pensada como um “[...] instrumento de controle do Estado. Com a propagação dos ideais iluministas, o pensamento liberal foi tomando forma na Europa ao mesmo tempo em que o direito e as ciências jurídicas sofriam inovação”.⁶²

Já em Portugal, “[...] as novidades trazidas pelo pensamento iluminista inglês e francês foram largamente difundidas. Evidência disso foram as reformas legislativas realizadas no país, marcadas pela política pombalina”. Daí em diante, “[...] o Direito passou a receber a influência do racionalismo e do individualismo”.⁶³

Tal movimento representava a quebra dos preceitos jurídicos tradicionais, ligados ao Antigo Regime, passando a vigorar o pluralismo, bem como “[...] a construção de um aparato jurídico que fosse adequado à defesa da ordem capitalista em processo de implantação”.⁶⁴

Nesse contexto, a Lei se tornou, gradativamente, um “[...] instrumento de defesa da propriedade e arena de luta no estabelecimento de uma determinada visão do Estado, da Nação e da Cidadania”. O paradigma surgiu junto à negação do pluralismo do período *pré-oitocentista*.⁶⁵

Neste, “[...] a Lei era reconhecida como fonte minoritária dentro do direito oficial, com a base do direito calcando-se sobretudo na interpretação dos juristas”. Além disso, em decorrência dos altos índices de analfabetismo, “[...] a prática jurídica tendia a ser pouco exercida pela escrita e muito mais pelos costumes”.⁶⁶

Desde o século XVIII, os alicerces do paradigma legal pressupunham “[...] que a Lei é transparente, acessível e adequada”, permitindo a manutenção do vínculo entre Estado e “sociedade civil”. O iluminismo difundiu uma noção de Lei que “[...] se sobrepunha a todo o corpo social, como prova do poder e da vontade do monarca”.⁶⁷

Esse *despotismo ilustrado* tinha uma característica iluminista, qual seja, “[...] a noção de que a Lei estaria acima das demais fontes do direito, constituindo-se em

⁶² MARTINS, Mônica de Souza Nunes. Os caminhos da lei e da “ordem” no Brasil Império. **Justiça & História**, Porto Alegre, v. 3, n.6, p. 50, 2003.

⁶³ *Ibid.*, p. 50.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 50.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 50.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 50.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 50.

expressão máxima do sistema jurídico e principal fonte de controle da sociedade pelo Estado”.⁶⁸

Esse paradigma alicerçou o pensamento liberal, “[...] que exerceu sua força pelas mãos de homens como Pombal, lançando as bases legais para a expansão do liberalismo na vida social e política”, reordenando as Ciências Jurídicas, para que o Direito se aproximasse bem mais da realidade social.⁶⁹

No mesmo sentido, fez com que se tornasse mais interdisciplinar e vinculado aos demais campos do saber, ao mesmo tempo em que se adequava o corpo jurídico às novas demandas sociais capitalistas, convertendo a Lei e a Justiça “positivas” em instrumentos de controle do Estado Liberal.⁷⁰

As influências das políticas pombalinas no âmbito jurídico foram sentidas no Brasil no século XVIII, mas, especialmente, no século XIX, com a chegada da Corte, em 1808, e da implantação do aparato institucional português, em particular, com as alterações executadas por Dom João nos primeiros anos.⁷¹

Estas se pautavam pelas modificações realizadas em Portugal e pelas preocupações “[...] reveladas pela jurisdição liberal sobre a sociedade”, vislumbrando-se “[...] a estruturação de um sistema de controle intenso e organizado, com a especial preocupação em manter sob controle os setores mais pobres”.⁷²

A Intendência de Polícia no Rio de Janeiro, inspirada pelo modelo francês, assim como todo o restante do sistema policial e judicial, foi centralizada, “[...] abolindo-se o antigo esquema composto por uma rede de hierarquias e cargos, ficando o Intendente, a partir de então, dotado de grande autoridade”.⁷³

A estruturação de um aparato judicial repressor “[...] representou também uma necessidade de padronizar um modelo de conduta em relação à parcela pobre da sociedade, especialmente sobre escravos e libertos”⁷⁴, aumentando ainda mais o hiato entre a Administração Pública e as pessoas.

⁶⁸ MARTINS, Mônica de Souza Nunes. Os caminhos da lei e da “ordem” no Brasil Império. **Justiça & História**, Porto Alegre, v. 3, n.6, p. 50, 2003.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 50.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 50.

⁷¹ *Ibid.*, p. 50.

⁷² *Ibid.*, p. 50.

⁷³ *Ibid.*, p. 50.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 50.

Referida situação permaneceu até o início do século XX, haja vista a manutenção da ideia de que o acesso à Justiça nada mais era do que um direito em sentido formal, reservava o Judiciário àquelas que tinham condições financeiras de custeá-lo ou aos destinatários das poucas benesses estatais.

Ovídio Baptista da Silva aponta a impressão de que o princípio da economia concerne à morosidade, quando, de fato, contribui para a lentidão dos processos, pois aquele que pretende economizar é o Estado, ao obrigar as partes a controverterem, em um processo, a causa principal e as conexas ou dependentes.⁷⁵

Para obter essa economia, o Estado dilata ao máximo as dimensões objetivas e subjetivas da causa originária, estimulando as cumulações de duas ou mais lides, ainda que não guardem nenhum parentesco objetivo recíproco, ao mesmo tempo em que estimula litisconsórcios e intervenções de terceiros.⁷⁶

De tal modo, faz com que a lide “[...] já pressuposta em si mesma plenária, seja sobrecarregada com o peso, às vezes insuportável, das demandas a ela acrescidas”, situação cujo resultado é a morosidade processual, fator que “[...] pode ser facilmente avaliado”.⁷⁷

Assim, mesmo que no contexto do Estado Social, os paradigmas liberal-individualista continuaram a exercer influência sobre o Direito processual civil, forçando o surgimento de mecanismos dirigidos ao encurtamento da marcha processual, em privilégio dos ditames economicistas.

Desse modo, o entendimento estritamente formal acerca do direito de acesso à Justiça foi um dos principais responsáveis pela estrutura verticalizada da relação entre a Administração Pública e os cidadãos, especialmente no que tange às demandas jurisdicionalizadas.

Ao contrário do que se esperava com a transição do absolutismo para o liberalismo pós-revolucionário, o hiato entre a Administração Pública e os cidadãos não desapareceu, porquanto a despreocupação do Estado passou da estratificação da classe à presunção formal de igualdade, caracterizada pela intervenção mínima.

Os federalistas e os constituintes franceses não pensavam que, instituindo uma democracia representativa, enfraqueceriam o governo popular. Isto porque

⁷⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 162.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 162-164.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 164.

tanto a democracia direta quanto a indireta descendem do mesmo princípio: a soberania popular.⁷⁸

Distinguem-se, todavia, pelas modalidades com que a soberania é exercida⁷⁹. A efetividade da soberania popular, entretanto, está condicionada às divergências que, inevitavelmente, resultarão em conflitos, cuja eliminação resultará em uma unanimidade artificial.

Uma situação como essa é clara e altamente prejudicial à continuidade do processo civilizatório, comprometendo, com isso, a própria ideia de democracia, que não sobrevive sem o constante processo de elaboração, contestação e reconstituição de conceitos.

Ocorre que o liberalismo, por muito tempo, associou-se à ideia de um *poder monárquico limitado*, mediante alguma liberdade civil e religiosa, conceito que gerou uma compreensão protoliberal de *Estado mínimo*, atuando somente para garantir paz e segurança.⁸⁰

Consolidam-se, com efeito, as conquistas liberais, como liberdades, direitos humanos, ordem legal, governo representativo etc. A passagem da fórmula liberal do Estado Mínimo para o Estado Social afastou o modelo adotado pelo liberalismo clássico.⁸¹

Nesse, a autoridade pública deveria apenas manter a paz e a segurança, limitada pelos impedimentos inerentes às liberdades negativas da época⁸², sem, entretanto, adentrar de maneira ampla uma infinidade de aspectos individuais e coletivos da sociedade.

Aumentou-se o raio de intervenção estatal e, conseqüentemente, cresceram as possibilidades de conflito, de modo que o hiato entre Administração Pública e pessoa transitou do distanciamento ao conflito.

As relações com o Estado são mais amplas do que aquelas que ocorrem entre os cidadãos, de maneira que o problema do acesso à justiça no Estado-Providência é, especialmente, um problema de acesso a um mecanismo social e

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2006. p. 34.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 34.

⁸⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 48.

⁸¹ *Ibid.*, p. 48.

⁸² *Ibid.*, p. 55.

administrativo complexo e de controle da imparcialidade das decisões tomadas nesse contexto.⁸³

Assim, deixou de existir uma intrusão mínima, que foi substituída por uma intervenção alargada, de maneira que o acesso à Justiça se encontra na ampliação do relacionamento entre as pessoas e a Administração Pública para garantir direitos, não apenas para proclamá-los.⁸⁴

Ocorre que, além da ausência de formação jurídica e da deletéria influência de Portugal sobre os assuntos internos do Brasil, desconsiderando-se as características e problemas nacionais, regionais e locais, a instalação do Judiciário no Brasil trouxe consigo a tísia liberal individualista que até hoje a caracteriza.

Esta se reflete, inclusive, naquilo que concerne à perspectiva da economicidade e, conseqüentemente, da ideia de celeridade processual, traduzida expressamente pela cláusula aberta da duração razoável do processo, carente de sentido e concretude conceitual.

Jânia Saldanha informa que surgiram *arremedos de sumarização* para ocupar espaços reservados ao procedimento ordinário, logo seguidos pela busca da proteção de direitos pela “cautelarização” e medidas antecipatórias de caráter provisório, quais sejam as tutelas de urgência vigorantes na maior parte dos sistemas de tradição civil.⁸⁵

A persistência do liberal-individualismo em relação ao Direito processual civil, além de não ter conseguido conter o constante aumento das demandas das pessoas em desfavor do Estado e vice-versa, manteve o distanciamento entre a Administração Pública e os cidadãos.

2.1.2 O modelo novecentista de jurisdição em descompasso relativamente às demandas do século XXI

A passagem do modelo estatal pós-revolucionário, caracterizado pela ideia de igualdade meramente formal, para o Estado de Bem-Estar Social, determinou o

⁸³ PEDROSO, João. **Acesso ao direito e à justiça**: um direito fundamental em (des) construção: o caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Tese (Doutoramento em Sociologia do Estado, do Direito e da Administração). Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011. p. 132.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 134-135.

⁸⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil**: a sumariade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011. p. 204.

surgimento de uma administração pública não apenas a garantir as liberdades públicas, como, também, para concretizar direitos a prestações.

Essa situação fez com que as demandas individuais para concretizar a ampla gama de direitos que o Estado passou a garantir aumentassem diametralmente. Mais do que isso, o asseguramento das prestações positivas produziu o crescimento exponencial da tributação.

Assim, as demandas do Estado em desfavor dos cidadãos, especialmente em busca do pagamento de exações tributárias, também passaram por um gigantesco aumento, produzindo a decadência do modelo jurisdicional pensado para garantir os direitos civis e políticos.

Nesse sentido, é necessário tratar das inadequações do modelo jurisdicional demandista, focado no litígio e na resolução forçada dos conflitos de interesses, às necessidades do século XXI, especialmente no que toca às causas relacionadas à Administração Pública.

Malgrado não ser uma característica histórico-jurídica de Portugal ou da maioria dos países que exerceram influência sobre o Direito nacional, o Brasil adotou o sistema de jurisdição *una*, determinando que não há demanda que não passe pela apreciação do Poder Judiciário.

Ricardo Pelingeiro informa que, na Europa do início do século XIX, “[...] muitos consideravam a jurisdição administrativa como uma atribuição do próprio Poder Executivo, inerente ao seu poder de autotutela, que, após, passou a ser compartilhada entre Administração e tribunais independentes”.⁸⁶

Assim, “[...] o recurso judicial consistia na segunda instância de uma jurisdição administrativa originada na Administração”, mas, desde os fins do século XIX, preferia-se, na Europa continental, a solução de conflitos administrativos confiada apenas a tribunais independentes, “[...] que se inclinam à especialização e a poderes”.⁸⁷

A influência do constitucionalismo estadunidense na América Latina, após os movimentos de independência republicana, a exemplo do brasileiro, levou a maioria

⁸⁶ PERLINGEIRO, Ricardo Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental *versus* influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 91, jan./abr. 2015.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 91.

dos novos países, no século XIX, “[...] a um sistema de jurisdição unificada no Judiciário (sistema monista)”.⁸⁸

Na América Latina do início do século XIX, surgiu uma jurisdição basicamente judicial que, “[...] desde então, vem aos poucos se especializando, em maior ou menor grau, como sinal de reaproximação com suas origens europeias”, pois o sistema de jurisdição única ou civil é usualmente identificada com o Direito anglo-saxônico.⁸⁹

Nesse sentido, “[...] o *common law* somente assumiu um direito administrativo no final do século XIX”, pois, na Europa da primeira metade do século XIX, discutia-se sobre uma jurisdição administrativa desprendida da Administração, “[...] inclusive pelas mãos de um Judiciário especializado”.⁹⁰

Na América Latina, porém, “[...] as Constituições da época sequer abordavam o assunto”. O Judiciário se limitava a julgar “[...] conflitos de direito público tanto quanto os que eram julgados na Europa do século XVIII, isto é, restrito, na prática, a conflitos de direito privado”.⁹¹

Dessa maneira, “[...] a concepção dos atos governativos e imunes à jurisdição era demasiadamente extensa”, fazendo com que a evolução da jurisdição administrativa na Europa fosse percebida aos poucos e de modo diferente na América Latina.⁹²

In hoc sensu, apenas “[...] a partir do final do século XIX, surgem tímidas experiências com um sistema de jurisdição especializada, em alguns países vinculado ao Judiciário e, em outros, dele e do Executivo separado”. A maioria absoluta dos países latino-americanos adota o sistema judicial único.⁹³

Ocorre que, “[...] por ser inerente ao *common law*, não foi por eles facilmente assimilado e pouco avançou na direção das inovações que o direito administrativo norte-americano apresentou a partir dos fins do século XIX”, com autoridades administrativas conduzindo o processo.⁹⁴

⁸⁸ PERLINGEIRO, Ricardo Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental *versus* influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 91, jan./abr. 2015.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 101.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 102.

⁹¹ *Ibid.*, p. 102-130.

⁹² *Ibid.*, p. 130.

⁹³ *Ibid.*, p. 130-131.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 131.

Além disso, há exceções ao sistema brasileiro de jurisdição una, a exemplo das entidades judicantes, como, em certa medida, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e os tribunais de contas. Ocorre que o descompasso com a história é um dos fatores que levaram o Judiciário a uma grave crise de identidade.

Löic Cadiet informa que, no modelo francês, o procedimento especificamente utilizado diante o *tribunal de grande instance* não é definido pela lei processual. Há, porém, três circuitos procedimentais diversos, cuja escolha se dá na primeira audiência: *circuit long*; *circuit Moyen*; e *circuit court*.⁹⁵

Esta ocorre em conjunto com os procuradores, em análise que deverá aferir a complexidade do feito, a eventual necessidade de instrução probatória, bem como a modalidade de prova a se produzir, com base no critério da *complexidade do litígio*, em um contexto de flexibilização procedimental.⁹⁶

Mais do que isso, o sistema processual civil francês tem se movimentado no sentido da incorporação de outras modalidades de solução de litígios, transpondo a decisão terminativa tomada tanto pelo Poder Judiciário quanto pela Justiça Administrativa.

O pluralismo do sistema de justiça deve levar à combinação de modalidades de resolução de controvérsias, tanto as jurisdicionais quanto as amigáveis e extrajudiciais, já que os polos de competência jurisdicional especializados e os escalões jurisdicionais oferecem a cada tipo de conflito a resolução que lhe convém.⁹⁷

A lei deve facilitar a passagem de um modo para a outro se cada um apresentar *garantias equivalentes de boa justiça*, contexto no qual adentram as modalidades alternativas de resolução de conflitos, que promovem o pluralismo do sistema de justiça.⁹⁸

De tal modo, mesmo em um contexto como o francês, caracterizado pela desconfiança histórica acerca do papel do juiz na sociedade, a evolução no sentido

⁹⁵ CADIET, Loic. Les nouvelles tendances de la procédure civile en France. *In*: BRITO, Rita (coord.). **Novos rumos da justiça cível**: conferência internacional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 45-46.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 45-46.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 36.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 36.

da flexibilização é evidente. No Brasil, entretanto, o Judiciário continua agrilhado à exacerbação da segurança demandada pelo neoliberalismo.

Ovídio Baptista da Silva determinou a necessidade de o estudioso se fiar no *pêndulo da História*, que, “[...] nos albores do novo milênio, inclina-se, decididamente, para outros horizontes”, a privilegiar o individualismo em detrimento dos *valores da solidariedade social*.⁹⁹

O Direito processual civil brasileiro, portanto, ao ignorar a lição de Ovídio Baptista acerca da necessidade de se fiar na história, demonstra encontrar-se em uma crise de identidade em relação à própria formação, a comprometer, inclusive, sua compatibilidade com a Constituição de 1988.

Fabiana Spengler assinala que tal crise aponta três grandes problemas que influenciam a crise de eficiência “[...] e que podem ser resumidos a uma desconexão entre a realidade social, econômica e cultural da qual são advindos os conflitos e a realidade legal obsoleta e ultrapassada”.¹⁰⁰

A legislação mais moderna, editada desde as contemporâneas concepções do Direito, estaria apta a lidar com os conflitos individuais e coletivos, de natureza distributiva ou social, esbarrando em “[...] uma cultura profissional dos operadores do Direito que sofre de um excessivo individualismo e formalismo”.¹⁰¹

Tal individualismo se traduz “[...] na convicção de que a parte precede o todo, ou seja, de que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade”. O que importa é o mercado, que é o espaço no qual as relações sociais e econômicas são travadas.¹⁰²

Nesse contexto, “[...] o individualismo tende a transbordar em atomismo”, pois “[...] a magistratura é treinada para lidar com as diferentes formas de ação, mas nem sempre consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas nas quais elas são travadas”.¹⁰³

O formalismo, por sua vez, “[...] decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em nome da certeza

⁹⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 201.

¹⁰⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. A crise do estado e a crise da jurisdição: (in) eficiência face à conflituosidade social. **Revista Brasileira de Direito**, Florianópolis, v. 7, n. 1, p. 19, jan./jun. 2011.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 19.

¹⁰² *Ibid.*, p. 19.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 19.

jurídica e da segurança do processo”. Sua conjunção permite afirmar o protagonismo do Judiciário.¹⁰⁴

Este, entretanto, em decorrência da ausência de laços sociais, identidade social e conflito central, torna-se “[...] o depósito dos restos de uma convivência nada amena permeada por vinganças e perseguições”¹⁰⁵, resultando na desarticulação social e na transformação do Judiciário em executor de políticas públicas.

A Justiça se tornou objeto de súbita inversão de tendências: “[...] de secundária, ela se torna de repente prioritária. O direito era apenas moral das relações frias, comerciais ou políticas”. Agora, porém, tende a se tornar o princípio de toda relação social.¹⁰⁶

Assim, “[...] outrora uma ameaça à dissolução dos laços sociais, o conflito se transforma, agora, em uma oportunidade de socialização. A jurisdição passa a ser um modo normal de governo”, fazendo com que a exceção se torne regra, e o processo passe de instrumento de tratamento de conflitos para um modo comum de administração.¹⁰⁷

Antes instituída, agora é *instituidora*, causando a transformação do papel desempenhado pelo juiz, tornado “guardião da democracia”, ocorrendo que “[...] a própria cultura jurídica atual, e seu paradigma liberal-individualista-normativista, dificulta não só a decisão judicial democrática, como a sua efetividade”.¹⁰⁸

Surge, nesse contexto, a perspectiva *atomista* do processo, mediante a qual este se torna um mero instrumento voltado à obtenção de um fim, prevalentemente econômico, deixando-se de lado a percepção de que se trata de um aspecto essencial à concretização do direito fundamental de acesso à Justiça.

Conforme Charles Taylor, o termo *atomismo* designa teorias políticas defensoras das pessoas, entendendo que as sociedades servem para cumprir objetivos primariamente individuais, cuja visão implica a ideia de que os cidadãos e seus direitos se encontram acima dos interesses sociais ou de grupos.¹⁰⁹

¹⁰⁴ PENGLER, Fabiana Marion. A crise do estado e a crise da jurisdição: (in) eficiência face à conflituosidade social. **Revista Brasileira de Direito**, Florianópolis, v. 7, n. 1, p. 19, jan./jun. 2011.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 31.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 38.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 38.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 38.

¹⁰⁹ TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2014. p. 187.

De tal modo, a sociedade se torna algo puramente instrumental, assumindo o papel de meio por intermédio do qual cidadãos realizam fins privados¹¹⁰, ignorando-se, ao menos inicialmente, não apenas as perspectivas coletivistas, como, também, o quadro social.

Apesar disso, as teorias atomistas não ignoram a tendência dos seres humanos à agregação. Assim, compreende os conjuntos de pessoas como agrupamentos cuja finalidade precípua é a promoção daquelas que os compõem.

Conforme Diego Gualda, as teses individualistas levam a conclusões favoráveis a um atomismo radical constituído de uma gama de pressupostos contraditórios, voltando-se à concessão de oportunidades a todas as pessoas de atingirem seus objetivos e preservarem suas características.¹¹¹

O Direito processual civil brasileiro, notadamente desde o Código de Processo Civil de 1973, absorveu a perspectiva atomista, contudo, no sentido do paradigma liberal-individualista da jurisdição, no sentido denunciado por Ovídio Baptista da Silva, exposto em passagem anterior.

A criação do Código de Processo Civil de 1938 foi indispensável para uniformizar as normas processuais em decorrência do grande número de leis estaduais há muito obsoletas e incapazes de atingir o objetivo primordial do processo civil de tutelar efetivamente os direitos dos cidadãos.¹¹²

Já a passagem do referido diploma para o Código de Processo Civil de 1973 destacou a superioridade deste em relação à legislação anterior, representando avanço para o Direito processual, malgrado seu modelo se embasar em institutos individualistas.¹¹³

Nesse cariz liberal-egoístico, corroborado pela crise identidade histórico-estrutural do Poder Judiciário brasileiro, encontra-se a constatação do fracasso (ao menos parcial) do paradigma do Estado Social, acentuando o individualismo que caracteriza a jurisdição nacional.

A passagem do paradigma liberal para o social visou a estabelecer a materialidade do princípio da isonomia, determinando que o Estado não deveria

¹¹⁰ TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2014. p. 187.

¹¹¹ GUALDA, Diego Lima. **Individualismo holista: uma articulação crítica do pensamento político de Charles Taylor**. Jundiaí: Paco, 2010. p. 43-44.

¹¹² PINHO, Humberto Dalla Berdina de. **Direito processual civil contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 87.

¹¹³ *Ibid.*, p. 87-88.

somente preservar as liberdades públicas, como, também, estabelecer e concretizar prestações aos cidadãos.

Pierre Rosanvallon entendeu que o Estado-Providência se encontra em crise social e política, devendo buscar um novo contrato social entre pessoas, grupos e classes. Seria um *Estado-seguro*, que conseguiria gerir riscos e acasos da mesma maneira das regularidades. Volta-se a reduzir desigualdades.¹¹⁴

Às vezes, porém, a redução das *pequenas desigualdades* é percebida como injustiça. Há, além disso, uma *solidariedade automática*, pois o Estado-Providência, ao se colocar como principal provedor social, passa a funcionar como uma grande interface, que substitui o face a face entre as pessoas e grupos¹¹⁵.

Com o fim do Estado social, portanto, encerrada a mediação entre os cidadãos, aumentou ainda mais a litigiosidade entre estes, assim como deles com o Estado, especialmente em países que, a exemplo do Brasil, estão na periferia da Modernidade.

Conforme Jacques Chevalier, há uma crise geral das instituições e valores, que levará à *ultrapassagem da modernidade*, pois “[...] as sociedades contemporâneas entraram numa nova lógica, que resume e condensa o conceito de pós-modernidade”, permitindo que o atual processo de mundialização “ative as diferenças”.¹¹⁶

Nos países que se encontram na periferia da Modernidade, a exemplo do Brasil, porém, as diferenças ainda se concentram no território nacional. Trata-se, portanto, de outro fator que contribui para o aumento da litigiosidade, assim como para a ausência de concretude do direito de acesso à Justiça.

Notadamente após a constatação do fracasso do modelo estrito de Estado de Bem-Estar Social na América Latina, aqueles países em relação aos quais as promessas da modernidade restaram incumpridas foram lançados à denominada *periferia* do sistema capitalista.

Bertrand Badie identifica formatos de solidariedades e redes sem território fixo, como acordos e construções regionais, como a Comunidade Europeia, a transnacionalidade de vizinhança na África, a desterritorialização de fluxos

¹¹⁴ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Goiânia: UFG, 1997. p. 23.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 31-32.

¹¹⁶ CHEVALIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 17-19.

migratórios internacionais e as transumâncias e redes ilegais do narcotráfico e do terrorismo.¹¹⁷

A ideia de territorialidade delimitada por uma ordem federada denominada Estado-Nação se encontra em crise em decorrência da implosão de movimentos nacionalistas, rivalidades étnicas e ação de entidades e grupos em um espaço dito supranacional. Nessa contextura, a lógica territorial muda de sentido.¹¹⁸

Referidos países passam a se assemelhar a algo como *Estados-gueto*, que, por sua vez, são espaços destinados aos povos oprimidos, colocando-se, exclusivamente, no âmbito da relação identidade-território, sem se permitir a reconstrução de um espaço próprio¹¹⁹.

Nesse contexto, esses países, por intermédio de seus governos, pouco preocupados com o bem-estar da população, sucumbem, portanto, à vontade do capital internacional que controla os governos em detrimento das necessidades do povo.

Para Douglas Lucas, em nome da segurança, ordem e previsibilidade da ação estatal, a Modernidade racionalizou o Poder Judiciário, incumbindo-o de proteger o passado legislativo e defendê-lo de interferências políticas, valores e conteúdos que determinam as reais desigualdades que desafiam qualquer tipo de ordem.¹²⁰

Sua burocratização é marcada pela racionalização dos conflitos de ordem individualista e pela incapacidade de “juridicizar” os conflitos coletivos. A expansão e a centralização do poder monárquico, características do *Ancien régime*, sustentavam-se no controle jurídico das relações sociais exercido pelos tribunais.¹²¹

O Poder Judiciário, moldado pelo Estado moderno, estabelece um conjunto de procedimentos decisórios de base racional-formal que negam a política e os conjuntos valorativos das demandas sociais. Ocorre que as modernas promessas do Estado-Juiz são incapazes de abarcar a complexidade dos conflitos atuais.¹²²

¹¹⁷ BADIE, Bertrand. **O fim dos territórios**: ensaio sobre a desordem internacional e sobre a utilidade social do respeito. Lisboa: Piaget, 1996. p. 168.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 168-169.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 168.

¹²⁰ LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 176.

¹²¹ *Ibid.*, p. 177.

¹²² *Ibid.*, p. 177.

A realidade contemporânea manifesta algumas racionalidades específicas, muitas vezes incompatíveis entre si, não sendo absorvidas e compreendidas por intermédio da dinâmica operacional do Poder Judiciário.¹²³

Essa situação contribui para a formação de outras modalidades e instâncias de regulação, controle e decisões sociais não alcançadas pelo Judiciário. Realidades específicas e incompatíveis entre si não são absorvidas e compreendidas pela dinâmica operacional do Poder Judiciário moderno.¹²⁴

Nesse mesmo contexto, o ativismo judicial não se demonstraria como antidemocrático apenas por ser contra majoritário, pois os tribunais são suscetíveis de dar voz às minorias ou solucionar problemas decorrentes da ausência de consenso político do governo.¹²⁵

Ocorre que se trata de um modelo em crise, especialmente em decorrência de sua incapacidade de tratar os litígios de maneira democrática, tendo em vista que apenas é capaz de promover sua eliminação forçada, todavia, incapaz de extirpá-lo completamente da sociedade.

Com a crise do Estado Social e, em especial, em decorrência do surgimento e da consolidação do ideário neoliberal, a determinar um retorno a paradigmas pós-revolucionários distorcidos e radicalizados, surge uma lógica de atuação estatal, que se encontra entre o público e o privado.

Conforme Norberto Bobbio, existem dois processos a serem considerados: a *publicização do privado* e a *privatização do público*, que se complementam. Isso porque aquele reflete a subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado¹²⁶; e este, por sua vez, representa a revanche dos interesses privados por meio da formação de grandes grupos que se socorrem dos aparatos públicos¹²⁷. Note-se que é um fenômeno a insuflar a litigiosidade, máxime em decorrência das demandas direcionadas a mensurar as competências para a prática de atos públicos ou privados.

¹²³ LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de. (org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 188.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 188.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 188.

¹²⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: fragmentos de um dicionário político. 20. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 27.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 27.

Os instrumentos jurisdicionais são notoriamente insuficientes e ineficientes para atender e satisfazer subjetiva e objetivamente o conjunto de demandas, por estarem inseridos em um *modelo conflitual* de jurisdição, caracterizado pela oposição de interesses entre as partes.

José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Spengler os identificam como *indivíduos isolados*, pressupondo-se a futura atribuição de um ganhador e um perdedor. Nesse contexto, o terceiro, neutro e imparcial, que representa o Estado, deve dizer a quem pertence o direito, para que se readquira consistência.¹²⁸

Essa situação determina a necessidade de se repensar o modelo de jurisdição por meio da apropriação de experiências diversas, permitindo que se fale em um novo protótipo, denominado *jurisconstrução*¹²⁹, por intermédio do qual as partes participam da solução do conflito.

Tal constitui algo indispensável para a adaptação da jurisdição ao século XXI, superando-se o modelo judiciário novecentista, focado no litígio, por um novo e atual, centrado na solução estabelecida, efetiva e definitiva dos conflitos, especialmente aqueles relacionados à Administração Pública.

Um profícuo exemplo é o da chamada Justiça Restaurativa, que busca, não apenas, resolver os conflitos, como, efetivamente, tratá-los, de uma perspectiva efetivamente dirigida ao reestabelecimento de relações abaladas, distante da lógica adversarial do processo contencioso.

Conforme Nayara Gallieta e Neemias Prudente, a Nova Zelândia é o país que adota a Justiça Restaurativa de maneira mais fiel aos princípios originais, com procedência no *Children, Young Persons and Their Families Act* de 1989, que adotou a Justiça Restaurativa para resolver conflitos, com arrimo no *Family Group Conferences*.¹³⁰

Assim, nos conflitos que envolvem crianças e adolescentes, tem-se participação ativa de familiares, vítima, polícia e assistente social. Trata-se de

¹²⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e a construção de uma resposta consensuada: a “jurisconstrução”. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 55, p. 67, dez. 2007.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 67.

¹³⁰ GALLIETA, Nayara; PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça restaurativa: um programa de solução de conflitos. **Paradigma**, ano 17, n. 21, p. 178, jan./dez. 2012.

método que deriva do modelo que a população aborígine *Maori* utilizava muito antes para resolver conflitos relacionados aos seus filhos.¹³¹

Referida técnica surgiu em decorrência do fato de que os aborígenes rejeitavam a maneira como seus filhos eram julgados de acordo com a tradição britânica colonial¹³², tendo criado um procedimento dirigido a evitar o processamento oficial.

A lógica adversarial do contencioso é oposta à perspectiva do tratamento do conflito, voltando-se, sim, a resolvê-lo de maneira forçosa, de acordo com aquilo que determina o Direito, ignorando as perspectivas e anseios das partes e, especialmente, suas aspirações e sentimentos.

Conforme Maria Serpa, a jurisdição, na qualidade de método da gestão e tratamento de conflitos exprime grandes limitações, em especial porque, se o conflito é submetido ao juiz, é objeto de uma mudança estrutural e em sua interação, de maneira que transitam por uma reformulação básica.¹³³

Os interesses até então divergentes, porém inter-relacionados, transformam-se em um conflito de crença ou valor e se polarizam em posições definidas. Essa polarização é característica do dissenso. Ocorre ser possível que a transformação ocorra naturalmente, antes mesmo da intervenção de advogados e juízes.¹³⁴

A mediação é democrática porque acolhe a desordem e o conflito, como possibilidade de evolução social, por se fundamentar na relação de um com o outro e por apostar na diferença entre o tratamento dos conflitos de maneira tradicional e uma estratégia partilhada e convencionada baseada em um direito inclusivo.¹³⁵

A utilização equivocada dos termos demonstra conceitos imprecisos, levando a entendimentos inadequados, pois, embora competição seja provocadora de conflito, nem todos os conflitos são competições. O juiz não atua no conflito em si, mas sua interferência anula a estrutura anterior e instala outra.¹³⁶

Essa nova estrutura é teoricamente adequada a oferecer uma solução para o conflito, a considerar o conflito um contexto de atividades incompatíveis que se

¹³¹ GALLIETA, Nayara; PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça restaurativa: um programa de solução de conflitos. **Paradigma**, ano 17, n. 21, p. 178, jan./dez. 2012.

¹³² *Ibid.*, p. 178.

¹³³ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 60.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 60.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 51-60.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 51-60.

chocam, caracterizado pela divergência de interesses, confronto de poder e diversidade de valores, comportamentos e objetivos.¹³⁷

Com escora nesse conceito, tanto a administração quanto a solução ou resolução de litígios são aplicáveis para solucioná-los¹³⁸, mas, além da mera eliminação do conflito, faz-se necessário o seu correto tratamento, dirigido, em especial, a evitar o surgimento de demandas acessórias ou que derivem da primeira situação conflitiva.

A difusão do conflito em uma série de outros litígios surgidos da situação original, é observada como uma das consequências ou resultados de sua eliminação forçada pelo Poder Judiciário, notadamente no sistema judicial de um país de modernidade tardia.

2.1.3 A jurisdição nos países de modernidade tardia e os conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos

Nos países nos quais as promessas da Modernidade não foram cumpridas, bem como a internacionalização não ocorreu de maneira plena ou apenas serve aos interesses econômicos de uma mínima parcela da população, a crise do Estado social chegou com força ainda maior.

Desse modo, seus reflexos na jurisdição foram capazes de aumentar ainda mais o hiato entre a Administração Pública e os cidadãos, especialmente com o crescimento da litigiosidade, conseqüentemente, do acúmulo de processos judiciais, demandando uma modificação urgente.

Referida mudança paradigmática passa, necessariamente, pela implantação de uma maneira atual e adequada de se pensar o próprio conflito, bem como de se passar a um modelo decisório no qual as partes passem a integrar a feitura da solução das demandas.

De efeito, é imperioso estudar as consequências do fim do Estado social nos países periféricos, naquilo que concerne a um aumento da conflituosidade entre a Administração Pública e os cidadãos, bem como a necessidade urgente de uma mudança de paradigma.

¹³⁷ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 51-52.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 51-52.

Com a superveniência do Estado Social, especialmente em decorrência da consagração de vários direitos, o aumento da burocracia estatal foi natural, em decorrência do gigantesco aumento da quantidade de demandas contra e a favor da Administração Pública.

Boaventura de Sousa Santos identifica um robusto vínculo entre a reforma judicial e o Estado na qualidade de sistema político e estrutura administrativa. Assim, nos países periféricos e semiperiféricos, a transição democrática permitiu que se consolidasse um catálogo exigente de direitos de cidadania.¹³⁹

Nesses países, os tribunais assumiram uma corresponsabilidade política na atuação do Estado-Providência, mas se observa a grande distância entre a Constituição e o Direito, em decorrência do conservadorismo dos magistrados e da atuação rotinizada da Justiça retributiva, em oposição à de ordem distributiva.¹⁴⁰

A existência desses mecanismos não resulta, portanto, de uma preferência cultural, mas, sim, configuram um recurso à inacessibilidade dos tribunais. Nesse sentido, a transformação judicial, para instituir opções de resolução, tem como forte característica o fato de serem extrajudiciais.¹⁴¹

Além disso, observa-se uma cultura jurídica conservadora, bem como o fato de que a organização judiciária é deficiente e carece de recursos técnicos e materiais. Mais do que isso, não se observa uma opinião pública intensa ou a atuação efetiva de movimentos sociais organizados para defender direitos.¹⁴²

Além disso, o Direito processual é hostil e antiquado, estabelecendo um círculo vicioso, de oferta judiciária deficiente, que erode a legitimidade dos tribunais, em decorrência das normas programáticas, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que ensejaram litígios complexos.¹⁴³

Nesse contexto, o Judiciário tende a se refugiar nas rotinas e no produtivismo quantitativo¹⁴⁴, mediante uma abordagem quantitativa da solução jurisdicional, em detrimento da qualidade das decisões e, em especial, da devida concretização dos direitos fundamentais.

¹³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. O acesso à justiça. In: VITA, Alvaro de (org.). **Justiça**: promessa e realidade: o acesso à justiça em países ibero americanos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996. p. 37.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 38.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 17.

¹⁴² *Ibid.*, p. 38.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 38.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 38.

Assim, o perfil dos referidos juízes termina por corroborar o liberal-individualismo característico do processo civil brasileiro, notadamente após o Diploma Adjetivo de 1973, demonstrando, para além da crise de identidade histórica, da morosidade e da acessibilidade da jurisdição.

Para Boaventura de Sousa Santos, Maria Marques e João Pedroso, as respostas a esse fenômeno variam em cada país, incluindo, algumas respostas comuns, como a informalização da justiça, o aprimoramento das estruturas judiciais e a proliferação de mecanismos alternativos de resolução de litígios.¹⁴⁵

Tais mecanismos alternativos se voltam a desviar dos tribunais uma parte da litigância, a demonstrar que fatores como a inacessibilidade dos tribunais e seu parco desempenho se devem, em parte, à abundância de mecanismos informais, resultantes da cultura jurídica da fuga da tutela judicial.¹⁴⁶

Mais do que isso, a perspectiva dos instrumentos de resolução pacífica dos conflitos oferece uma ensanchar de tratamento dos conflitos de interesse, de maneira mais próxima às partes da situação adversarial do que aquela demonstrada pelo processo judicial.

Para Vladimir Vitovsky, a judicialização é rotinizada e a litigância é massificada. Seu aumento não resulta da abertura do sistema jurídico a novos litigantes, mas, sim, do uso intensivo e recorrente da via judicial pelos mesmos litigantes, denominados *repeat players* que, no Brasil, são as entidades da Administração Pública.¹⁴⁷

Por isso é que os paradigmas tradicionais de acesso à Justiça se encontram esgotados, fazendo-se necessária a reinvenção do conceito¹⁴⁸, porquanto o Poder Judiciário passou a assumir uma perspectiva economicista, em detrimento dos direitos dos cidadãos.

Essa atitude corrobora o paradigma liberal-individualista instalado na sociedade nacional em detrimento dos comportamentos minimamente fraternos, gentis e caritativos que seriam esperados de qualquer sociedade em relação à qual as promessas da Modernidade foram satisfatoriamente cumpridas.

¹⁴⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. [S. l.], 2003. p. 5. Disponível em: http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/30/rbcs30_07.pdf. Acesso em: 26 jun. 2021.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 7-17.

¹⁴⁷ VITOVSKY, Vladimir Santos. O acesso à Justiça em Boaventura de Sousa Santos. **Revista Interdisciplinar de Direito**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 178, 2016.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 178.

O comportamento produtivista do Judiciário corrobora o paradigma liberal-individualista, de cariz econômico e social, veio se instalar de maneira aparentemente irremediável na cultura nacional, obnubilando os comportamentos coletivistas e, até mesmo, a benemerência.

O liberalismo econômico organizou uma sociedade “[...] engajada na criação de um sistema de mercado. Nascido como mera propensão em favor de métodos não burocráticos, ele evoluiu para uma fé verdadeira na salvação secular do homem através de um mercado autorregulável”.¹⁴⁹

Esse fanatismo “[...] resultou do súbito agravamento da tarefa pela qual ele se responsabilizara: a magnitude dos sofrimentos a serem infligidos a pessoas inocentes, assim como o amplo alcance das mudanças entrelaçadas que a organização da nova ordem envolvia”.¹⁵⁰

As consequências da abordagem economicista da atividade estatal incidiram diretamente sobre a atividade jurisdicional, resultando, especificamente, no produtivismo jurisdicional, caracterizado, inclusive, pelos julgamentos massificados e em bloco.

Consoante a inteligência de Jânia Saldanha, a busca pela produtividade se volta a atender “[...] o ideário neoliberal da máxima produção em tempo real”, tornando visível a aproximação entre o Direito e os interesses econômicos, “[...] em prol da máxima eficiência entendida como produtividade”.¹⁵¹

As leis reformadoras do Código são simples instrumentos, sem carga axiológico-normativa, que surgiram para atender interesses bem definidos de forças políticas e econômicas, constituindo-se em uma índole político-social-econômica, residindo o Direito e a Jurisdição “[...] ao mais puro funcionalismo”.¹⁵²

Assim, reduziu-se a Justiça à lei, “[...] refinado produto das concepções positivistas do Século XIX que perpassaram o Século XX e aportaram no Século XXI com toda a força de sua expressão”¹⁵³, afirmação que demonstra seu anacronismo em relação às demandas mais atuais.

¹⁴⁹ POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens da nossa época. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 166.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 166.

¹⁵¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A influência do neoliberalismo sobre a jurisdição: a difícil sintonia entre eficiência e efetividade. In: MARIN, Jeferson Dytz (coord.). **Jurisdição e processo**: estudos em homenagem ao Professor Ovídio Baptista da Silva. Curitiba: Juruá, 2009. v. 3, p. 62.

¹⁵² *Ibid.*, p. 62.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 62.

As reformas processuais mais recentes, portanto, além de reduzirem as possibilidades de acesso à Justiça, corroboram paradigmas neoliberais dirigidos ao crescimento da produtividade dos tribunais em detrimento da própria ideia de preservação do direito material pretendido.

Novamente Jânia Saldanha percebe a aproximação entre as reformas processuais e interesses neoliberais, embora o modelo reformista brasileiro tenha aparentemente prometido aumentar os poderes dos juízes, comprometido que estaria com as teorias sociológicas abraçadas pelos defensores da instrumentalidade.¹⁵⁴

Ao final, contudo, “[...] tais reformas têm esvaziado o papel do processo como instituição constitucional garantidora dos direitos fundamentais”, bem como institutos como a sentença liminar, resultante de um modelo prévio, “[...] implicam em negação ao acesso à Justiça por meio de uma decisão estandardizada”.¹⁵⁵

Percebe-se, nesse ponto, que a Jurisdição passou a ter função instrumental “[...] a serviço dos interesses do mercado para a redução da complexidade social, garantia e segurança dos negócios, dotado de plena previsibilidade”, voltado a estimular garantia da propriedade privada e o respeito aos contratos.¹⁵⁶

O resultado do referido produtivismo generalizado reflete, especialmente, nas demandas relacionadas à Administração Pública, tendo em vista que se trata do principal usuário do Poder Judiciário, com o maior número de processos favoráveis e contrários.

A instalação do produtivismo jurisdicional parece ter surgido como uma resposta ao gigantesco aumento de processos judiciais, decorrentes da notória crise de litigiosidade pela qual passa o Brasil, especialmente após a derrocada do paradigma do Estado Social.

Novamente, para Boaventura de Sousa Santos, quanto maiores forem a formalização e a burocratização do processamento do litígio, maior será a probabilidade de que a discrepância entre o litígio real e o litígio processado se

¹⁵⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional: um olhar sobre o direito processual brasileiro. **Estudios Constitucionales**, Santiago, ano 8, n. 2, p. 686, 2010.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 686-687.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 687.

mantenha. Quando isso acontece, diminui a possibilidade de que o desfecho do processo seja a resolução final do conflito.¹⁵⁷

O direito estatal tem elevado grau de institucionalização da função jurídica, que se baseia em complexo aparelho coercitivo, detentor do monopólio da violência legítima, inscrito, desde o início, na lógica do modelo constitucional do Estado liberal. Está na raiz da conversão do direito em centro e de controle do Estado capitalista.¹⁵⁸

A eficiência desse aparelho decorre da aplicação das medidas coercitivas e da ameaça do seu acionamento (o *discurso da violência*). O conjunto de processos regularizados e princípios normativos justicáveis contribuem para a criação e prevenção de litígios e para sua resolução por meio de um discurso argumentativo.¹⁵⁹

É notória, todavia, a incidência de vários outros princípios sobre a atividade administrativa, tendidos, inclusive, à desburocratização, possibilitando, até, a utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos, baseados no consenso. Na realidade, tal conforma uma necessidade contemporânea.

Alexsandra Rodrigues observa uma transformação positiva, deixando de lado o instinto competitivo para a cooperação. Assim, as enxerga como a possibilidade de transação, negociação ou renúncia, fortalecendo-se a justiça e a garantia dos direitos fundamentais e sociais, concedendo azo a benefícios recíprocos às partes.¹⁶⁰

Conquanto a Administração Pública seja respaldada por princípios que devem ser observados, o modelo de gerenciamento de conflitos, por meio da mediação, busca novos padrões organizacionais, utilizando e aperfeiçoando mecanismos de administração consensual e participativa para promover a resolução do litígio célere e eficazmente.¹⁶¹

O processo judicial ainda é o principal veículo de resolução de conflitos, afirmação confirmada pelo gigantesco acúmulo de processos nos tribunais. Apesar

¹⁵⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O direito dos oprimidos**. Perdizes: Cortez, 2014. p. 120.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 35-40.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 40.

¹⁶⁰ RODRIGUES, Alexsandra Gato. A mediação como alternativa na resolução dos conflitos decorrentes da administração pública. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA, 5., 2017; MOSTRA DE TRABALHOS CIENTÍFICOS, 5., 2017. **Anais...** Ijuí: UNIJUI, 2017. p. 7.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 7.

disso, os métodos alternativos de resolução existem no Brasil desde o Império, passando por várias das Constituições nacionais.

Desse modo, a própria legislação possibilita o emprego da mediação para a resolução dos conflitos no âmbito do Direito administrativo. Trata-se, porém, de uma necessidade no atual contexto jurídico-processual, no qual o principal usuário do Poder Judiciário é a própria Administração Pública.

Para Egon Moreira e Leila Cuéllar, os métodos não adversariais de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública aproximam-se do Estado Democrático de Direito, ao determinar que os poderes públicos ouçam e se façam ouvir por pessoas privadas, interação que acolhe a participação no estabelecimento de acordos.¹⁶²

Nos casos que envolvem Administração Pública e pessoas privadas, torna-se horizontal e equânime a posição das partes envolvidas para que efetivamente transacionem interesses e direitos passíveis de negociação, em decorrência dos objetivos maiores da segurança jurídica, paz social e eficiência.¹⁶³

Nesse novo paradigma judicial, é imperiosa a constituição de uma política pública dirigida à resolução alternativa de conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos, especialmente em decorrência da multiplicidade de normas constitucionais relacionadas.

A abstração observável na atividade jurisdicional com amparo na obediência estrita à lei aumenta as possibilidades de as crises do Estado levarem a um contexto de litigiosidade, necessitando-se, assim, possibilitar o tratamento do conflito como fenômeno social.

Já para Adriano Pedra, a assimilação, pelas Constituições, da complexidade das relações sociais, determinou a utilização de uma linguagem mais aberta, que permite maior liberdade de interpretação para a fixação do conteúdo da norma jurídica, em decorrência da “[...] multiplicidade dos problemas que podem surgir”.¹⁶⁴

Nesse sentido, surge a necessidade de que os mecanismos e instrumentos de resolução extrajudicial de conflitos passem, especialmente quanto à sua criação,

¹⁶² MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Administração pública e mediação: notas fundamentais. **Revista de Direito Público da Economia**, Brasília, DF, v. 61, p. 122, 2018.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 122.

¹⁶⁴ PEDRA, Adriano Sant'Ana. Justificação e proteção dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV)**, Vitória, v. 10, p. 10, 2012.

instalação e ao incentivo quanto à sua utilização, a compor uma política pública especificamente para esse fim.

Conforme Patrícia Massa-Arzabe, políticas públicas são conjuntos de programas de ação governamental, sendo racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas e pendidas à realização de direitos e de objetivos sociais juridicamente relevantes plasmados na distribuição e redistribuição de bens e posições.¹⁶⁵

A ação do Estado por meio de políticas públicas se vincula a direitos ou metas compatíveis com princípios e objetivos constitucionais. Assim, mesmo que seus beneficiários não tenham um direito a um benefício, sua provisão contribui para a implementação de um objetivo da comunidade.¹⁶⁶

Dirige-se, assim, à concretização de oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos. Uma política pública é composta por finalidade, princípios, diretrizes, formato de organização e gestão, ações governamentais e as fontes de recursos financeiros.¹⁶⁷

Isso porque as políticas públicas são a maneira precípua da ação estatal para concretizar ações e programas¹⁶⁸. Portanto, é o caso ora estudado, já que a mediação se mostra capaz de acelerar a resolução dos conflitos e desafogar o Judiciário.

Para Sauaia e Damasceno, as adversidades e o estado de necessidade e vulnerabilidade experimentado pela maioria dos cidadãos que recorrem ao Judiciário para obter um benefício previdenciário ou assistencial fazem com que se encontrem em situação de desvantagem quanto à manifestação de sua vontade na “mesa de negociação”.¹⁶⁹

Em decorrência disso, é temerário sustentar a generalização da conciliação nesse âmbito, de modo que tal prática, na seara previdenciária, requer a superação de dificuldades e o estabelecimento de um ambiente em que sujeitos livres e iguais tenham condições de barganhar por seus interesses equilibradamente.¹⁷⁰

¹⁶⁵ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 54.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 54.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 54-65.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 52-54.

¹⁶⁹ SAUAIA, Artenira da Silva e Silva; DAMASCENO, Gioliano Antunes. Um novo olhar acerca do instituto de mediação em processos previdenciários de natureza coletiva. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 1, n. 2. p. 19-35, jul.-dez., 2015, p. 31.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 31.

Por isso é de relevo conduzir o debate para o campo interinstitucional, retirando o conflito do contexto “indivíduo *versus* Estado”, fomentando a atuação coletiva e preventiva da Defensoria Pública da União em matéria previdenciária, por se tratar de instituição autônoma que não sofre com injunções socioeconômicas.¹⁷¹

Além disso, possibilita a adoção de medidas corretivas antes da instauração ou do agravamento de conflitos, ou seja, “[...] previamente à consumação ou ao agravamento do sofrimento humano decorrente da supressão do direito, deixando fora da pauta qualquer discussão relacionada à influência do fator tempo”.¹⁷²

De tal modo, em relação aos conflitos previdenciários, a reinterpretação do conceito de interesse público deve ser especificada, no sentido da compreensão de que o segurado ou assistido se encontra em uma situação ainda mais inferiorizada diante da Administração Pública.

A complexidade que envolve as diversas crises do Poder Judiciário brasileiro compõe uma *agenda* que deve levar em conta uma infinidade de fatores de várias ordens - jurídicos, sociais, econômicos, financeiros, políticos, psicológicos, dentre vários outros.

Michael Howlett, Anthony Perl e Ramesh acentuam que a formulação é a criação de opções acerca do que fazer a respeito de um problema público, por meio de identificação, aprimoramento e formalização das opções políticas que ajudarão a resolver os problemas encontrados no estágio de montagem da agenda.¹⁷³

Na formulação de uma política pública, a primeira fase é a identificação do *fluxo de problemas* referente à percepção do entrave como questão pública, passível de suceder após eventos inesperados ou *feedbacks* proporcionados por programas já em curso.¹⁷⁴

A segunda é o *fluxo da política pública*, no qual examinam-se problemas e propõem-se soluções. Já o terceiro é o *fluxo político*, composto de fatores como a propensão nacional, campanhas etc.¹⁷⁵. Note-se, nesse sentido, que o desafogamento do Poder Judiciário é uma demanda já há muito identificada.

¹⁷¹ SAUAIA, Artenira da Silva e Silva; DAMASCENO, Gioliano Antunes. Um novo olhar acerca do instituto de mediação em processos previdenciários de natureza coletiva. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 1, n. 2. p. 31-32, jul.-dez., 2015, p. 31.

¹⁷² *Ibid.*, p. 32.

¹⁷³ HOWLETT, Michael; PERL, Anthony; RAMESH, M. **Política pública**: seus ciclos e subsistemas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 123.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 45.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 45.

Há, além disso, várias campanhas destinadas à resolução antecipada de conflitos. Ocorre que a mediação, em decorrência de seus fundamentos teórico-funcionais e de seus objetivos para o tratamento do conflito como fenômeno social inevitável, demonstra ser uma das possibilidades mais efetivas para amenizar as crises judiciais.

2.1.4 Fundamentos teórico-funcionais da mediação

Em um contexto de grave crise institucional, especialmente caracterizado pela litigiosidade exacerbada, causadora do acúmulo de processos em todas as instâncias judiciais, aflorou a necessidade urgente de se incorporar ao sistema jurídico-processual os instrumentos de resolução extrajudicial de conflitos.

Um dos métodos pacíficos de tratamento dos conflitos que mais demonstra possibilidades de propiciar seu deslinde saudável é, justamente, a mediação, porquanto enseja um acesso mais igualitário e amplo do que, por exemplo, a arbitragem.

Ocorre que a inserção dessas metodologias no ordenamento jurídico nacional, conquanto uma necessidade urgente, requer o correto entendimento acerca de sua principiologia, assim como um ror de procedimentos coeso e seguro para o referido instituto.

Desse modo, é preciso estudar os fundamentos teóricos da mediação, com espeque no conceito de conflito como fenômeno social, das principais características da mediação, bem como as possibilidades de composições ecológicas dos conflitos por meio desse procedimento.

O liberal-individualismo que contamina a prestação jurisdicional no Brasil, agravado pelo paradigma do produtivismo, não é capaz de entender o conflito como um fenômeno social inevitável, não passível de ser, efetivamente, eliminado, devendo ser trabalhado de modo diverso.

Georg Simmel designa os modos pelos quais os atores sociais se relacionam, expressando um método com suporte no qual a Sociologia se tornaria um campo de estudo específico, consistente em abstrair o formato de “*sociação*” dos estados concretos, interesses e sentimentos que constituem seu conteúdo.¹⁷⁶

¹⁷⁶ SIMMEL, Georg. **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1983. p. 62.

Apenas isolando as modalidades por abstração é que se é capaz de constituir uma *ciência da sociedade*. Assim, a Sociologia deve buscar suas conjunções de problemas nas próprias maneiras de vida social, pois seu domínio estaria nos formatos sociais que tornam os grupos de pessoas unidos.¹⁷⁷

Para que se compreenda a dinâmica social, o conflito não é simplesmente eliminável, muito menos extinto, fazendo-se necessário que seja entendido de maneira a possibilitar seu tratamento e posterior resolução, inclusive, por métodos alternativos.

Na perspectiva de Michael Mann, a busca de impulsos motivacionais, necessidades e objetivos envolve pessoas em relações com a natureza e outros seres humanos, que requerem a intervenção natural e a cooperação social. As características das relações sociais tornam-se relevantes, porquanto suscetíveis de estruturar motivações.¹⁷⁸

Os seres humanos, inquietos, intencionais e, também, racionais, esforçam-se para aumentar o prazer das coisas boas da vida, capazes de escolher e buscar meios apropriados para fazê-lo, ao menos o suficiente para estabelecer o dinamismo característico da vida humana, que a diferencia da existência de outras espécies.¹⁷⁹

Uma das principais modalidades de interação social é o conflito, que tem sido necessário à evolução da sociedade desde o início. É parte integrante e indispensável do processo civilizatório, até mesmo por assegurar o dinamismo das relações entre os seres humanos. Não há, com efeito, de ser eliminado sem que existam consequências.

Conforme Remo Entelman, a consciência que as pessoas têm do conflito e suas percepções são características da conduta conflituosa. Relacionam-se ao ato intelectual por intermédio do qual uma pessoa admite se encontrar em uma relação na qual as partes têm ou creem ter objetivos incompatíveis.¹⁸⁰

Nessa mesma contextura, determinado ser humano é capaz de perceber a incompatibilidade entre objetivos, mas não saber se posicionar em um conflito. Os

¹⁷⁷ SIMMEL, Georg. **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1983. p. 62.

¹⁷⁸ MANN, Michael. **Sources of social power**. Cambridge: Cambridge University Press, 1986. v. 1: a history of power from the beginning to AD 1760, p. 5.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 4.

¹⁸⁰ ENTELMAN, Remo Fernando. **Teoría de conflictos**: hacía un nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 89.

objetivos da disputa coincidem sobre o marco no qual se produz a incompatibilidade.¹⁸¹

A compreensão do magnetismo entre os adversários em um conflito em relação aos terceiros que compõem seu ambiente é fundamental para entender os variados tipos de terceiros e avaliar a facilidade daqueles que não participaram do início do conflito.¹⁸²

Justifica-se a preocupação com as técnicas de comunicação, pois, à medida em que a intensidade do conflito avança, a comunicação é um dos problemas fundamentais do controle de sua escalada. Volta-se a remover a mentalidade conflitiva e a visão de sua relevância para um sistema que distingue entre *eles* e *nós*.¹⁸³

Essa consciência é importante para a descoberta das opções de solução, com encosto no entendimento dos diversos objetivos, coincidentes ou comuns. Assim, se a administração de um conflito produz inteligência suficiente, descobre-se que os atores têm tanto objetivos em disputa quanto alguns coincidentes ou comuns.¹⁸⁴

Demonstra-se, desta sorte, que a perspectiva de eliminação forçosa do conflito, por meio de um terceiro, característica da jurisdição, padece de uma impossibilidade teórico-conceitual, já que o conflito não deve ser extirpado do tecido social, mas, sim, corretamente tratado.

A lógica do processo judicial pressupõe, ao final, a extinção forçada do conflito, com força de coisa julgada. Nota-se, aqui, a perspectiva da *gestão do conflito*, que se dirige à simplificação artificial de relações complexas, buscando o mero encerramento das etapas procedimentais.

Assim, a ideia da *gestão e administração de conflitos* indica uma abordagem relacionada à visão gerencial ou eficiente de viés neoliberal, que reflete a utilização do Direito e dos mecanismos do Estado, como possíveis meios de organização e de controle das relações sociais.

Fachin e Gonçalves entendem que a mediação dá oportunidade a uma *nova hermenêutica da autonomia da vontade*, abrindo as portas para “[...] investigar as

¹⁸¹ ENTELMAN, Remo Fernando. **Teoría de conflictos**: hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 110-136.

¹⁸² *Ibid.*, p. 136.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 136-139.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 139.

possibilidades hermenêuticas de estatutos de base da instância jurídica”. O agir de boa-fé, “[...] a partir da interpretação constitucional do Código Civil, passou a ser não mais apenas o aspecto subjetivo”.¹⁸⁵

Impõe-se um *standard* de comportamento espelhado no outro da relação jurídica, solidarizando-se as relações, tornando-se “[...] forma imperativa de atuação jurídica, representando o agir de modo contrário o descumprimento da matriz constitucional”.¹⁸⁶

O ordenamento jurídico se fundamenta e interpreta com procedência na norma constitucional, “[...] com a função instrumental de concretização dos princípios gestores e direitos fundamentais”, de maneira que “[...] a autonomia da vontade como fundamento da mediação deve ser interpretada a partir de ressignificação desta categoria. [...] conectando processo e Direito Material no ambiente constitucional”.¹⁸⁷

Essa *nova hermenêutica da autonomia da vontade*, que permitiu a superveniência da mediação como técnica processual, influencia diretamente a própria noção de interesse público e, conseqüentemente, dos limites de sua indisponibilidade.

Conforme Jânia Saldanha, estes se tornam *facilitadores do ideário dos interesses estratégicos do Mercado*¹⁸⁸, não se relacionando, portanto, à ideia de segurança, estabilidade ou mesmo da distribuição de justiça ou de benesses sociais; dirige-se, nesse sentido, à continuidade do fluxo mercadológico.

Evidente é que os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos não estariam aptos a dispensar a necessidade de uma estrutura jurisdicional contenciosa, tendo em vista que, apesar de sua notável capacidade de amenizar a crise judicial, não é, isoladamente, capaz de modificar a cultura do litígio.

A mediação não é a panaceia ou a maneira mais adequada de resolver conflitos, pois o processo adversarial tem indispensável função em um sistema de

¹⁸⁵ FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. **Revista de Informação Legislativa**, a. 48, n. 190, p. 7-13, abr.-jun. 2011, p. 9.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 10.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 11-12.

¹⁸⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. *In*: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação na UNISINOS - mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 77.

resolução. Os métodos que integram o sistema são utilizados concomitantemente, a depender de características do conflito, satisfação dos usuários e resultados.¹⁸⁹

Já para Dionara Albuquerque, o processo judicial heterocompositivo, até pelo próprio ordenamento processual, de regra, além de buscar atribuição de culpas, erros, acertos e ser volvido a um passado mais remoto, estimula a competição, para, ao final, decretar o vencedor e o perdedor ou, ainda, dois parcialmente vencedores e vencidos¹⁹⁰.

Essa lógica somente aumenta a litigiosidade latente. Em tais circunstâncias, é que surgem os métodos alternativos de resolução de conflitos, especialmente aqueles baseados no consentimento mútuo das partes do litígio, dirigidos ao tratamento não forçoso do conflito.

Petrônio Calmon tem na mente a ideia de que esses mecanismos se dirigem à obtenção da autocomposição, caracterizados pela participação do *tertius* imparcial cuja função é auxiliar, facilitar e incentivar os envolvidos a realizar um acordo, resultando em uma solução mutuamente aceitável e voluntária, por um procedimento voluntário, confidencial, informal e coordenado.¹⁹¹

O mediador é um facilitador, educador ou comunicador, que clarifica pontos, identifica e maneja sentimentos e enseja opções para que se chegue a um acordo, sem a necessidade de uma batalha nos tribunais, mas não tem poder para decidir ou impor um resultado às partes, apesar de ser um interventor com autoridade.¹⁹²

Além da rapidez, confidencialidade, menores custos, grande possibilidade de êxito e qualidade da decisão, há fatores políticos a serem considerados em um programa de mediação, especialmente no que concerne à participação da sociedade em decisões sobre conflitos.¹⁹³

Ao lado das práticas privadas, as prefeituras assumem o incentivo à mediação para que a Defensoria Pública atue junto aos “mediandos” de baixa

¹⁸⁹ ALBUQUERQUE, Dionara Oliver. **O marco legal da mediação no Brasil e o mediador judicial, sua capacitação e formação continuada: o exemplo do Nupemec.** Porto Alegre: Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2017. p. 28.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 27.

¹⁹¹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação.** 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 113.

¹⁹² *Ibid.*, p. 117.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 113.

renda. Nunca se reduz a mediação a uma ação estatal, muito menos a uma atividade judicial.¹⁹⁴

Trata-se de um programa de incentivo à autocomposição que não se mede por percentuais de acordos, mas, sim, pela margem de *acerto* da técnica. Caso os envolvidos no conflito participem de um mecanismo corretamente aplicado por pessoa realmente formada, o êxito do programa é total.¹⁹⁵

Não importa quantos realizaram acordo, pois este não é o objetivo a ser apurado matematicamente, uma vez que o *aprender a dialogar* e a mudança de paradigma são metas mais importantes. Assim, a visão destorcida sobre a conciliação ilude a sociedade, desviando-a da correta cobrança por um judiciário eficiente.¹⁹⁶

Dá-se nova atribuição – *in aliis verbis* - a um órgão que historicamente não é capaz de dar cabo de sua atribuição primária de julgar conflitos. *Autocomposição judicial* é a solução do conflito praticada pelas partes envolvidas com posterior homologação judicial.¹⁹⁷

Configura, portanto, atividade para incentivar, facilitar e auxiliar um acordo, adotando metodologia que permite ao conciliador a proposição de uma avença. Há quem utilize a expressão apenas no caso de sua prática por juiz ou servidor do Judiciário.¹⁹⁸

Os instrumentos extrajudiciais mais relevantes e utilizados, especialmente no Direito brasileiro, são a conciliação, a arbitragem e a mediação. Esta, entretanto, é recorrentemente objeto de várias regulamentações infraconstitucionais, no contexto de uma política pública para desafogar o Judiciário.

Philippe Fouchard afirma, contudo, que a resolução alternativa das disputas constitui uma *categoria aberta*, já que, primeiro, são definidos apenas de maneira negativa ou residual, como métodos não jurisdicionais de liquidação, baseando-se somente e na vontade comum dos operadores econômicos.¹⁹⁹

¹⁹⁴ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 128.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 130.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 130-131.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 132.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 132.

¹⁹⁹ FOUCHARD, Philippe. **Alternative dispute resolution et arbitrage**: l'évolution des modes de règlement des litiges du commerce international. [S. l.], 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/digital/consumer/1878948.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2021.

Em tal contexto, para alcançar uma solução aceitável pelas partes, os praticantes multiplicam os instrumentos considerados mais adequados a cada caso, às suas necessidades, arriscando-se, porém, a cair no *excesso de sofisticação*, tornando necessária sua simplificação.²⁰⁰

Sua utilização, também, pressupõe uma maleabilidade maior do que a dos procedimentos judiciais, caracterizados, em maior ou menor grau, pela formalidade, notável, portanto, que seu caráter instrumental deve se destacar em detrimento da forma.

Para Romain Dumas, o desenvolvimento dos métodos alternativos decorre de sua capacidade de satisfazer interesses de governos e partidos, já que, de um lado, ilustrariam, a vontade das autoridades públicas de lutar contra a superlotação e a morosidade dos tribunais.²⁰¹

Assim, encorajam ou obrigam os litigantes à exploração de outros métodos que não a via judicial para tentar resolver suas diferenças. *In alia manu*, seu desenvolvimento mostra que as partes estão cada vez mais dispostas a atuar ativamente na resolução de suas diferenças.²⁰²

Nesse sentido, na França, passou a ser utilizado um modelo alternativo de resolução de conflitos, denominado *direito colaborativo (droit collaboratif)*, que envolve as partes e seus procuradores em um período obrigatório de negociações precedente a eventual pedido de tutela jurisdicional.

Paul Rolland ensina que o direito colaborativo é uma negociação na qual partes e advogados concordam, por contrato, em fazer todo o possível no sentido da solução amigável, negociando de boa-fé e com total transparência, antes do encaminhamento ao juiz, proibindo qualquer recurso judicial durante as negociações.²⁰³

Esse procedimento é totalmente confidencial, sendo que os advogados devem se retirar do caso se falharem, criando-se uma *bolha negocial* que elimina

²⁰⁰ FOUCHARD, Philippe. **Alternative dispute resolution et arbitrage**: l'évolution des modes de règlement des litiges du commerce international. [S. l.], 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/digital/consumer/1878948.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2021.

²⁰¹ DUMAS, Romain. Les MARD (modes alternatifs de résolution des différends) au prisme des droits fondamentaux substantiels. **RDLF**, [S. l.], n. 1, 2018. Disponível em: <http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/les-mard-modes-alternatifs-de-resolution-des-differends-au-prisme-des-droits-fondamentaux-substantiels/>. Acesso em: 26 jun. 2021.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ ROLLAND, Paul. Les modes alternatifs de règlement des différends (MARD): à chacun sa voie! **Parution**, [S. l.], Mar. 2021.

qualquer reflexo contencioso. Assim, volta-se a negociar em equipe os interesses das partes e não as suas posições.²⁰⁴

Tal método se demonstra a maneira mais adequada de se buscar uma solução amigável para um conflito, sendo que sua taxa de sucesso gravita ao redor de noventa por cento (90%). Recorrer a ela, entretanto, pressupõe assegurar sua adequação à resolução do litígio, pois a atuação das partes e advogados é essencial.²⁰⁵

No Brasil, entretanto, malgrado o diametral aumento das possibilidades de utilização dos instrumentos alternativos de resolução de conflitos, notadamente nos anos de 2010 a 2015, estes ainda se encontram em decurso de aprimoramento e de popularização.

Ocorre que, como afirma Fabiana Spengler, transformar conflitos de interesses inconciliáveis em permutas reguladas de argumentos racionais entre conflitantes está inscrito na própria existência de um grupo juridicamente “especializado”, dentre os quais se mencionam o juiz, o perito, o advogado e o promotor.²⁰⁶

Esse grupo se encarrega de organizar, com base em maneiras codificadas, a manifestação pública dos conflitos, substituindo a visão vulgar dos fatos por uma óptica científica, dando-lhes tratamento socialmente reconhecido como imparcial e também legítimo, definido de acordo com regras formais e coerentes.²⁰⁷

Na realidade, constitui de um espaço comum, participativo, que, por excelência, pertence aos extremos entre os quais se define. A imparcialidade do mediador deve ser revista levando em consideração o fato de que o conflito resulta de um desequilíbrio²⁰⁸.

Não se mostra, portanto, um método de resolução forçada do conflito. Em decorrência de se direcionar à resolução das situações conflituosas, não à sua destruição, a mediação constitui algo complexo, dotado de princípios, etapas e, em especial, de objetivos próprios e específicos.

²⁰⁴ ROLLAND, Paul. Les modes alternatifs de règlement des différends (MARD): à chacun sa voie! **Parution**, [S. l.], Mar. 2021.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos**: da teoria à prática. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 335.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 335.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 336.

Entenda-se que participação social é um dos objetivos do processo. Mediação é mecanismo livre e essencialmente privado, não no sentido que a economia concede ao termo, desgarrado das amarras do Estado como responsável único ou principal pela execução da tarefa.

Muito embora seja somente um dos instrumentos de autocomposição do conflito, a mediação se diferencia dos demais em decorrência de seus fundamentos diversos, assim como de seus objetivos específicos, especialmente para o tratamento do conflito.

Diogo Almeida e Fernanda Pantoja, deve privilegiar pontos fundamentais: *protagonismo* e *coautoria* dos interessados em buscar uma solução que os satisfaça mutuamente; interveniência do mediador; e o direcionamento da mediação à resolução da controvérsia e ao restabelecimento da comunicação.²⁰⁹

É, desse modo, uma modalidade de *tratamento* das situações de conflito, não de administração, gestão ou eliminação. Assim, constitui o método de resolução de conflitos que melhor se adapta à Constituição de 1988, especialmente na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Demonstra-se, com efeito, que a característica mais marcante da mediação é o próprio mediador, que deve acumular uma série de predicados e conhecimentos especificamente dirigidos ao exercício de seu mister. Conformar, pois, uma função que se encontra muito além da interpretação do Direito legislado.

Na lição de José Luis Bolzan de Moraes, na mediação, a autocomposição é *ecológica*, pois é um instrumento de realização da autonomia, uma vez que educa, facilita e ajuda na produção das diferenças, que, por sua vez, modificam as divergências²¹⁰, sem, portanto, eliminá-lo, preservando, desse modo, a sua indispensável vertente democrática.

Especialmente nesse sentido é que a mediação se demonstra útil no tratamento do conflito, haja vista que não se presta à sua eliminação do tecido social, mas, sim, ao seu tratamento conjunto, de modo a solucionar embaraços que sequer se encontram na superfície do litígio.

²⁰⁹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. Natureza da mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 97.

²¹⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 59.

José Fiorelli, Maria Fiorelli e Marcos Malhadas Júnior entendem que o conflito, na mediação, é um processo interacional de duas ou mais partes, “[...] em que predominam as relações antagônicas, nas quais as pessoas intervêm como seres totais com suas ações, pensamentos afetos e discursos”.²¹¹

Caracteriza-se, porém, “[...] por ser um processo co-construído pelas partes e que pode ser conduzido por elas ou por um terceiro”, com vistas a “[...] transformar antagonismos em convergências, não obrigatoriamente em concordâncias, por meio da intervenção de um terceiro escolhido pelas partes”.²¹²

Desse jeito, as soluções públicas se tornam particulares em relação aos casos específicos, pois a mediação “[...] possibilita a plena investigação dessas peculiaridades e sua consideração na formulação das opções”. O procedimento, entretanto, tem alguns objetivos específicos.²¹³

Inicialmente, a mediação tem indispensável caráter voluntário, pois os “mediandos” devem ali estar por livre vontade. Além disso, o poder dispositivo das partes respeita o princípio da autonomia da vontade, “[...] desde que não contrarie os princípios de ordem pública”.²¹⁴

Observam-se a complementaridade do conhecimento, a credibilidade e a imparcialidade do mediador, bem como sua *competência*, “[...] obtida pela formação adequada e permanente”, a *diligência dos procedimentos*, e a boa-fé e a lealdade das práticas.²¹⁵

Além desses, há a flexibilidade, a clareza, a concisão e a simplicidade, da linguagem e dos procedimentos, para atender à compreensão e às necessidades dos participantes, a possibilidade de oferecer segurança em sentido oposto à perturbação e ao prejuízo causado pelas controvérsias e “[...] a confidencialidade do processo”.²¹⁶

Para tanto, é imperioso considerar uma diversidade de fatores relacionais e emocionais que se encontram em jogo, entendendo a possibilidade de as partes

²¹¹ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. **Mediação e solução de conflitos**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008. p. 7.

²¹² *Ibid.*, p. 7-58.

²¹³ *Ibid.*, p. 59-61.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 61.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 61.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 61.

continuarem se relacionando, quererem controle sobre o resultado, terem bons argumentos materiais e emocionais, bem como as disparidades de poder.²¹⁷

Mais do que isso “[...] a rapidez é importante; a má comunicação é, em grande medida, causa do conflito e de consequentes mal-entendidos”. Não bastasse, “[...] há disputas técnicas complexas que possibilitam diversas interpretações e nenhuma totalmente conclusiva”.²¹⁸

Precisa-se considerar que um precedente adverso teria a probabilidade de ser inconveniente às partes, como ocorre nos conflitos trabalhistas, sendo importante manter a confidencialidade. A solução jurisdicional é passível de ser proibitiva em decorrência de fatores econômicos ou emocionais.²¹⁹

In hoc sensu, o mediador deve ter um senso de equidade, deslocando-se habilmente “[...] entre as imposições da ética, da moral, da justiça e do bem-estar dos envolvidos, em um movimento em que mescla arte, filosofia e técnica”, que demanda estudo e experiência, atitude e comportamentos adequados à função.²²⁰

Por isso é que “[...] o mediador respeita a dignidade e o sofrimento do próximo; tem prazer de servir e atuar com excelência. Distingue nos pequenos sucessos o embrião dos grandes triunfos, consciente de que cidadania se constrói a partir dos gestos mais simples”.²²¹

Mais do que isso, a perspectiva horizontalizada e pacificadora do procedimento de mediação demonstra ser um dos meios de solução de conflitos entre o Estado e seus administrados, notadamente no panorama de complexidade exprimido no século XXI.

2.2 Soluções horizontalizadas: a mediação como o meio de solução de conflitos para o século XXI entre o Estado e os administrados

Exposta a crise da jurisdição, especialmente quanto à litigiosidade exacerbada e ao acúmulo de processos que esta ocasiona, faz-se necessário passar às possibilidades e à demonstração das vantagens do emprego da mediação entre a Administração Pública e os agentes públicos e administrados.

²¹⁷ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. **Mediação e solução de conflitos**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008. p. 61-73.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 73.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 73.

²²⁰ *Ibid.*, p. 73-150.

²²¹ *Ibid.*, p. 150.

O objetivo deste módulo da Tese é o estudo pormenorizado desse método de resolução pacífica de conflitos, proveniente do paradigma do acesso à Justiça em contraposição às crises da jurisdição, de maneira a expor as possibilidades e idiosincrasias da mediação no contexto da Administração Pública.

Inicialmente, se cuida da mediação como aprimoramento de acesso à Justiça, o tratamento dos conflitos como aspecto essencial do acesso à Justiça, a mediação na crise de inflação judicial, o mediador como promotor desse direito fundamental e sua relação com a segurança como um de seus aspectos.

Após, remonta-se à coletivização dos conflitos e a Administração Pública, a Administração Pública e os conflitos com os cidadãos, o modelo consensual de Estado e a Administração Pública, a mediação sob o princípio da eficiência e a mediação como instrumento da gestão.

Na sequência, examina-se a mediação na Administração Pública e a equidade, a mediação e a boa Administração Pública, a Administração Pública participativa e a democracia, a obtenção da equidade e a mediação na Administração Pública e a Administração Pública consensual sob o paradigma dialético.

Ao final, investiga-se o emprego da mediação para resolver conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos, as possibilidades da mediação na Administração Pública e a mediação na Administração Pública e a legalidade e os enunciados do Conselho da Justiça Federal.

2.2.1 A mediação como aprimoramento de acesso à Justiça

O acesso à Justiça, especialmente em tempos de crise da jurisdição, não há de ser interpretado como a impossibilidade de dispensa da apreciação judicial acerca de um litígio, mas, sim, como um serviço disposto à população para os casos nos quais essa tutela seja indispensável.

Em ultrapasse ao que foi expresso, o papel do Judiciário não se restringe à substituição da vontade das partes pela decisão judicial com apoio no ordenamento jurídico, tendo em vista o fato de que a tutela jurisdicional não se esgota na eliminação do litígio, devendo incorporar, também, o tratamento dos litígios.

Impende se levar na devida consideração o fato de que a autocomposição dos litígios, ao tornar desnecessária a tutela jurisdicional, traz segurança jurídica em

patamares não esperados da atuação substitutiva do Poder Judiciário. Para isso, entretanto, é essencial o trabalho do mediador.

Assim, faz-se imperioso estudar a mediação na qualidade de um possível aprimoramento de acesso à Justiça, tratamento dos conflitos e segurança como seus aspectos essenciais, seu papel no contexto de inflação judicial e o mister do mediador.

Conquanto tenham curso as determinações históricas, sociais, políticas e constitucionais, tradicionalmente incorporadas à sociedade brasileira, os conflitos, em decorrência de não serem passíveis de eliminação ou mesmo de superação absoluta, necessitam ser efetivamente tratados.

Para Dora Schnitman, são inerentes à vida humana, pois “[...] as pessoas são diferentes, possuem descrições pessoais e particulares de sua realidade e, por conseguinte, expõem pontos de vista distintos, muitas vezes colidentes”, cujo formato de exposição é fundamental à harmonia das relações cotidianas.²²²

De semelhante modo, “[...] pode-se dizer que os conflitos ocorrem quando ao menos duas partes independentes percebem seus objetivos como incompatíveis; por conseguinte, descobrem a necessidade de interferência de outra parte para alcançar suas metas”.²²³

Evidente, entretanto, é que os conflitos não se configuram como simplesmente ignorados, embora absolutamente naturais à sociedade. Dessa maneira, o direito fundamental de acesso à Justiça deve se preocupar com a integralidade dos eventos conflituosos.

Na conceição de Renato Nalini, a proclamação dos direitos constitucionais, inclusive do acesso à Justiça, é retórica, pois há “[...] uma hipócrita tranquilidade de consciência, quando se remetem os cidadãos para os tribunais que, em derradeiro percurso, farão justiça”, mas os lesados devem arcar com o dispêndio para alcançar uma solução.²²⁴

Tal sucede porque o Estado é o maior produtor de demandas, a sufocar os tribunais com sua resistência em reconhecer seus desmandos, de maneira que os

²²² SCHNITMAN, Dora Fried. Novos paradigmas na resolução de conflitos. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Staphen (org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999. p. 17.

²²³ *Ibid.*, p. 170.

²²⁴ NALINI, José Renato. Novas perspectiva no acesso à justiça. **Revista CEJ**, Brasília, DF, n. 3, p. 63, 1997.

integrantes do Judiciário devem assumir o desafio do fluente momento histórico e produzir algo concreto.²²⁵

Essa atuação deve se pautar pela tentativa de se multiplicar sua capacidade de resolver conflitos, pacificar a sociedade, bem como para ampliar as opções de solução harmônica das diferenças, ampliando-se, verdadeiramente, por essa via, o acesso à Justiça.²²⁶

Um dos procedimentos de resolução de conflitos que mais tem se desenvolvido nesse sentido, há algumas décadas, é, justamente, a mediação, que se encontra no exato sentido do tratamento pacífico dos conflitos, bem como à sua autocomposição, não à sua eliminação.

Maria Tereza Dias informa que, nos anos de 1960, surgiu nos Estados Unidos um movimento de retomada dos métodos de resolução extrajudiciais de conflitos, dentre os quais se encontrava a mediação, incentivado pela crise do Estado Social e do acesso à Justiça e a demanda popular na participação da formulação do Direito.²²⁷

Ainda durante os anos de 1990, “[...] mesmo com o crescente número de recursos e aparelhos de comunicação, os indivíduos estavam cada vez mais distantes uns dos outros havendo, por isso, a necessidade de um intermediário formador do diálogo”.²²⁸

Em decorrência desses fatores, François Six difundiu o método da mediação pela Europa como uma promessa para o tratamento dos conflitos e para a restauração da comunicação entre seus participantes, fazendo com que passasse a compor várias cenas sociais.²²⁹

Assim, provocou mudança de paradigma paralela àquela que estabeleceu o Estado de Direito, que passou a ser legítimo, também, “[...] quando formado por

²²⁵ NALINI, José Renato. Novas perspectiva no acesso à justiça. **Revista CEJ**, Brasília, DF, n. 3, p. 63, 1997.

²²⁶ *Ibid.*, p. 63.

²²⁷ DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. **Revista Direito do Estado**, [S. l.], n. 151, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>. Acesso em: 26 jun. 2021.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ *Ibid.*

processo de entendimento entre sujeitos, distante de qualquer influência religiosa ou metafísica, baseado na autodeterminação dos indivíduos”.²³⁰

Isso porque, “[...] inserida no seio das exasperações sociais, a mediação serviria de instrumento autonomizador do sujeito”, de modo que “[...] o papel conferido ao método seria o de promover a emancipação social por meio do empoderamento do indivíduo”.²³¹

Desse modo, atualmente, a mediação se disseminado como modo de levar o acesso à Justiça para a sociedade, reavendo canais de comunicação e cidadania, por meio do diálogo estabelecido entre os participantes por via do método, que recria o direito e o legítima.²³²

Isso ocorreu porque “[...] sua construção se deu por participação e aceitação social”. Assim, de forma geral, a mediação é um método extrajudicial de resolução de conflitos “[...] que se utiliza da figura de um terceiro alheio a disputa, o mediador, como facilitador do diálogo entre os envolvidos”.²³³

Além disso, os “mediandos”, a seu turno, têm como primordial objetivo o “[...] de estabelecer a intercompreensão de suas pretensões e aproximação de seus desejos, a fim da propositura e da escolha de resolução a controvérsia pelos próprios participantes”.²³⁴

A ideiação, portanto, é de “[...] uma técnica dialógica, não adversarial, cuja proposta aos participantes é a realização de um acordo final, como conclusão do entendimento intersubjetivo de suas pretensões”, que necessita da distinção das posições aparentes dos participantes e de verdadeiros interesses.²³⁵

O entendimento da causa geradora do conflito é requisito para eficácia do acordo. Ademais, a resolução da controvérsia no fator original do problema contribui para a pacificação social, com vistas a evitar o nascimento de outros conflitos na mesma relação social.²³⁶

²³⁰ DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. **Revista Direito do Estado**, [S. l.], n. 151, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>. Acesso em: 26 jun. 2021.

²³¹ *Ibid.*

²³² *Ibid.*

²³³ *Ibid.*

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ *Ibid.*

Por se basear na perspectiva do diálogo entre as partes em conflito, mediado por um terceiro imparcial, é que esse específico método de resolução de impasses e litígios se demonstrou revolucionário, mesmo em relação aos demais instrumentos autocompositivos.

Um dos principais aspectos da crise de litigiosidade enfrentada pelo Judiciário atual é o excesso de processos acumulados pendentes de julgamento e até mesmo sem movimentação constante, assim permanecendo, durante vários meses, anos, ou, até mesmo, décadas.

Para Esther Yagodnik, Giselle Marques e Juliana Torres, a busca pelo Estado Social resultou “[...] em uma inflação legislativa, com a sanção em excesso de normas, de caráter mais imperativo do que diretivo, denotando o monopólio estatal da administração das próprias relações sociais”.²³⁷

Esse contexto foi acompanhado pelo fortalecimento do Judiciário como “[...] garantidor das liberdades dos cidadãos, e uma massificação da sociedade que postula essas liberdades, contribuindo ainda mais para a manutenção do Estado como poder interventivo e regulador”.²³⁸

Note-se, entretanto, que a missão atribuída ao Judiciário não foi cumprida de maneira satisfatória, haja vista a evidente crise pela qual passa a jurisdição brasileira, incapaz de lidar com a gigantesca litigiosidade que se lhe expressa há várias décadas.

Na esteira desse raciocínio, conforme José Luis Bolzan de Moraes, é de se elaborar um quadro sobre a transformação da tutela jurídica na sociedade. Ocorre que essa “evolução” “[...] não se estabeleceu necessariamente nesta sequência clara e lógica como aparenta, afinal, a história humana não é retilínea”.²³⁹

Ao contrário, “[...] é contraditória, com avanços, estagnações e, às vezes, até retrocessos”, pois os institutos utilizados pelas civilizações antigas, a exemplo da mediação, no devir histórico, foram substituídos por outros, considerados mais justos e eficazes.²⁴⁰

²³⁷ YAGODNIK, Esther Benayon; MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub; TORRES, Juliana Barbosa. Alternativa ao método assistencialista tradicional de resolução de conflitos na contemporaneidade: mediação extrajudicial desenvolvida no núcleo de prática jurídica. *In*: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 37, 2013. **Anais ...** São Paulo: ANPOCS, 2013. p. 4.

²³⁸ *Ibid.*, p. 4.

²³⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 118.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 119.

Hoje, entretanto, “[...] estão sendo retomados com o objetivo de atacar a debatida crise da administração da justiça, pelos mais variados motivos”²⁴¹, especialmente, contudo, em decorrência das pressões sociais por mais eficiência e, em especial, rapidez na solução dos litígios.

Ocorre que o simples fato de que não é dado ao Judiciário extirpar o conflito, em decorrência de configurar um fenômeno intrínseco à própria sociedade, prejudica a possibilidade de se solucionar as referidas crises por intermédio dos rituais judiciários usuais.

Desse modo, para Morton Deutsch, o conflito é solucionável de maneira produtiva pelo estabelecimento de instituições ou por terceiros que regulam as rupturas. Além disso, as normas culturais unirão vencedores e perdedores, de modo que todos compartilham os valores do sistema competitivo.²⁴²

Assim, os perdedores compartilham valores que justificam seu fracasso. O conflito ocorre sempre que acontecem atividades incompatíveis, de maneira que o conflito não deve ser equiparado à concorrência, o que implica que as partes conflitantes têm objetivos opostos.²⁴³

Um conflito é destrutivo se seus participantes se sentirem insatisfeitos com seus resultados, assim como é construtivo se eles sentem que ganharam. Equaciona-se um processo construtivo de resolução de conflitos com um procedimento cooperativo eficaz de solução de problemas.²⁴⁴

Por igual modo, equaciona-se um processo destrutivo de resolução de conflitos com um procedimento competitivo. Naquele, o conflito é o problema mútuo a ser resolvido cooperativamente. Neste, porém, as partes conflitantes participam de uma competição ou lutam para determinar quem ganha e quem perde.²⁴⁵

Muitas vezes, contudo, o resultado da luta é uma perda para ambas as partes. Ocorre que, para fazer uma escolha confiante, não é necessário confiar em ninguém. Assim, a competição, dentro de uma sociedade, fornece mecanismo social

²⁴¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 120.

²⁴² DEUTSCH, Morton. Conflict resolution: theory and practice. **Political Psychology**, [S. l.], v. 4, n. 3, p. 436, 1983.

²⁴³ *Ibid.*, p. 17.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 29.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 29.

útil para selecionar os que são mais capazes de realizar as atividades competitivas.²⁴⁶

Há, todavia, “[...] processos patogênicos inerentes ao conflito competitivo”, que tendem a ampliá-lo, mas, em decorrência das consecutivas crises pelas quais passa o Estado, instalou-se um quadro de litigiosidade epidêmica, que resultou em um acúmulo de demandas sem precedentes.²⁴⁷

Demonstra-se, portanto, que o Poder Judiciário não tem estrutura para controlar a gigantesca litigiosidade, situação a fazer com que a morosidade do processo judicial aumente progressiva e duramente, de modo que é imperioso encontrar soluções adequadas para essa crise.

No contexto da mediação, é essencial que as partes em conflito se voluntariem para seu tratamento, sob pena de o processo autocompositivo se tornar algo como uma pseudo-heterocomposição, portanto, desnaturando-se e perdendo seus objetivos precípuos.

Para Fernanda Tartuce, se a autocomposição for *imposta*, há resultados perversos, sendo possível que as vítimas da má gestão do conflito precisem executar a decisão, rever os termos da avença ou mesmo desfazer a transação. A promoção de acordos a qualquer custo é criticável, pois concede azo a uma *pseudoautocomposição*.²⁴⁸

Sua ocorrência, no entanto, piora o quadro de desalento e desconfiança quanto à eficiência do sistema de justiça, em situações nas quais acordos são forjados. Nessas, a composição do litígio é meramente manifesta, pois o conflito é apenas temporariamente minado.²⁴⁹

Dessa maneira, controvérsias, decerto, surgirão ainda mais intensas, motivando a propositura de vários processos. É importante esclarecer não apenas o que é apropriado ao promover o consenso, como apontar as condutas que não são atividades consensuais.²⁵⁰

É nesse sentido que o mediador extrajudicial se torna mais importante: embora se interponha nas partes, não o faz como julgador ou administrador do

²⁴⁶ DEUTSCH, Morton. Conflict resolution: theory and practice. **Political Psychology**, [S. l.], v. 4, n. 3, p. 31-32, 1983.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 31-32.

²⁴⁸ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 6. ed. São Paulo: Método, 2020. p. 108.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 108.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 108.

processo, mas, sim, como terceiro imparcial, interessado não no sucesso do pleito, mas, sim, no próprio tratamento do conflito.

Nesse âmbito, Maria Tereza Dias assevera que a atuação do mediador é essencial na aproximação dos interesses dos participantes, pois coordena a condução do procedimento, “[...] tendo autoridade para regular o tempo de fala de cada um, a duração de cada sessão e o planejamento sequencial destas”.²⁵¹

Por isso é que seu compromisso é com a imparcialidade, para não favorecer qualquer dos participantes e resguardar a igualdade no procedimento, pois a mediação é, na essência, “[...] um procedimento autocompositivo de dimensão dialógica”.²⁵²

Na ausência de voluntariedade, não haveria abertura para o diálogo e, conseqüentemente, para a intercompreensão. Ademais, as decisões acerca do conflito serão propostas e tomadas pelos próprios envolvidos, exigindo-se mais uma vez a voluntariedade dos participantes.²⁵³

O procedimento de mediação há de ser confidencial, devendo ser conferida aos participantes segurança bastante para preservar seus relatos e do próprio processo: “[...] o sigilo possibilita aos “mediandos” a exposição real dos fatos, sem constrangimentos e receios”.²⁵⁴

Essa afirmação se justifica, pois, na ausência da requerida confidencialidade, “[...] poderiam ocorrer prejuízos aos participantes por suas declarações e documentos apresentados, caso constituíssem prova judicial uma vez frustrada a mediação”.²⁵⁵

Outra característica do método é a *informalidade*, que permite criar espaços democráticos de interlocução dos sujeitos: “[...] a linguagem do mediador deverá adequar-se a realidade social dos envolvidos para que estes se sintam confortáveis à propositura de ideias e eventuais indagações”.²⁵⁶

²⁵¹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. **Revista Direito do Estado**, [S. l.], n. 151, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>. Acesso em: 26 jun. 2021.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ *Ibid.*

O procedimento é, também, flexível, de modo que “[...] as sessões de mediação se seguirão conforme cada conflito e não serão regidas por qualquer prazo. Não há procedimento rígido com regras pré-estabelecidas”. Apesar disso, não está imune de certas formalidades.²⁵⁷

A informalidade defere a adaptação do procedimento às peculiaridades de cada caso concreto, seguindo, entretanto, uma regra geral de atos, porquanto se deve regular “[...] por critérios de razoabilidade desde a duração das sessões ao tramitar do processo”.²⁵⁸

Aos envolvidos cabe propor soluções satisfatórias a todos em relação ao conflito. O mediador atua somente como catalisador do diálogo, para que os participantes cooperem entre si e alcancem o consenso, buscando o estreitamento ou restabelecimento das relações sociais.²⁵⁹

Esses resultados ocorrem por intermédio “[...] do entendimento mútuo das pretensões dos sujeitos do conflito pela comunicação entre eles. Neste aspecto, os desejos são integrados de maneira que não haja perdedor-ganhador, mas vencedor-vencedor”.²⁶⁰

Dessa maneira, o acordo será pleno de eficácia, por ter sido constituído conforme a vontade dos participantes, pois “[...] é responsabilidade dos envolvidos a tomada da decisão, seja pelo acordo ou não”. Assim, “[...] a mediação não objetiva unicamente a realização do acordo”.²⁶¹

Referido método busca, especialmente, “[...] o entendimento intersubjetivo do conflito, reconhecendo como êxito da mediação até mesmo o processo que tenha sido concluído sem ajuste, desde que tenha perpassado pelo diálogo entre os participantes”.²⁶²

Além disso, a mediação não se dirige a “[...] desobstruir o Poder Judiciário servindo como método alternativo de resolução de controvérsias”, atuando de

²⁵⁷ DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. **Revista Direito do Estado**, [S. l.], n. 151, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>. Acesso em: 26 jun. 2021.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² *Ibid.*

maneira complementar às vias judiciais na busca por dirimir conflitos, transformando-os em consenso.²⁶³

Assim, a principal diretriz é, durante o processo, “[...] conferir aos sujeitos o poder de gerenciar e solucionar seus problemas sem imposição de um terceiro sancionador, resultando em autonomização do indivíduo”. Dá-se o fim máximo almejado pela mediação.²⁶⁴

Dirige-se, portanto, a “[...] impulsionar a emancipação social, permitindo a inclusão dos marginalizados, a promoção da democracia e da prática cidadã”²⁶⁵, contribuindo, por consequente, para a própria pacificação social, independentemente de litigiosidade do contexto no qual se encontre.

O mediador é, portanto, um agente de promoção de uma das mais relevantes dimensões do acesso à Justiça, qual seja, a possibilidade de tratamento do conflito, permitindo às partes a obtenção de um acordo que traga alívio a todos os segmentos envolvidos em um litígio.

Haja vista o fato de ser impossível a eliminação do conflito, sua heterocomposição é habilitada a determinar gigantescos prejuízos, enquanto o seu correto tratamento suscetível de reduzir a possibilidade de litígios derivados do primeiro conflito.

O ministro Cezar Peluso afirmou que, na autocomposição do conflito por intermédio da mediação, a estabilidade transpira possibilidade de certeza do Direito, que, reafirmada e assegurada pelas decisões judiciais, é capaz de não extinguir conflitos intersubjetivos e as turbulências políticas que envolvem a pólis.²⁶⁶

Nessa circunstância, racionaliza-as como condição indispensável da fidelidade da ação humana a si mesma e da sobrevivência da sociedade civilizada²⁶⁷. Ocorre que a existência de conflitos, de maneira alguma, significaria instabilidade *in legalis sensu*.

²⁶³ DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. **Revista Direito do Estado**, [S. l.], n. 151, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>. Acesso em: 26 jun. 2021.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ PELUSO, Antonio Cezar. **Discurso em ocasião de sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça**. [S. l.], 2010. Não paginado.

²⁶⁷ *Ibid.*

Por isso é que o Direito deve prover a segurança em seus diversos aspectos, apesar da *inevitável* existência dos conflitos, especialmente no contexto de um Estado Democrático de Direito. O conflito, por ser indispensável para o autogoverno, é da própria essência da democracia.

Marcello Oliveira, Mariana Pontes e Samantha Pelajo entendem que os meios consensuais são promotores da pacificação ou, caso sejam mal aplicados, causem ainda mais conflitos, dando ensejo a outras lides. Desde a perspectiva da igualdade e do respeito às diferenças, preservam-se a integridade psíquica, a intimidade e a privacidade.²⁶⁸

Devolve-se às partes a responsabilidade pela decisão das questões inerentes às suas vidas, que resulta no resgate de valores e princípios próprios, bem como no estímulo a uma atitude mais *imbuída de cidadania*. Os esforços somados na mediação proporcionariam resultados adequados, efetivos e tempestivos.²⁶⁹

Diferentemente do contencioso, no qual as partes se posicionam em polos opostos, como adversárias, na dinâmica colaborativa, a proposta deve ser identificada, conjunta, legítima e reciprocamente. Os interesses edificam as opções de solução.²⁷⁰

O fomento à mediação com base nos princípios do Estado Democrático de Direito reforça a participação popular no exercício do poder e potencializa o exercício de preceitos constitucionais, no formato de *liberdade informada* e de *responsabilidade solidária*²⁷¹.

Inserir-se na ordem constitucional, desde a dignidade humana, pois devolve às pessoas o controle sobre suas vidas, para que, livremente, superem seus conflitos sob a percepção do outro como igual e diferente²⁷², ao contrário do que ocorre no contexto das soluções jurisdicionais.

A crise do Estado é algo constante, que atravessa as diversas evoluções do conceito ao extenso dos séculos. Desde suas origens, porém, os poderes públicos

²⁶⁸ OLIVEIRA, Marcello; PONTES, Mariana Veras Lopes; PELAJO, Samantha. Regulamentação da mediação: fundamentos jurídicos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. (coord.). **Mediação de conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 299.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 292-293.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 293.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 288.

²⁷² *Ibid.*, p. 289.

se direcionam a adaptar os comportamentos das pessoas aos seus ideários jurídico-políticos, produzindo o processo civilizatório em vez de integrá-lo.

Para Walter Opello Júnior e Stephen Rosow, nas Ciências Jurídicas é frequente encontrar definições que exprimem propostas conceituais ao fenômeno “Estado”, especialmente sob a óptica de seus principais elementos constitutivos, que expressam ser de categoria unitária ou associação política de “domínio político-militar”.²⁷³

A unidade desejada pelo Estado, no entanto, não há de pretender a eliminação dos conflitos, pois a entidade estatal adentra situações litigiosas a todo tempo, seja no âmbito de seus limites, seja com os cidadãos, até mesmo nas situações em que se responsabiliza por administrar.

2.2.2 A coletivização dos conflitos e a Administração Pública

O paradigma liberal-individualista que contamina a jurisdição na atualidade vem impedindo a percepção do fato de que há situações em que, mesmo imperceptivelmente, atingem um contingente indeterminado de pessoas, ainda que não se refiram a direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos.

In hoc sensu, a ausência de meios para tratar conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos se demonstra especialmente prejudicial, porquanto essas medidas se encontram em clara consonância com o interesse público primário.

Ocorre que as atuais teorizações relacionadas à evolução do Direito administrativo dão conta de uma Administração Pública que não mais se foca no poder de império ou já não mantém relações verticalizadas em relação aos seus administrados.

Por isso, é necessário trabalhar a coletivização dos conflitos em relação à Administração Pública, no que concerne aos seus conflitos com os cidadãos, seu atual modelo consensual, sua relação com o princípio da eficiência e os usos da mediação como instrumento da gestão.

É imperioso esclarecer que os conflitos não ocorrem, necessariamente, entre pessoas físicas ou mesmo jurídicas. Aliás, especialmente no Brasil, são particularmente frequentes os litígios ocorridos entre o Estado e os seus cidadãos.

²⁷³ OPELLO JUNIOR, Walter; ROSOW, Stephen J. **The nation-state and global order: a historical introduction to contemporary politics**. 2nd ed. Londres: Lynne Rienner, 2004. p. 3.

Um dos fatores para o aumento desses embates entre Administração Pública e cidadãos se deve, em parte, à superveniência do Estado Social e todas as consequências jurídicas advindas do fenômeno, no que concerne a questões financeiras e sociológicas.

Pierre Rosanvallon afirmou que, em decorrência de serem possíveis soluções financeiras teóricas, não haveria uma verdadeira crise de financiamento do Estado-Providência. Sucede que as origens desse modelo estatal “[...] não podem ser vistas a partir de determinações econômicas”.²⁷⁴

O Estado-Providência é um agente central de redistribuição e de organização da solidariedade, funcionando como uma *interface*, substituindo “[...] o face-a-face dos indivíduos e dos grupos”. Assim, além das dificuldades financeiras, o modelo enfrenta “[...] uma resistência sociológica difusa dificilmente superável”.²⁷⁵

Esses aspectos se relacionam, especialmente, a uma série de fatores comprometedores da legitimidade do referido modelo, que aumentam o hiato entre a Administração Pública e os cidadãos, cristalizando-se a perspectiva das relações verticalizadas.

Diogo de Figueiredo Moreira aponta algumas causas para tanto, quais sejam: a passagem do subjetivismo à institucionalização do poder; a hipertrofia do Estado, notadamente após a Segunda Guerra Mundial; o distanciamento, causado pela burocracia e pela tecnocracia, entre pessoas e grupos sociais secundários.²⁷⁶

A hipertrofia marca o aparecimento do Estado concentrador e o surgimento de estamentos, como a burocracia e a tecnocracia, indica o surgimento do Estado interventivo e planejador. Ambas, entretanto, distanciam pessoas e grupos sociais secundários das decisões que lhes afetam.²⁷⁷

Além disso, a frustração com a incapacidade da democracia no que concerne a gerar bons governos, ocasiona uma reação antidemocrática, na qual padrões oligárquicos ou populistas se alternam para suprir a carência dos processos democráticos adotados.²⁷⁸

²⁷⁴ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Goiânia: UFG, 1997. p. 15-24.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 32-83.

²⁷⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 10-19.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 19.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 31.

Referido quadro, ao distanciar o Estado e as pessoas, representa um fator capaz de aumentar a litigiosidade havida entre a Administração Pública e as pessoas e grupos, especialmente naquilo que se relaciona à concretização no plano dos fatos.

Têmis Limberger e Leonardo Grison informam que, “[...] por vezes, a demanda pode ser motivada pelo descumprimento de uma política pública ou pela omissão na sua realização”, situação que envolve posições distintas no que se relaciona à prestação jurisdicional.²⁷⁹

Os direitos sociais reclamam um redirecionamento e os recursos públicos, ainda que não sejam escassos, às vezes, não são investidos da maneira constitucional ou legalmente prevista ou “[...] são equivocadamente gerenciados”.²⁸⁰

Referida situação agrava a conflituosidade entre a Administração Pública e as pessoas, não apenas naquilo que se relaciona aos direitos característicos do Estado social, como, também, naquilo que concerne a questões coletivas e organizacionais.

Para Dominko Barillaro, os conflitos acontecem entre pessoas, grupos, organizações e coletividades, entre pessoas e organizações, grupos e coletividades, organizações e coletividades, em diversos níveis nos quais estão situados os conflitos e seus diversos tipos.²⁸¹

Assim, seria possível centrar a atenção sobre os conflitos de classes, conflitos internacionais etc. Compreendem-se e analisam-se os objetivos dos conflitos desde um conhecimento mais profundo de uma sociedade concreta na qual os vários conflitos emergem e se manifestam.²⁸²

A distinção habitual entre conflitos que têm objetivos de mudanças no sistema e os que propõem mudanças no sistema não basta, de maneira que o conflito é uma das modalidades de interação de pessoas, grupos, organizações e coletividades, em oposta à cooperação.²⁸³

Qualquer grupo é passível de ser definido de acordo com as modalidades de conflito e cooperação entre dos agentes que nela surgem. Nada impede a

²⁷⁹ LIMBERGER, Têmis; GRISON, Leonardo. Políticas públicas e direito à saúde: a necessidade de critérios hermenêuticos para a intervenção judicial. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 2. p. 309, maio/ago. 2010.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 309-312.

²⁸¹ BARILLARO, Dominko. Conflito. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2001. p. 226.

²⁸² *Ibid.*, p. 226.

²⁸³ *Ibid.*, p. 225.

ocorrência de mudanças nem tentativas destas no sistema, que reforçam e melhoram esse sistema que se procura destruir, derrubar ou transformar²⁸⁴.

Dessa maneira, o conflito não deve ser considerado como uma situação antijurídica, nem mesmo algo a ser eliminado, mas, sim, deve ser tratado pelo Estado, por intermédio dos mecanismos que se demonstrem mais eficientes, cumprindo, assim, a principiologia constitucional relacionada.

Conforme Gustavo Binbenojm, a noção de interesse público é fluida, ocasionando a dificuldade de sopesar se seu atendimento equivale à preservação de direitos fundamentais, impondo-se à Administração Pública o dever de ponderar os interesses em jogo, sendo necessário buscar sua concretização ótima.²⁸⁵

A ideia de consensualidade permeia cada vez mais as relações entre administrados e Administração, paradigma notório entre o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais, tornando necessária a formação de uma estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais.²⁸⁶

Essa situação tornaria inviável a determinação, a priori, de uma eventual regra de supremacia absoluta e indispensável dos interesses coletivos sobre os individuais ou, conforme as elaborações mais comumente utilizadas, dos interesses públicos sobre os privados.²⁸⁷

Seria possível, inclusive, identificar um momento de quebra durante a história do constitucionalismo brasileiro, no qual a persecução do interesse público deixou de ser monopólio do Estado para se tornar algo difuso, que seja tanto aferido quanto perseguido, também, pelo cidadão.

Almiro do Couto e Silva informa quanto à história das relações entre cidadãos e Estado no Brasil. As Constituições de 1934 e de 1946 iniciaram um processo de *democratização da defesa do interesse público*, superando a possibilidade de sua defesa de maneira exclusivamente indireta ou reflexa.²⁸⁸

Não se permitia ao cidadão recorrer ao Judiciário para, invocando interesse legítimo, reclamar contra agressão ao interesse público. Com a inserção do instituto

²⁸⁴ BARILLARO, Dominko. Conflito. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2001. p. 226.

²⁸⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 20.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 20-31.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 31.

²⁸⁸ SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 60, jul./set. 1997.

da ação popular nas Constituições de 1934 e de 1946, o Estado passou a não ser o exclusivo defensor do interesse público.²⁸⁹

A própria Constituição retirou do Estado o monopólio conceitual e operativo do interesse público, passando a compartilhá-lo com os cidadãos, transformando-o de fonte de legitimação da atuação estatal em um paradigma possibilitador do controle da atividade administrativa pelos cidadãos.

Desta maneira é que, de acordo com Daniel Wunder Hachem, ainda que aparentemente paradoxal, o interesse público se volta tanto a legitimar quanto a limitar o exercício do poder²⁹⁰, sendo fonte de conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos.

As situações nas quais esses conflitos ocorrem, especialmente quanto à atuação da Administração Pública, são as mais diversas, envolvendo uma infinidade de temáticas, inclusive, determinando que várias pessoas se encontrem simultaneamente envolvidas.

Note-se o exemplo do art. 10 da Lei n. 13.465 de 2017²⁹¹, sobre a Regularização Fundiária, que, para Ivan Castanheiro, determina a necessidade de observação pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, da resolução extrajudicial de conflitos, reforçando a consensualidade e a cooperação entre Estado e sociedade.²⁹²

Nesses casos, comunidades urbanas inteiras, compostas por inúmeros sujeitos, são suscetíveis de entrar em conflito direto com a Administração Pública em prol da obtenção da efetiva regularização fundiária urbana. É indispensável, assim, tentar a autocomposição.

Na conceição de Melo e Fonseca, é importante rebater a afirmação acerca de um aparente confronto entre a mediação e a indisponibilidade do interesse público,

²⁸⁹ SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 60, jul./set. 1997.

²⁹⁰ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **A&C: revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, ano 11, n. 44, p. 62, abr./jun. 2011.

²⁹¹ BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 7 ago. 2021.

²⁹² CASTANHEIRO, Ivan Carneiro; OLIVEIRA, Andreia Mara. A regularização fundiária de condomínios e ranchos de lazer. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 jan. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-15/mp-debate-regularizacao-fundiaria-condominios-ranchos-lazer>. Acesso em: 7 ago. 2021.

que, do mesmo jeito que o princípio da legalidade, “[...] deve ser analisado de acordo com o constitucionalismo contemporâneo e sua filtragem do ordenamento jurídico”.²⁹³

Conquanto sejam bens e direitos públicos, a atual conjuntura demanda uma atuação mais proativa da Administração Pública, “[...] em conformidade com o plexo de direitos e obrigações que devem ser observados pelo Estado e também pelos administrados”.²⁹⁴

Assim, a indisponibilidade do interesse público deve ser relacionada à dignidade da pessoa humana, de maneira que, além da prevalência do interesse público primário, “[...] também devem ser protegidos os direitos individuais conquistados pela população”.²⁹⁵

De efeito, a reinterpretação do conceito de interesse público no sentido da possibilidade de emprego da mediação na resolução de conflitos envolvendo o Poder Público depende de sua compreensão em paralelo à Constituição de 1988, notadamente à dignidade humana.

O Estado contemporâneo não mais se limita a editar normas gerais e abstratas e hierarquizáveis. Passou a admitir a possibilidade de negociar o melhor modo de realizar, no caso concreto, o interesse público, abrindo espaço para a edição de normas mais adequadas a tanto, que devem ser revestidas de legitimação concreta.

Diogo Moreira Neto informa que, atualmente, se permite o uso dos modernos instrumentos de publicidade, visibilidade e participação. Em razão da quebra desse *absolutismo jurídico* da lei, eclode com força e viço a ideia de que, na pluralidade do ordenamento jurídico, apoia-se a vitalidade do direito e da democracia.²⁹⁶

As vantagens da composição administrativa consensual de conflitos “[...] são sobejamente conhecidas, mas a sua importância sociopolítica, enquanto via de fomento do civismo, de aperfeiçoamento da participação cívica e de agilização das relações socioeconômicas, deve ser destacada”.²⁹⁷

²⁹³ MELLO, Joao Augusto Dos Anjos Bandeira de; FONSÊCA, Rafael Sousa. O mecanismo da autocomposição como alternativa para solução de controvérsias na seara administrativa. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 2, n. 1, p. 136-151, jan.-jun., 2016, p. 144.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 144-145.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 145.

²⁹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 40.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 345.

Assim, “[...] as convicções ideologizadas pelo tempo e pela inércia, a objeção central se prendia à interpretação do princípio da indisponibilidade do interesse público” restam tecnicamente afastadas, afirmação proscria a todos os instrumentos do gênero, como conciliação, mediação, arbitragem e ajustes de conduta.²⁹⁸

Diferentemente do que se aceite, “[...] em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, jamais se cogita de negociar o interesse público, mas de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência”.²⁹⁹

Coexiste com o interesse público deduzido no conflito o interesse público não menos importante de compô-lo, retomando-se, assim, “[...] a normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa, é indubitavelmente da maior importância, tanto na esfera social como na econômica”.³⁰⁰

Justificam-se, assim, os “[...] modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, que não aqueles que deveriam ser unilateralmente aplicados pelo Poder Público”, pois nem sempre o interesse público deve preponderar absolutamente em uma relação³⁰¹, pois “[...] outros interesses constitucionalmente protegidos poderão nela concorrer, o que exige soluções ponderadas”. Não bastasse, é impossível alegar que a imparcialidade requerida da administração pública, “[...] não se harmonizaria com o emprego de soluções ponderadas”.³⁰²

Constitui engano corrente, pois imparcialidade não é neutralidade, de modo que os valores do Direito não só podem como devem ser aplicados na solução de conflitos, nada impedindo que o Poder Público assuma, imparcialmente, “[...] as funções conciliatórias, mediadoras ou arbitrais”.³⁰³

Ocorre que, conforme Romeu Bacellar Filho, o predomínio da autoridade no Direito Administrativo provocou o ostracismo da expressão *negócio* do vocabulário administrativo, fazendo com que a imperatividade característica do ato administrativo passasse a corresponder à *sacralização do poder estatal*.³⁰⁴

²⁹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 345.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 345-346.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 346.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 346.

³⁰² *Ibid.*, p. 346-347.

³⁰³ *Ibid.*, p. 347.

³⁰⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum. 2007. p. 192.

Dificulta-se o entendimento de uma Administração inserida em um panorama de bilateralidade e consenso, mas nem mesmo a autonomia privada ou a liberdade de contratar são direitos patrimoniais absolutos, pois os valores constitucionais penetram as relações privadas diretamente ou sob cláusulas gerais.³⁰⁵

Além disso, o princípio constitucional da função social da propriedade foi incorporado pelo Código Civil na disciplina contratual por meio da fórmula da função social do contrato, de modo que a Administração Pública é capaz de celebrar acordos e transacionar para evitar litígios despropositados e prejudiciais às suas atividades.³⁰⁶

Assim, a superação do Estado autoritário por outro paradigma faz com que a Administração precise refletir o interesse público de maneira similar, ou seja, dirigido à pacificação social que se exprime em prol da materialização da própria eficiência.

Conforme Ana de Paiva, essa *nova Administração Pública* sustenta a relação dicotômica entre política e administração, aderindo à dinâmica administrativa que reproduz a lógica centralizadora das relações de poder, restringindo o acesso dos cidadãos ao processo decisório.³⁰⁷

Adere, portanto, a uma lógica que, apesar de ser economicista, não há de se desvencilhar dos princípios e objetivos da República, especialmente no que se relaciona à dignidade humana e aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

A concretização da eficiência como princípio da Administração Pública não passa necessariamente pela total eficiência ou, sequer, pelo produtivismo que hoje caracteriza o Poder Judiciário brasileiro, devendo se preocupar, sim, com a concretização de direitos fundamentais.

Para Diogo Moreira Neto, essa concretização não deveria ser ditada por simpatias políticas ou inclinações emocionais, mas, sim, por meio da convicção de que o Direito Administrativo se relaciona à preservação da liberdade, à realização de direitos fundamentais e à facilitação do desenvolvimento econômico e social.³⁰⁸

³⁰⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum. 2007. p. 192-193.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 193.

³⁰⁷ PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma nova gestão pública**. São Paulo: FGV, 2005. p. 23.

³⁰⁸ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 121-122.

A Administração Pública, *in hoc sensu*, não deve se pautar, exclusivamente, pela resolução judicial de seus litígios, especialmente aqueles nos quais a parte oposta é um cidadão, devendo, portanto, abrir-se às possibilidades conciliatórias.

Leonardo Rezende e Mônia Paiva compreendem que a Administração Pública deve se convencer da importância da adoção de métodos alternativos de solução de controvérsias, implantando a rotina de autocomposição e contribuindo para melhorar o serviço público e o ambiente de trabalho dos servidores.³⁰⁹

Demais disso, ocasiona uma “[...] mudança de paradigma que vem sendo defendida pela doutrina e implantada paulatinamente pelo ordenamento jurídico pátrio”³¹⁰, possibilitada, inclusive, pela própria legislação processual e pelas normatizações administrativas.

A relação entre a mediação e a concretização do princípio da eficiência se tornou evidente até mesmo para o legislador que, por sua vez, tratou de formular diplomas jurídico-processuais e administrativos especificamente para sua regulamentação.

Nesse sentido, conforme Odete Medauar, a atividade de consenso-negociação entre Poder Público e cidadãos assume papel importante na identificação de interesses públicos e privados tutelados pela Administração, reduzindo-se a discricionariedade e atenuando-se a imposição unilateral e autoritária.³¹¹

De tal modo, a Administração pende para a coletividade, passando a melhor conhecer problemas e aspirações da sociedade, de maneira que a Administração passa a mediar, dirimir e compor conflitos de interesses, produzindo-se outro modo de agir baseado na atuação administrativa aberta à colaboração das pessoas.³¹²

A administração se volta para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações sociais e a aceitar as atividades de mediação direcionadas a dirimir e compor os conflitos de interesses entre diversas partes ou entre elas e a Administração.³¹³

³⁰⁹ REZENDE, Leonardo Pereira; PAIVA, Mônia Aparecida de Araújo. Setor público deve adotar métodos alternativos de solução de controvérsias. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 jul. 2017. Disponível em: encurtador.com.br/auzAF. Acesso em: 7 ago. 2021.

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 78.

³¹² *Ibid.*, p. 78.

³¹³ *Ibid.*, p. 78-211.

Dessa situação é que decorre uma distinta modalidade de agir, não mais centrada sobre um ato como um instrumento exclusivo de definição e de atendimento do interesse público, mas, sim, como uma atividade aberta à colaboração, passando a importar o momento do consenso e da participação.³¹⁴

Esse modelo de Administração Pública, dirigido ao consenso como confirmação da própria democracia, deve superar o autoritarismo de outrora, dirigindo-se, isto sim, à concretização de seus princípios regentes, assim como dos demais direitos fundamentais.

O atual paradigma da Administração Pública, ao permitir, de maneira clara, a concretização de uma perspectiva negocial entre o Estado e os cidadãos, converte os métodos de resolução pacífica de conflitos em verdadeiros instrumentos da gestão.

Consoante pensa Alexandre Aragão, o ordenamento jurídico permite aos sujeitos o estabelecimento de vínculos e obrigações derivadas de acordos de vontades, de modo que não é adequado sustentar que a faculdade negocial jusgenética deixe de existir *tout court* se uma das partes for o Estado.³¹⁵

Esse tipo de acordo, aliás, pressupõe adesão voluntária dos cidadãos, de modo que não haveria invasão da esfera jurídica individual. No mesmo sentido, não há motivo para retirar do Estado o acordo de vontades como instrumento dirigido a realizar interesses públicos.³¹⁶

Desse modo, o que importa na aferição da existência ou não de condicionamentos jurídicos comprometedores da voluntariedade do acordo é a preexistência de um direito ou interesse legítimo que somente seja exercido por intermédio daquele acordo.³¹⁷

Os pressupostos dos acordos formulados por intermédio dos procedimentos heterocompositivos devem seguir não apenas procedimentos próprios, como, também, um planejamento que leve em conta fatores jurídicos, econômicos e sociais, dentre vários outros.

³¹⁴ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 211.

³¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 42 n. 167, p. 297, jul./set., 2005.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 303.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 303.

Conforme Diogo Moreira Neto, os posicionamentos administrativos consensuais indicam a busca por soluções negociadas, mediante as quais a consensualidade ameniza dificuldades, aumenta benefícios e minimiza inconveniências. A aceitação de ideias e propostas livremente discutidas reforça o cumprimento das decisões tomadas.³¹⁸

Assim, o Estado passa a substituir, progressivamente, a imperatividade pela consensualidade na condução da sociedade, de modo que esse paradigma garantirá a eficácia plena de sua governança pública e, conseqüentemente, da governança privada, em todos os setores.³¹⁹

Esta é, por conseguinte, uma maneira de se conseguir que os paradigmas do Estado negocial sejam concretizados, sem que seja necessário descurar dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, especificamente da eficiência e da supremacia do interesse público.

Expressa Meire Coelho a ideia de que, na qualidade de instrumento da gestão, a mediação contribui para a elaboração de ações e metas para fortalecer processos de pacificação social, fixando a consensualidade como missão comum os órgãos, em uma tendência de fortalecer o atendimento aos cidadãos.³²⁰

Constitui a finalidade última do Estado, de maneira que se faz imperioso notar que os órgãos e instituições públicas existem e se estruturam por *pessoas*, malgrado estarem imbuídos dos atributos da gestão caracterizados pela impessoalidade e pela eficiência.³²¹

Apesar disso, carregam para esses ambientes toda a sua história e sua composição subjetiva, mas eles é que conduzem a instalação do conflito e, conseqüentemente, sua solução. Impende, assim, analisar o procedimento de solução dos conflitos, demonstrando a utilidade e a promessa da mediação.³²²

De tal modo, a reinterpretação do conceito de interesse público em direção à mediação de conflitos envolvendo o Poder Público permite relativizar a própria

³¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 142-143.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 143.

³²⁰ COELHO. Meire Lúcia Monteiro Mota; LÚCIO, Magda de Lima. A advocacia pública federal nas metas do centenário: a mediação como instrumento de gestão. **Revista de Direito dos Advogados da União**, Brasília, DF, v. 9, n. 9, p. 13, out. 2010.

³²¹ *Ibid.*, p. 13-20.

³²² *Ibid.*, p. 20.

indisponibilidade, inclusive no que se relaciona aos poderes-deveres da Administração.

Conforme Silva, as prerrogativas públicas e os poderes de autoridade são instrumentais, servindo para assegurar a realização do interesse público. Assim, sua relativização contribui para aumentar seu alcance, devendo o ordenamento jurídico privilegiar hipóteses e meios para que a Administração Pública encontre soluções consensuais.³²³

A Administração, portanto, relativiza as prerrogativas públicas de maneira a possibilitar a composição harmoniosa de uma situação conflitiva. Assim, o exercício de poderes de autoridade e de prerrogativas públicas é suspenso se tal medida constituir uma modalidade de realização do interesse público.³²⁴

Demonstra-se, portanto, que a mediação contribui para a Administração Pública, especialmente sob seu aspecto gerencial, concretizando-se, no processo, um incremento nas possibilidades de concretização de um direito à boa Administração Pública.

2.2.3 A mediação na Administração Pública e a equidade

Transpondo os princípios específicos do regime jurídico administrativo, embasados, especialmente, sobre a supremacia e a indisponibilidade do interesse público e a legalidade, a Administração Pública deve se preocupar com um amplo espectro de direitos fundamentais.

Estes, no limite, dirigem-se à concretização fática da ideia de equidade, como justiça aplicável ao caso concreto, fortemente embasada sobre a igualdade, cuja materialização é expressamente demandada pelo Texto Constitucional em diversos pontos.

Por isso é que a aplicação do procedimento de mediação aos conflitos firmados entre a Administração Pública e os seus administrados é capaz de contribuir para essa concretização no plano dos fatos, notadamente desde a perspectiva de verticalização das relações administrativas.

³²³ SILVA, Clarissa Sampaio. A consensualidade administrativa e a elaboração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas no âmbito do Sistema Único de Saúde. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 2, n. 2, p. 1-20, jul.-dez., 2016, p. 4.

³²⁴ *Ibid.*, p. 4-5.

Com efeito, é necessário estudar as relações entre a Administração Pública participativa e a equidade, da perspectiva do direito à boa administração pública, e seu atingimento desde a mediação, sob uma perspectiva dialética.

De acordo com Silva, a Administração Pública deve realizar ações para a melhoria da qualidade de vida das pessoas, de maneira que a atual doutrina do Direito Administrativo defende a necessidade de se reformular a relação entre os cidadãos e o Estado, para que seja garantida a participação dos primeiros nos processos decisórios.³²⁵

Um dos alicerces dessa mudança de paradigma é a *boa administração*, ao estabelecer que a eficiência é um elemento integrador dessa noção, de modo que a Administração Pública deve utilizar todos os instrumentos disponíveis para uma prestação eficiente, que garanta os direitos fundamentais.³²⁶

Em decorrência, a reinterpretação do conceito de interesse público não bastaria para que se tornasse possível a utilização da mediação em conflitos relacionados à Administração Pública, haja vista a necessidade de permissão e regulamentação infraconstitucional.

Por conformar o principal usuário do Judiciário, a Administração Pública deveria se submeter de maneira destacada aos procedimentos de mediação, pois de pouco adiantariam esses procedimentos para se diminuir o acúmulo de processos se ao Poder Público não for possível acelerar o tratamento de suas demandas.

Juarez Freitas observa a existência de um direito *fundamental* a uma administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, transparente, imparcial, que atue mediante motivação e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por ação ou omissão.³²⁷

Ocorre que a esse direito corresponde um dever de a Administração Pública observar, “[...] nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades”³²⁸, agindo no sentido de sua concretização, inclusive, quanto à eficiência.

³²⁵ SILVA, Renata Fabiana Santos. Mediación administrativa como vía de acceso a la buena administración. **III Foro Internacional de Mediadores Profesionales**. Sevilla: Escuela Sevillana de Mediación, 2020, n.p.

³²⁶ *Ibid.*, n.p.

³²⁷ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 21.

³²⁸ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 21.

Nesse mesmo sentido, faz-se necessária uma readequação dos princípios e regras componentes do Regime Jurídico Administrativo, especificamente para permitir a mediação entre o Poder Público e os administrados, promovendo-se o desafogamento da Jurisdição e um conseqüente aumento da celeridade processual.

Conforme Adilson Dallari, o acréscimo da eficiência ao art. 37 da Constituição não foi por acaso, pois já estava implícito, mas sua explicitação pretendeu demonstrar sua importância, pois é preciso considerar que o formalismo meramente burocrático, na realização do interesse público, deve ceder perante a eficiência.³²⁹

Assim, é preciso superar as concepções puramente burocráticas ou meramente formalísticas, enfatizando-se o exame da legitimidade, da economicidade e da razoabilidade em benefício da eficiência, pois “[...] não basta ao administrador demonstrar que agiu bem, em estrita conformidade com a lei”.³³⁰

A legalidade que dele é demandada não se confunde com a estrita legalidade, pois “[...] cabe a ele evidenciar que caminhou no sentido da obtenção dos melhores resultados”³³¹, sem, entretanto, descuidar da concretização dos princípios da Administração Pública.

Esse modelo, portanto, dirige-se à gestão preocupada com paradigmas econômicos, corolários da eficiência, e, simultaneamente, dirigida aos princípios e às determinações constitucionais e também legais componentes do regime jurídico administrativo.

Para Diogo Moreira Neto, a *administração concertada* designa novos modelos de ação administrativa, caracterizada pela atividade consensual e negociada, que passou a ser empregada tanto para o desempenho da Administração como para a solução de conflitos, que, por sua vez, inviabilizam o atendimento do interesse público.³³²

O interesse na solução de conflitos e a retomada da normalidade nas relações administrativas são econômica e socialmente relevantes. Justifica-se a

³²⁹ DALLARI, Adilson de Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 219.

³³⁰ *Ibid.*, p. 219.

³³¹ *Ibid.*, p. 219.

³³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, p. 146-154, jan./mar., 2013.

tentativa de se encontrar alternativas de se atender o interesse público que, porém, não devem ser unilateralmente aplicadas pelo Poder Público.³³³

A gestão administrativa consensual, portanto, demonstra-se capaz de se tornar um modelo aprimorado em relação àquele autoritarismo de outrora, aproximando-se das demandas da população, coletivas e individuais, em detrimento do comportamento verticalizado ora expresso.

As vantagens que se exibem quanto à aproximação entre a Administração Pública e os cidadãos se encontram *pari passu* com a evolução do princípio do Estado Democrático de Direito, que não deve conviver com autoritarismos exacerbados ou injustificados.

João Moreira entende ser essa a razão pela qual a Administração Pública e o Direito administrativo “[...] caminham da rigidez autoritária para a flexibilização democrática”³³⁴, no sentido da participação direta dos cidadãos na gestão pública, no panorama de uma relação mais horizontal do que vertical.

Nesse mesmo quadro é que se destacam as infinitas possibilidades de aprimoramento dos instrumentos de autocomposição de conflitos, que devem recuperar pacificamente os litígios que eventualmente surjam entre o Estado e os cidadãos.

Maurício Tonin entende que, se o conflito entre os cidadãos e a Administração versar sobre matéria passível de solução entre as partes e for eminentemente patrimonial, e se ele disser respeito a matéria solucionável diretamente entre as partes por meio de autocomposição, sobram direitos disponíveis.³³⁵

Nos referidos casos, haveria direito patrimonial efetivamente disponível da Administração se fosse litígio relacionado a um bem dominical, suscetível de

³³³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, p.154, jan./mar., 2013.

³³⁴ MOREIRA, João Batista Gomes. Nova concepção do princípio da Legalidade no controle da Administração Pública. *In*: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (org.). **Direito público moderno: homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 65.

³³⁵ TONIN, Maurício Morais. **Razões para o Poder Público utilizar meios alternativos de solução de controvérsias**. São Paulo, 18 fev. 2020. Disponível em: <https://arbitranet.com.br/blog/por-que-o-poder-publico-deve-utilizar-meios-alternativos-de-solucao-de-controversias/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

valoração econômica, e que, por sua vez, seja livremente negociado por seus titulares.³³⁶

Ao contrário, “[...] se houver, no caso concreto, previsão legal acerca da afetação do bem ou inalienabilidade do bem ou direito por parte da Administração, tal bem ou direito não poderá constituir-se em objeto de acordo ou contrato administrativo que visem à sua disposição”.³³⁷

Nessa contextura, o emprego da mediação posiciona a Administração Pública na *consensualidade*, “[...] estabelecendo uma comunicação eficaz, em um debate frutífero acerca da controvérsia, buscando a solução do impasse; resgatando a comunicação entre os cidadãos”.³³⁸

Colabora, portanto, “[...] para a remição da admiração da população pelo Poder Judiciário”, ante o fato de que a participação popular possibilita aos cidadãos envolver-se no gerenciamento e na gestão da coisa pública e na administração da justiça como instrumento de inclusão social.³³⁹

Em decorrência, conseguiria alcançar a ansiada pacificação social, evitando novos litígios, de modo que a Administração Pública precisa definir uma estratégia para utilizar os meios consensuais de solução de conflitos, por meio da avaliação jurídica nas ações judiciais e petições administrativas.³⁴⁰

Esta deve concernir, especialmente, “[...] aos argumentos fáticos e jurídicos invocados por cada interessado que esteja pleiteando algum direito ou questionando ato do Poder Público”, de maneira que a negociação precisa ser utilizada como estratégia de proteção dos interesses da Administração Pública.³⁴¹

Estes devem ser combinados “[...] com o compromisso de realização do interesse público, que, por vezes, implica na observância do interesse subjetivo dos cidadãos”³⁴². Ocorre que não há situação ofensiva ao denominado interesse público primário.

³³⁶ TONIN, Maurício Morais. **Razões para o Poder Público utilizar meios alternativos de solução de controvérsias**. São Paulo, 18 fev. 2020. Disponível em: <https://arbitranet.com.br/blog/por-que-o-poder-publico-deve-utilizar-meios-alternativos-de-solucao-de-controversias/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² *Ibid.*

É corriqueira a coincidência entre os interesses da Administração Pública e dos cidadãos, especialmente no que se relaciona ao tratamento de conflitos patrimoniais, cuja cobrança judicial representa quase sempre despesas desproporcionais ao que efetivamente se pretende obter.

A possibilidade de aplicação dos métodos de autocomposição aos litígios entre a Administração Pública e os cidadãos corrobora, de forma direta, a equidade e, conseqüentemente, a própria justiça no caso concreto, devendo se estender a todos os cidadãos.

Carlos Simões observa certa tensão entre *igualdade* como princípio geral e *equidade*, como acesso diferencial ao Direito e à Justiça, que, por sua vez, não pretende gerar desigualdades, mas, sim, “[...] romper com privilégios em defesa da democratização de toda a sociedade”.³⁴³

Esta, a seu turno, demonstra-se indispensável à realização da justiça material, pois a igualdade dos cidadãos diante da lei “[...] passou a ser confrontada com a desigualdade da lei perante os cidadãos”, situação que se transformou em um vasto campo de análise sociológica e inovação social.³⁴⁴

Nessa circunstância, passou a se centrar “[...] na questão do acesso diferencial ao direito e à justiça por parte das diferentes classes e estratos sociais”³⁴⁵. Assim, a concretização da isonomia, conforme demanda a Constituição de 1988, não prescinde do fornecimento de oportunidades igualitárias a todos os cidadãos.

Essa perspectiva, inclusive, fornece um parâmetro de motivação para a atividade administrativa conciliatória, sendo capaz, assim, de restringir a margem de discricionariedade do administrador, cumprindo, nesse sentido, uma série de determinações constitucionais.

Na conceição de Márcia Amaral, qualquer transação com o Poder Público pressupõe a existência de um espaço de conformação que a lei outorga ao administrador, também denominado discricionariedade, para valorar, concretamente, as medidas necessárias para a proteção do interesse público.³⁴⁶

Assim, “[...] transacionar não importa abrir mão do interesse público”, pois a transação permite a concretização do interesse público sem excluir a participação

³⁴³ SIMÕES, Carlos. **Curso de direito do serviço social**. São Paulo: Cortez, 2007. v. 3, p. 67.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 67-68.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 68.

³⁴⁶ AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O direito de acesso à justiça e a mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 18.

dos cidadãos interessados na solução da contenda, mas a expansão do Judiciário equivale à infusão da tomada dos procedimentos judiciais nas arenas políticas.³⁴⁷

Desse modo, “[...] a judicialização da política deveria significar normalmente a expansão do limite dos tribunais ou dos juízes ao custo dos políticos e dos administradores, isto é, a transferência dos direitos de tomada de decisão judicial do legislativo ou dos servidores civis para os tribunais”.³⁴⁸

A possibilidade de a Administração Pública se utilizar de mecanismos autocompositivos em relação às suas contendas referentes aos cidadãos deve ser compreendida sob uma perspectiva dialética, porquanto não é benéfica apenas para a pessoa que firma determinado acordo.

Faz-se imperioso encarar os fatos desde a perspectiva de sua totalidade, apreendendo-se, nesse mesmo sentido, os respectivos determinantes sócio-históricos que se encontram em permanente movimento, pois a realidade é necessariamente tensa e contraditória.³⁴⁹

Dessa maneira, utilizando-se a metodologia dialética, um problema de um agrupamento ou de uma pessoa passa a ser compreendido como pertencente a várias outras ou grupos, de modo que aquela situação única, antes singular, passa a ser mediatizada.³⁵⁰

Assim, a possibilidade de se resolver, pacífica e extrajudicialmente, um conflito, é uma situação cujos resultados reverberam na totalidade do sistema jurídico, pois abre a possibilidade de otimização das relações entre Estado e cidadãos.

Conforme Elisa Eidt, no contexto do Poder Público em juízo, é inviável discutir acerca da melhora do funcionamento do Judiciário, se não forem incluídas medidas que atinjam as demandas das quais o Estado seja parte, “[...] cujo número representa expressivo percentual dos processos que tramitam atualmente”.³⁵¹

Do mesmo modo que o acesso à Justiça se aperfeiçoa em seu significado, “[...] denotando muito mais uma solução qualificada da disputa do que a simples

³⁴⁷ AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O direito de acesso à justiça e a mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 18.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 18.

³⁴⁹ PONTES, Reinaldo Nobre. **Mediação**: categoria fundamental para o trabalho do assistente social. Brasília: UnB, 2000. p. 40-47.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 47.

³⁵¹ EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública. **RPGE**, Araraquara, v. 36, n, 75, p. 56, 2015.

interposição de uma ação”, os princípios da Administração Pública devem ser reinterpretados à luz da Constituição e dos outros direitos fundamentais.³⁵²

Em sendo assim, a ideia de uma Administração Pública que dialoga com os cidadãos - razão de ser do aparato estatal - encontra-se na redação do CPC. Sua possibilidade, entretanto, não é pressuposto, em decorrência de uma supremacia dos interesses do Estado sobre os proveitos individuais.³⁵³

Não são raras as vezes nas quais a ação ou a omissão estatal viola direitos fundamentais. Assim, a utilização, pelo Poder Público, da morosidade judicial para evitar o cumprimento de suas obrigações é atitude incompatível com a Constituição e as normas fundantes do processo civil.³⁵⁴

Por isso, a advocacia pública deve contribuir para a funcionalidade do Judiciário, não apenas no âmbito judicial, como, também, preventivamente, por intermédio de sua atividade de consultoria e, com base no CPC, das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos.³⁵⁵

Ultrapassando a contribuição com o Poder Judiciário, a advocacia pública precisa dirigir sua atenção “[...] à concretização dos direitos fundamentais e ao aperfeiçoamento das instituições democráticas do Estado de Direito, de modo a tornar melhor a relação da Administração com os cidadãos”.³⁵⁶

Nota-se, portanto, que a utilização de métodos autocompositivos deve ser encarada como uma das expectativas identificadas quando da formulação da política pública para incorporação das soluções extrajudiciais de tratamento de conflitos, sob pena de não atingir todo o seu potencial dialético.

2.2.4 O uso da mediação para resolver conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos

Malgrado as vantagens já expostas no concernente ao emprego da mediação nos conflitos entre a Administração Pública e seus administrados, faz-se necessário tratar das efetivas possibilidades de seu uso no referido contexto, bem como adequá-la à Carta Magna e à legislação infraconstitucional.

³⁵² EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública. **RPGE**, Araraquara, v. 36, n, 75, p. 56, 2015.

³⁵³ *Ibid.*, p. 56-70.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 70.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 70-71.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 71.

Essa utilização necessita se adequar à principiologia imposta à Administração Pública, especialmente à legalidade e ao interesse público, para que seja possível a preservação do princípio do Estado Democrático de Direito e, simultaneamente, da eficiência.

Impõe-se evocar o fato de que o próprio Conselho da Justiça Federal se preocupou em possibilitar a incidência desses procedimentos extrajudiciais de tratamento de conflitos sobre os conflitos travados entre a Administração Pública e os cidadãos.

Desse modo, é precioso trabalhar as possibilidades do uso da mediação para resolver conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos, desde suas especificidades, suas relações com a legalidade e os enunciados do Conselho da Justiça Federal acerca da matéria.

Considerando que a Administração Pública é o maior usuário individualmente considerado do Poder Judiciário, é evidente a necessidade de se possibilitar o uso da mediação nos conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos, contribuindo para a horizontalização dessas demandas.

Conforme Leonard Riskin, a *intervenção minimalista* restringe o mediador a um papel de *facilitador*, que reúne as partes, fornece força e controle, capacitando-as a se comunicar e negociar construtivamente, não sendo os mediadores capazes de compreender a substância ou o mérito da disputa.³⁵⁷

É apropriada às partes com poder de barganha aproximadamente igual. Já a *intervenção diretiva* permite aos mediadores intervir direta e ativamente, influenciando o conteúdo da tomada de decisão. Esta é a abordagem apropriada nos casos das disputas ambientais ou disputas familiares.³⁵⁸

O mesmo raciocínio se aplica às demandas que envolvem a Administração Pública. Assim, a mediação é a possibilidade que melhor corrobora a isonomia, pois não só aqueles com poder de barganha quanto à Administração Pública, mas, também as que dele não dispõem, recorrem à composição pacífica.

Robert Zeinemann observa que as mediações públicas, incluindo as ambientais, entretanto, são negociações de alto risco. Os resultados do consenso

³⁵⁷ RISKIN, Leonard. Decisionmaking in mediation: the new old grid and the new grid system. **Notre Dame Law Review**, v. 79, n. 1. p. 14, 2003.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 14.

frequentemente se tornam políticas públicas que afetarão milhões de pessoas, redirecionando grandes somas de dinheiro.³⁵⁹

Diferem, todavia, da maioria das negociações das disputas entre duas partes, pois a mediação permite o envolvimento mais direto dos mais afetados pelas decisões do que a maioria dos processos administrativos e legislativos, produzindo resultados mais rápidos e baratos do que o sistema judicial.³⁶⁰

Assim, a mediação tira o poder dos funcionários eleitos. Embora a maioria dos acordos políticos obtidos pela mediação exija a adoção por órgãos políticos ou agências governamentais, os *tomadores de decisão* quase sempre alcançam consensos em decisões bem mediadas.³⁶¹

A mediação pública possui algumas vantagens sobre o atual sistema político, como tirar uma questão da arena legislativa, liberando-a de ser “refém” de outras questões e objetivos de um determinado político ou partido. O consenso em uma área de assunto é suscetível de não resultar em ação por causa de outras agendas.³⁶²

Os assentamentos mediados produzem “pacotes” coerentes, que não se confundem com outras grandes demandas e mudanças nos equilíbrios de poder. Isso facilita a adoção legislativa de acordos de consenso. A mediação é capaz de acomodar disputas multipartidárias e é ideal para lidar com causas amplas de conflito social.³⁶³

A ampla participação em políticas públicas é reconhecida como um elemento essencial para o desenvolvimento sustentável e para uma administração pública eficaz³⁶⁴. Assim, sua participação nos métodos determinados extrajudiciais de composição de conflitos corrobora o princípio da legalidade.

Mais do que isso, a utilização dos referidos instrumentos é capaz de produzir a superação de conflitos políticos, permitindo que os partidários e representantes utilizem seu tempo e sua energia na atuação tendente à concretização da Constituição de 1988.

³⁵⁹ ZEINEMANN, Robert. The characterization of public sector mediation. *Environ*, [S. l.], v. 24, n. 2, p. 52, 2001.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 52.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 52.

³⁶² *Ibid.*, p. 53-54.

³⁶³ *Ibid.*, p. 54.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 54.

Malgrado corroborar a tendência à pacificação social por meio do tratamento extrajudicial dos conflitos, é necessário perceber que sua aplicação às relações litigiosas entre a Administração Pública e os cidadãos tem algumas características diversas.

Tatiana Heck entende que, para se admitir a possibilidade de tratar os conflitos administrativos pela mediação, é preciso atentar para as características do Poder Público. O servidor é legítimo para estar na mediação por sua investidura, mas o fato de alguém estar em mediação não é motivo para não atuar no procedimento.³⁶⁵

Na mediação administrativa, a imparcialidade se sobrepõe à supremacia do interesse público, de maneira que aquele atuante como mediador busca preservar o equilíbrio entre os “mediandos”, para estabelecer, com iguais oportunidades, um acordo no qual os interesses de todos sejam privilegiados.³⁶⁶

Os princípios da mediação estão elencados no CPC e no Marco Legal. Assim, a atuação das câmaras administrativas deve se pautar nos dois diplomas. Há princípios listados na legislação quanto aos “mediandos”: autonomia da vontade; busca do consenso ou consensualismo; decisão informada; isonomia; e boa-fé.³⁶⁷

Os relacionados ao mediador são independência e imparcialidade. Os atinentes ao procedimento são confidencialidade, oralidade e informalidade. Nota-se aproximação entre eles e os princípios de Direito administrativo: legalidade; impessoalidade; moralidade; publicidade; eficiência etc.³⁶⁸

Nos acordos feitos pelo Poder Público, os representantes institucionais detêm legitimidade para decidir as questões tratadas na mediação. Em consonância com as normas de Direito administrativo, deverão ser observadas regras de competência do órgão ou instituição, comparecendo como “mediandos” por designação institucional.³⁶⁹

A autocomposição, no âmbito do Direito administrativo, envolve, recorrentemente, de um lado, um ente público e, de outro, um cidadão, pessoa física

³⁶⁵ HECK, Tatiana de Marsillac Linn. Perspectivas e desafios da mediação na administração pública. **Escolas da AGU**, Brasília, DF, v. 9, n. 4, p. 297, 2017.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 305.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 295.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 295.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 298.

ou jurídica. Se for pessoa jurídica, deve ser observada a continuidade da participação dos representantes da empresa.³⁷⁰

É assegurada a participação de representantes e de pessoas com poder de decidir sobre as questões debatidas. Na mediação em matéria administrativa, aquele que representa a administração deverá buscar a satisfação da parcela do interesse público que melhor atinja o bem comum.³⁷¹

Nesse sentido, é necessário renunciar à parcela oposta ao interesse da outra parte, seja ela administração ou cidadão, desde que tal renúncia não implique anulação do bem comum, pois, na mediação, a negociação implica, necessariamente, concessões.³⁷²

No contexto da mesma ideiação, as afirmações de que o interesse público é intransponível e de que o patrimônio público é indisponível foram há muito superadas, de maneira que não é mais cabível a anterior visão estrita da indisponibilidade do interesse público.³⁷³

Isso porque, quanto ao referido conceito, observa-se uma modificação estrutural em relação aos paradigmas tradicionalmente utilizados para sua definição, tanto em abstrato quanto no que se relaciona aos casos concretos nos quais deve ser aferido.

Esclareça-se, entretanto, tratar-se, conforme exprime José Eduardo Faria, de um *conceito quase mítico*, axiologicamente assentado em sua indefinição de sentido, situação que facilita as possibilidades de sua manipulação por demagogos, populistas e tiranos, e o torna analiticamente pobre.³⁷⁴

Inclusive em consequência dessa indefinição conceitual é que ocorreu sua modificação, notadamente com a superveniência da *constitucionalização dos direitos fundamentais*, que passam a vincular o interesse público naquilo que se relaciona à sua concretização.

Para Gustavo Binenbojm, o princípio da supremacia do interesse público antes era invocado para sustentar prerrogativas da Administração no que concerne às pessoas. Estas, entretanto, não se mostram justificadas por meio de uma “regra

³⁷⁰ HECK, Tatiana de Marsillac Linn. Perspectivas e desafios da mediação na administração pública. **Escolas da AGU**, Brasília, DF, v. 9, n. 4, p. 299, 2017.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 300.

³⁷² *Ibid.*, p. 300.

³⁷³ *Ibid.*, p. 300.

³⁷⁴ FARIA, José Eduardo. Antinomias jurídicas e gestão econômica. **Lua Nova**, São Paulo, n. 25, p. 173, abr., 1992.

de prevalência apriorística e absoluta” dos interesses coletivos sobre os individuais.³⁷⁵

Divisa-se a noção de que “[...] a máxima preservação dos direitos individuais constitui porção do próprio interesse público”, por serem metas de a sociedade política tanto viabilizar o funcionamento da Administração Pública quanto promover os direitos dos cidadãos, na maior medida possível.³⁷⁶

Essa evolução do interesse público no sentido da compatibilização com os anseios individuais e, notadamente, com os direitos fundamentais, é algo essencial para que seja possível evoluir no sentido da pacificação de conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos.

Para Marianna Lara, por sua natureza, não há outro modo de mediar na esfera do Direito administrativo, assegurando isonomia às partes, ante as prerrogativas decorrentes da supremacia do interesse público, que devem ser relativizadas para assegurar o sucesso do tratamento autocompositivo de questões administrativas.³⁷⁷

Assim, mesmo que a Administração Pública tenha que seguir o princípio da legalidade, há outras normas às quais o Poder Público se submete, a exemplo da eficiência e da isonomia, cuja aplicação corrobora, evidentemente, o emprego da mediação no contexto de suas demandas.

Na concepção de Mariana Lara, a *independência* se relaciona ao fato de que o mediador deva atuar mediante liberdade, “[...] sem pressões externas ou internas, podendo conduzir o procedimento da maneira como julgar mais conveniente. A imparcialidade consiste no dever de agir sem favoritismos ou inclinações para uma ou outra parte”.³⁷⁸

A *confidencialidade* “[...] é dever de manter o sigilo de todas as informações obtidas no procedimento, salvo autorização de ambas as partes ou da ordem pública e das leis. Ainda, o mediador não pode atuar como advogado de uma das partes e nem como testemunha do caso”.³⁷⁹

³⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 125.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 125.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 304.

³⁷⁸ LARA, Mariana Alves. Os novos rumos da mediação no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 111, p. 517, jun. 2017.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 517.

Além disso, a mediação deve ser regida pelos princípios da *oralidade* e da *informalidade*, “[...] uma vez que se trata de um procedimento sem regras fixas predefinidas, podendo as partes, no exercício da autonomia da vontade, definir as próprias regras procedimentais”.³⁸⁰

Finalmente, “[...] os mediados devem tomar decisões devidamente informados das consequências e das particularidades do caso, de modo a manifestar um consentimento livre de vícios”³⁸¹, requisito especialmente relevante no contexto da Administração Pública.

Note-se que o consenso livre de vícios deve ser um pressuposto indispensável para a validade do acordo, sem o qual deve ser declarada sua nulidade, em homenagem à própria legalidade, inescapável à atuação administrativa, mesmo no âmbito consensual.

A mudança de comportamento e formulação da cultura de paz deve ser um compromisso de todos, não só dos procuradores, mas, especialmente, dos gestores, servidores e cidadãos. Deve partir do Poder Público a iniciativa de realizar as mudanças e tentar transformar no cidadão a cultura do processo judicial.³⁸²

De nada adianta a criação das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos e capacitação da advocacia pública e dos servidores em geral, se o Poder Público e os gestores não estiverem comprometidos com a pacificação social, que consiste num dos elementos essenciais da mediação.³⁸³

Esta deve, entretanto, se dirigir à própria ideia de paz e, notadamente, à sua elaboração por intermédio de um procedimento não litigioso, vinculado ao tratamento do conflito, sem, entretanto, instilar inimizades ou, muito menos, qualquer sorte de violência.

Cardozo e Cardozo informam que, no Município do Rio de Janeiro, a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde tem por finalidade promover o atendimento de partes assistidas pela Defensoria Pública do Estado e da União, que demandem

³⁸⁰ LARA, Mariana Alves. Os novos rumos da mediação no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 111, p. 517, jun. 2017.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 517.

³⁸² WILLERS, Miriane Maria. Os desafios da resolução pacífica de conflitos na administração pública municipal. In: SEMINÁRIO NACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 13., 2017, Santa Cruz do Sul; Mostra nacional de trabalhos científicos, 3., 2017, Santa Cruz do Sul. **Anais eletrônicos...** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017. p. 14. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16952>. Acesso em: 26 jun. 2021.

³⁸³ *Ibid.*

prestação de serviço do SUS, a fim de buscar solução administrativa para os pedidos e evitar o ajuizamento de ações.³⁸⁴

Demanda uma alternativa terapêutica padronizada pelo SUS caso o medicamento solicitado não esteja inserido na Relação Nacional de Medicamentos. Assim, não se trata de uma câmara de mediação como proposta pelo legislador ordinário, mas, sim, de uma câmara de resolução de litígios de saúde.³⁸⁵

Referida Câmara temática, portanto, é uma iniciativa específica, para reduzir a litigiosidade concernente à judicialização das demandas relacionadas a medicamentos no território do Estado do Rio de Janeiro, atuando de maneira preventiva em relação a tais litígios.

Lisa Schirch entende que o conceito de paz é contextual e participativo, formando-se com suporte em pessoas que se relacionam, possibilitando a união de esforços para tratar construtivamente os conflitos. Referida definição, entretanto, baseia-se, em quatro categorias.³⁸⁶

Compõe-se, portanto, da necessidade de adentrar um conflito de formato não violento, de se reduzir a violência direta, de transformar relações e finalmente, à capacitação para aproveitar recursos e prevenir violências por meio de treinamentos e atividades embasados em estruturas sustentáveis e justas.³⁸⁷

Demonstra-se, com efeito, as possibilidades de emprego da mediação no âmbito da Administração Pública, especialmente em decorrência da aplicação do princípio do Estado Democrático de Direito e da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.

Para Howard Zehr, não raro, membros da comunidade e profissionais do Direito sentem que o sistema não atende adequadamente às suas necessidades, notadamente quanto ao sentimento de que o processo judicial aprofunda chagas e conflitos sociais, não contribuindo para seu saneamento e pacificação.³⁸⁸

Apesar de a aplicação das técnicas de resolução extrajudicial de conflitos ter de se enquadrar nos princípios e regras que compõem o regime jurídico

³⁸⁴ CARDOZO, Raquel Nery; CARDOZO, Jose Carlos. A utilização dos meios alternativos a resolução de conflitos no fornecimento de medicamentos pela Administração Pública brasileira. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 2, n. 1, p. 81-99, jan.-jun., 2016, p. 95.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 95.

³⁸⁶ SCHIRCH, Lisa. **Construção estratégica de paz**. São Paulo: Palas Athena, 2019. p. 10-29.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 10-29.

³⁸⁸ ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 13-14.

administrativo, é necessário compreender que, nem sempre, a legalidade corresponde ao interesse público.

Conforme Maria Tereza Dias e Taiz Rogério, para que a mediação se insira na Administração Pública, é necessário que a ideia de que o interesse público deva ser resguardado apenas pela imposição estatal seja superada, a fim de ser factível abrir os mecanismos consensuais, assim como a própria mediação.³⁸⁹

É correto, assim, fazer referência à possibilidade de relativização do princípio da legalidade no contexto da mediação, entretanto, de modo razoável e proporcional à necessidade episódica, sem, de maneira alguma, excluir sua aplicação nos casos concretos.

Para Egon Moreira e Leila Cuélar, o princípio da legalidade derogou tal controvérsia, não mais existente no sistema jurídico brasileiro, que, hoje, prima pela solução não adversarial e não judicial de controvérsias. A mediação na esfera administrativa possibilita abandonar a verticalidade e a burocracia estatais.³⁹⁰

Remansa devidamente restabelecido o diálogo entre os envolvidos no conflito. A Lei nº 11.079, de 2004, ao versar sobre contratos em regime de parceria público-privada, prevê como cláusula do edital mecanismos privados de resolução das disputas decorrentes ou relacionadas aos contratos.³⁹¹

Quem resolve o conflito são as próprias partes, pois o mediador apenas as auxilia, quebrando as barreiras para que isso ocorra, não detendo posição de superioridade hierárquica, nem profere decisões, porém, dissipa as animosidades, estimula o diálogo e auxilia a formação do consenso.³⁹²

Essa redação acolhe todos os métodos de resolução não judicial das disputas. Essas técnicas extrajudiciais de solução de controvérsias são regras que devem ser observadas pela Administração em todos os conflitos de interesses. Desse modo, o debate sobre o cabimento ou não da mediação, conciliação e arbitragem já passou.³⁹³

³⁸⁹ DIAS, Maria Tereza Fonseca; ROGERIO, Taiz. A mediação como instrumento de eficiência e consensualidade do processo administrativo disciplinar. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 134, p. 24, 2012.

³⁹⁰ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 61, p. 126, 2018.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 124-125.

³⁹² *Ibid.*, p. 121.

³⁹³ *Ibid.*, p. 125.

Com procedência nessas premissas, a Administração Pública brasileira deixará de ser tão arrogante, excludente e unilateral, passando a conviver com aqueles a quem deve servir, corroborando, efetivamente, o interesse público, mesmo que seja necessário relativizar, ainda que de maneira razoável, a legalidade.

Exsurge, aqui, a ideia de sociedade saudável, que, de acordo com Elizabeth Elliot, deve pensar e difundir valores restaurativos nos âmbitos social e profissional, possibilitando a vivência de valores como “[...] respeito, honestidade e responsabilidade consigo mesma e com o meio ambiente”.³⁹⁴

Ocorre que a litigiosidade que caracteriza a Administração Pública, levando à propositura de uma infinidade de ações judiciais das mais variadas naturezas, fez com que o Estado se transformasse no maior litigante do País, situação evidentemente contraditória e inadequada.

Sob esse argumento, na conceição de Maria Tereza Sadek, “[...] o Judiciário brasileiro tem duas faces: uma, de poder de Estado e, outra, de instituição prestadora de serviços”, pois a Constituição de 1988 conferiu ao Judiciário a capacidade de agir politicamente.³⁹⁵

É possível, assim, questionar e paralisar políticas e atos administrativos, dos Poderes Executivo e Legislativo, e determinar medidas independentes da vontade do Executivo e do Parlamento. Além disso, é “[...] um serviço público encarregado da prestação jurisdicional, arbitrando conflitos, garantindo direitos”.³⁹⁶

Também em decorrência desses fatores é que os pleitos relacionados à Administração Pública são abundantes, tendo a Constituição de 1988 determinado, em relação a uma infinidade de questões, a dependência operacional do Executivo em relação ao Judiciário.

De acordo com Maria Tereza Dias, a Administração Pública é o sujeito que mais tem processos em andamento. Assim, implantar um sistema de solução de controvérsias é favorável às atividades administrativas, à governança pública e ao atendimento das demandas e anseios privados e do setor produtivo.³⁹⁷

³⁹⁴ ELLIOTT, Elizabeth. **Segurança e cuidado**: justiça restaurativa e sociedades saudáveis. São Paulo: Palas Athena, 2018. p. 15.

³⁹⁵ SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 79, 2004.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 79.

³⁹⁷ DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. **Revista Direito do Estado**, [S. l.], n. 151, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a->

A inclusão da Administração Pública, “[...] coaduna-se com as transformações recentes do conteúdo e dos princípios do regime jurídico administrativo”. As mudanças econômicas, sociais e estatais fizeram surgir mais concepções acerca da Administração Pública.³⁹⁸

É necessária clareza no regulamento que eventualmente implementar, no setor público, “[...] dentre os meios de autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, a mediação”, pois esta trata de problemas e controvérsias específicas”.³⁹⁹

Aquilo que se busca com a mediação “[...] não é somente um acordo entre os participantes, mas a restauração das relações e do diálogo”⁴⁰⁰, de maneira que se faz possível sua aplicação em uma infinidade de situações corriqueiras à Administração Pública.

Determina-se, desse modo, a possibilidade de aplicar a mediação nos conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos, possibilitando, inclusive, a horizontalização dessas relações, em evidente cumprimento aos ditames constitucionais, especialmente às normas que consagram direitos fundamentais.

2.3 A abertura do Brasil à mediação: processo normativo em evolução

Apesar de o emprego da mediação ter se tornado, nos últimos anos, algo usual na atuação do Poder Judiciário, vários anos se passaram antes de sua relevância ter sido efetivamente percebida pelos poderes constituídos. Ocorre que não configura iniciativa inédita.

Mesmo que timidamente, esses mecanismos existem desde o início do Estado brasileiro, porém, tendo sido legalmente consagrados de maneira expressa apenas na história recente, em específico, desde a Resolução 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça.

mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico. Acesso em: 26 jun. 2021.

³⁹⁸ DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. **Revista Direito do Estado**, [S. l.], n. 151, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>. Acesso em: 26 jun. 2021.

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ *Ibid.*

É imperioso, por conseguinte, estudar a evolução dos processos normativos no sentido de incluir a mediação no sistema jurídico-processual brasileiro. Inicialmente, são tratados aspectos históricos sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos no Brasil.

Examinam-se, aqui, a resolução extrajudicial de conflitos no início do Estado brasileiro, a mediação do Direito internacional ao Direito patrial, a consagração da mediação no Brasil e a necessidade de sua regulamentação. A seguir são esboçados diversos aspectos concernentes à Resolução 125, de 2010, do CNJ.

Na sequência, investigam-se a mediação no atual Código de Processo Civil em comparação com o diploma adjetivo de 1973, as diferenças conceituais e estruturais entre conciliação e mediação, a conciliação e a mediação no Código de Processo Civil de 2015 e a presunção da vontade de conciliar na ora dita codificação civil adjetiva.

Ao final deste segmento, são analisados os instrumentos de resolução extrajudicial de conflitos no Código de Processo Civil de 2015 e no Marco Legal da Mediação, com amparo na lógica conciliatória do Código de Processo Civil, da pacificação como um de seus princípios basilares e da aplicabilidade da Lei da Mediação à Administração Pública.

2.3.1 Aspectos históricos sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos no Brasil

Durante muito tempo, os acordos foram considerados uma maneira excepcional e episódica de resolver os litígios, inclusive em decorrência do fato de que, em muitas oportunidades, não permitem aos causídicos o recebimento de grande parcela dos seus merecidos honorários.

O processo civil brasileiro é marcadamente escrito, até mesmo por sobrar comprometido com a certeza e com a segurança esperadas das decisões judiciais, situação que diminui o espaço de incidência da oralidade, restringindo-o a momentos episódicos.

Mais do que isso, os estudantes de Direito, durante muito tempo, foram instruídos a atuar de maneira agressiva na defesa de seus patrocinados. Ocorre que, contemporaneamente, essa cultura se dilui, progressiva e lentamente, dando lugar à lógica da resolução pacífica de conflitos.

Assim, faz-se necessário tratar questões históricas sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos no início do Estado brasileiro, a mediação do Direito internacional ao Direito nacional, a consagração da mediação no Brasil e a necessidade de sua regulamentação.

Impõe-se observar que os instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos, malgrado sua ascensão relativamente recente no espectro legislativo brasileiro, não constituem propriamente uma novidade, haja vista que sua possibilidade de aplicação se mostrou ainda nos primórdios do Brasil.

Luís Fernando Guerrero evidencia que, na Constituição de 1824, estipulava-se, como métodos de solução extrajudicial de controvérsias, a utilização da arbitragem pelas partes como meio de solucionar controvérsias, assim como se impedia que qualquer processo judicial tivesse início sem *tentativa de reconciliação*.⁴⁰¹

As Constituições de 1891 e de 1937 não tinham esse tipo de disposição: aquela como rompimento geral com as regras de solução de controvérsias do antigo regime; e esta para concentrar todos os poderes no Executivo. O Judiciário foi esvaziado, impedido de conhecer questões exclusivamente políticas.⁴⁰²

A história dos métodos alternativos de solução de conflitos no Brasil, desde o Império, nas Constituições posteriores a 1824, somente tratava de sua utilização em conflitos internacionais. Na Constituição de 1988, o legislador voltou a privilegiar os métodos alternativos no âmbito do Direito privado.⁴⁰³

Note-se, nesse sentido, o incentivo à negociação, à arbitragem e à conciliação. Destaca-se o art. 114, que prevê a solução dos conflitos coletivos de trabalho⁴⁰⁴, além das possibilidades contidas na legislação infraconstitucional, inclusive em acordos e convenções coletivas.

Evidente é que outros mecanismos alternativos de resolução de conflitos estão na legislação processual, como a conciliação, a mediação e a arbitragem e, até mesmo, a possibilidade de sua utilização em conflitos envolvendo a Administração Pública.

⁴⁰¹ GUERRERO, Luís Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 3.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 3-4.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 4.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 4.

De acordo com Paulo Fagúndez, era possível, já nesse período, a realização de acordos na seara judicial, “[...] quando a Administração Pública direta ou indireta fosse uma das partes litigantes. Algo paradoxal, porquanto a Administração Pública sempre sobrecarregou o Judiciário de contendas”.⁴⁰⁵

Após a conscientização da necessidade de se desafogar a jurisdição, os Poderes constituídos, notadamente o Legislativo e o Judiciário, passaram a se preocupar com a criação e com a implementação de instrumentos extrajudiciais de solução de conflitos.

Antônio Nunes acentua que, pioneiramente, o Judiciário passou a criar políticas públicas para o tratamento adequado de conflitos de interesses, incentivando programas e ações para a autocomposição de litígios, criação dos CEJUSCs e com vistas a disseminar uma cultura do diálogo e da pacificação social.⁴⁰⁶

Direcionou-se, também, a “[...] incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas de autocomposição”⁴⁰⁷, modificando o jeito de se encarar o direito fundamental de acesso à Justiça, malgrado a preexistência desses instrumentos.

Existe, no ordenamento jurídico nacional, a possibilidade de utilização de alguns procedimentos alternativos de resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública, a exemplo do parcelamento tributário e, em hipóteses ainda muito raras, a conciliação judicial e extrajudicial e a arbitragem.

Conforme Diogo Almeida e Fernanda Paiva, ouvindo os relatos das partes, o mediador, conforme sua percepção, considera mais justa ou razoável a pretensão de um deles, devendo se esforçar ativamente para que sua conduta se mantenha imparcial e equidistante.⁴⁰⁸

Garante-se, com efeito, que a conjunção das vontades dos “mediandos” formará a base para a respectiva solução. Referidos objetivos, no entanto, precisam

⁴⁰⁵ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; GOULART, Juliana Ribeiro. O marco legal da mediação no Brasil: aplicabilidade na administração pública. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito**, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 143, jul./dez. 2016.

⁴⁰⁶ NUNES, Antônio Carlos Ozório. **Manual de mediação**: guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 35.

⁴⁰⁷ *Ibid*, p. 35.

⁴⁰⁸ ALMEIDA, Diogo Rezende de; PAIVA, Fernanda. Princípios da mediação de conflitos. *In*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivum, 2017. P. 108.

passar por um *tratamento abrangente do conflito*, por intermédio de uma visão prospectiva da relação.⁴⁰⁹

É imperioso, pois, que a liberdade de autodeterminação seja utilizada para guiar o procedimento, desde a opção dos interessados em se submeter ao processo, passando pela própria fixação da agenda, assim como pela criação de opções.⁴¹⁰

Como outros meios consensuais, a mediação garante melhor distribuição da justiça, possibilitando que se releguem ao Judiciário apenas pontos que não forem passíveis de resolução pacífica, contribuindo para a superação da “crise do Judiciário”.⁴¹¹

Encerra-se, portanto, a conflituosidade, que permaneceria caso o processo se encerrasse heterocompositivamente. Essa litigiosidade remanesce por causa da existência de conflitos de interesses e de aspectos subjetivos não tratados no processo judicial.⁴¹²

Desse mesmo modo, os métodos autocompositivos contribuem para a cidadania e concretização da democracia como política de participação dos cidadãos, potencializando, assim, o acesso à Justiça, no contexto de uma *ordem jurídica justa*⁴¹³.

Essa percepção de que os métodos autocompositivos são capazes de consagrar direitos fundamentais de natureza processual, mesmo fora do âmbito contencioso, é essencial para o sucesso desse instrumental pacificador, especialmente no contexto da Administração Pública.

Uma das características mais marcantes dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos é, justamente, o fato de que escapam dos formalismos e liturgias judiciais, sendo, conseqüentemente, capazes de atrair os litigantes ao acordo de maneira mais eficiente do que o próprio Judiciário.

Para Maria Tereza Dias, em todos os casos, o mediador contribui para estabelecer a resolução do conflito, impulsionando a reflexão dos envolvidos sobre o

⁴⁰⁹ ALMEIDA, Diogo Rezende de; PAIVA, Fernanda. Princípios da mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivum, 2017. p. 67.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 108.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 66.

⁴¹² *Ibid.*, p. 66.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 66.

problema. Não é pessoa neutra, devendo zelar pela garantia de direitos fundamentais e se impor contrariamente à sua violação.⁴¹⁴

Conquanto a necessidade inexcusável de se implantar métodos de resolução extrajudicial de conflitos, bem como da informalidade que os caracterizam de maneira essencial, é necessária sua regulamentação procedimental, assim como se impõe a enumeração de seus princípios.

Na ideação de Luciana Souza, são indispensáveis parâmetros prévios relacionados a critérios para a celebração de acordos ou transações para definir as autoridades encarregadas de analisar os riscos e as hipóteses nas quais se autorize o acordo em cada caso, especialmente, de maneira colegiada, por juristas e especialistas específicos.⁴¹⁵

É imperioso definir de onde virão recursos para custear os serviços de mediação se os mediadores já não forem servidores remunerados pelos cofres públicos e pagar por eventuais estudos técnicos, bem como de se garantir a eficácia executiva do acordo celebrado.⁴¹⁶

Nos últimos anos, multiplicaram-se os diplomas legais para regulamentar e, especialmente, instrumentalizar os métodos de resolução extrajudicial de conflitos, entretanto, com suporte em um trabalho pioneiro do Conselho Nacional de Justiça.

2.3.2 A Resolução 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça

A percepção acerca da necessidade de modificação dos parâmetros jurisdicionais resultou da percepção atinente à lentidão do processo judicial, da inefetividade dos resultados, assim como do gigantesco acúmulo de litígios não resolvidos.

Esse entendimento surgiu, especialmente, das pesquisas estatísticas feitas pelo Conselho Nacional de Justiça durante vários anos, que identificaram,

⁴¹⁴ DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. **Direito do Estado**, [S. l.], n. 151, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>. Acesso em: 26 jun. 2021.

⁴¹⁵ SOUZA, Luciana Moessa de. A mediação de conflitos e a administração pública. *In*: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016. p. 216-217.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 217-219.

matematicamente, a inefetividade da jurisdição tradicional no que concerne ao cumprimento de várias disposições constitucionais.

De tal modo, o Poder Judiciário deixa de concretizar, de maneira eficiente, o acesso à Justiça, a duração razoável do processo e, especialmente, o devido processo legal, assim como uma infinidade de seus corolários que, em sua maioria, foram consagrados pela Constituição de 1988 como direitos fundamentais.

Torna-se indispensável, então, estudar a Resolução 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, suas origens na percepção da crise jurisdicional brasileira e sua atuação como política pública, especialmente no que se relaciona aos CEJUSCs.

Para Klever Filpol, destaca-se a percepção de que nem todos os conflitos precisam ser judicializados, de maneira a reduzir o número de processos ajuizados. São esses os argumentos do CNJ para importar a mediação para a estrutura do Judiciário que traz para si mais uma incumbência.⁴¹⁷

Dirigem-se, portanto, a centralizar a gestão do referido método, vendendo, desse modo, a ideia de que a mediação daria solução rápida a processos já ajuizados, encerrando-os de maneira mais célere, em comparação com o caminho convencional.⁴¹⁸

É necessário, por conseguinte, encontrar solução para esse problema. Pense-se que o acordo obtido por intermédio da mediação seria capaz de conferir uma solução de melhor qualidade para os conflitos de interesse em comparação à imposta pela sentença.⁴¹⁹

Ora, se o conflito é das partes, elas são mais qualificadas para obter uma solução adequada do que o próprio juiz. A mediação, caso inserida no ambiente judicial, passando a fazer parte dos processos em andamento, é redutível a uma etapa processual como qualquer outra.⁴²⁰

Submete-se, portanto, à mesma lógica que instrui e orienta esses mesmos processos, de modo que são ignoradas as características enaltecidas na mediação. Denota-se, portanto, a ideia de que há muitos conflitos de interesses.⁴²¹

⁴¹⁷ FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação judicial**: discursos e práticas. Rio de Janeiro: Faperj, 2016. p. 46.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 3.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 3.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 3.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 3.

Estes ocorrem em escala crescente na sociedade brasileira, com a noção de que é preciso encontrar soluções para tais conflitos, para “pacificar a sociedade” e o pensamento de que mediação e conciliação, nos processos judiciais, são instrumentos de pacificação, solução e prevenção de litígios.⁴²²

Reforça-se a ideia de que só o Estado-Juiz é legítimo para administrar os conflitos de interesses, que enxerga nas modificações do Poder Judiciário algumas possibilidades de reduzir o custo da burocracia, garantindo o desenvolvimento da economia de mercado e tornando o País mais atraente para investimentos.⁴²³

É notório, porém, que a mediação não é aplicável apenas no âmbito judicial, mas sim a qualquer relação conflituosa que demande tratamento, afirmação corroborada pelo próprio Marco Legal da Mediação. A utilização do método, contudo, não significa que se desprezem as disposições jurídico-processuais.

No Brasil, o marco inicial de incentivo às políticas públicas de autocomposição ocorreu com a Resolução, 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, que dispunha sobre “[...] a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado aos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”.⁴²⁴

Tornou-se instrumento de economia e eficácia e de desenvolvimento da cidadania e participação conjunta das partes para estabelecer a decisão judicial⁴²⁵. Nota-se, assim, amplo crescimento nas possibilidades de tratamento dos conflitos por intermédio da mediação, em detrimento da lógica adversarial do processo judicial.

A identificação dos fundamentos da crise – atente-se para este fato - passa pela percepção das contradições inerentes ao direito e bloqueio às “[...] possibilidades não jurídico-judiciais de transformação social”, interceptadas em decorrência de sua ausência da agenda política.⁴²⁶

Também o reformismo dirigido ao Estado, “[...] que sempre foi entendido como sujeito das reformas e não seu objeto, tenta remediar a sua própria crise. Em

⁴²² FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação judicial**: discursos e práticas. Rio de Janeiro: Faperj, 2016. p. 4.

⁴²³ *Ibid.*, p. 49.

⁴²⁴ NUNES, Antônio Carlos Ozório. **Manual de mediação**: guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 26.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 35.

⁴²⁶ SANTOS, Boaventura de. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 23.

face disto, parece que o que resta é levar o direito e os direitos a sério”, inclusive por intermédio de mecanismos de resolução pacífica de conflitos.⁴²⁷

Com a percepção da crise intrínseca ao Poder Judiciário brasileiro foi compreendida como uma demanda pelo Conselho Nacional de Justiça, apta a constituir uma agenda que, logo, passaria à formulação da correspondente política pública.

Conforme Bolzan de Moraes, ganharam centralidade nunca experimentada, o que quer expressar ganho por um lado, mas, de outro, traz preocupações, especialmente quanto à submissão das estratégias da gestão do fluxo *input/output* do Poder Judiciário a modelos tendentes a resultados.⁴²⁸

Nesse ponto, destaca-se a necessidade de se prevenir o emprego da mediação no sentido exclusivo do desafogamento do Poder Judiciário, relegando-se o tratamento adequado dos conflitos de interesse a segundo plano ou até mesmo ignorando essa perspectiva.

A Resolução 125, de 2010, fez mais do que determinar a necessidade de incentivo e de implementação dos instrumentos de resolução extrajudicial de conflitos, haja vista que, expressamente, determinou o início de uma política pública dirigida ao desafogamento do Judiciário. Nesse sentido, a mediação auxilia no acesso à Justiça, corroborando, assim, uma multiplicidade de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

A Resolução 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça trouxe alguns procedimentos dirigidos tanto à implantação quanto à regulamentação de instrumentos extrajudiciais de pacificação dos conflitos, notadamente no que concerne à mediação.

Para Fernanda Tartuce, com a Resolução 125, passou-se a “[...] reconhecer que a política de tratamento adequado de conflitos é uma pauta pública, devotando maior atenção à conciliação e à mediação”, para firmar o entendimento de que, para os agentes sociais, é mais importante prevenir e solucionar rapidamente.⁴²⁹

⁴²⁷ SANTOS, Boaventura de. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 23.

⁴²⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. A fórmula Bob & Alice e o modelo judicial de consenso. **Empório do Direito**, São Paulo, 7 out. 2017. Disponível em: <http://emporiოდodireito.com.br/leitura/repe-c-36-a-formula-bob-alice-e-o-modelo-judicial-de-consenso>. Acesso em: 26 jun. 2021.

⁴²⁹ TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. **Revista de Processo**, Brasília, DF, v. 258, p. 497, 2016.

Essa solução é preferível ao constante recurso a “[...] um Judiciário cada vez mais sobrecarregado, ou de perpetuar nele, de certo modo, reflexos processuais de desavenças que tendem a multiplicar-se, senão a frustrar expectativas legítimas”, necessitando-se apoiar os tribunais na instalação de núcleos de mediação.⁴³⁰

Observa-se, na Resolução, “[...] a proposta de nivelar as práticas ligadas à autocomposição e obrigar o Poder Judiciário a ofertar meios consensuais aos jurisdicionados”. Durante cinco (5) anos, a Resolução foi “[...] a principal referência normativa da mediação”.⁴³¹

Malgrado sua relevância inegável, referidos textos legais “[...] não trouxeram um panorama claro sobre a pertinência e o *modus operandi* da mediação no Brasil, razão pela qual outras iniciativas legislativas acabaram sendo concebidas para revelar esses elementos”⁴³².

Não se há de negar que a Resolução 125, de 2010, foi um marco indispensável à evolução dos métodos de resolução extrajudicial de conflitos, pois, sem o referido instrumento normativo, dificilmente os diplomas legais que o seguiram teriam surgido em intervalo tão curto.

Ademais, ainda que se faça a ressalva de que as normas da Resolução nº. 125/2010 sejam circunscritas à prática da mediação nos tribunais, servem também de parâmetro para a mediação extrajudicial⁴³³. Nota-se, portanto, a amplitude da aplicabilidade do referido método nos termos do Diploma.

A criação dos *Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania* (CEJUSCs) representa a materialização de uma política pública dirigida ao desafogamento do Judiciário e à pacificação dos conflitos, em especial atenção à necessidade de enfrentamento à crise de litigiosidade exacerbada.

2.3.3 A mediação no Código de Processo Civil

Editada a Resolução 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, a ideia da necessidade da instalação e do incentivo ao uso de instrumentos extrajudiciais de

⁴³⁰ TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. **Revista de Processo**, Brasília, DF, v. 258, p. 497, 2016.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 497.

⁴³² *Ibid.*, p. 497.

⁴³³ *Ibid.*, p. 498.

resolução de conflitos alcançou a comissão de expertos responsável pela redação do projeto do atual Código de Processo Civil.

Desse modo, o espírito da pacificação dos litígios por intermédio de outros mecanismos que não a substituição da vontade das partes pelos provimentos judiciais foi entronizado no Diploma Adjetivo de 2015, até mesmo dentre seus princípios basilares.

Diversas regras compuseram o Código de Processo Civil, inclusive, determinando a presunção de que as partes querem ao menos tentar a composição pacífica do litígio antes de efetivamente submeter o problema à tutela jurisdicional.

Em sendo assim, impõe-se, neste passo, cuidar sobre a mediação no Código de Processo Civil, inicialmente, em comparação com o Diploma Adjetivo de 1973, acerca das diferenças conceituais e estruturais entre conciliação e mediação, a conciliação, a mediação e a presunção da vontade de conciliar no atual CPC.

Como demonstrado há pouco, a história da resolução dos conflitos no Brasil mostra uma abertura para o uso dos meios alternativos de solução de conflitos no Direito processual pátrio. Ocorre que o Código de Processo Civil de 1973 não dedicava muitos dispositivos à perspectiva conciliatória e pacificadora.

Para Marco Lorencini, mesmo o Diploma Adjetivo de 1973 mostrando algumas disposições significativas sobre a tentativa de composição entre os envolvidos no litígio, foi alcançada maior desenvoltura pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, por intermédio da Lei número 9.099, de 1995.⁴³⁴

Referido diploma possibilitou estender a oferta dos meios autocompositivos, fazendo com que o paradigma da resolução adjudicada, por meio da atuação do Poder Judiciário, começasse a ser alterado. No mesmo sentido está a Lei 9.307, de 1996, que implantou o instituto da arbitragem.⁴³⁵

Ambos os diplomas trouxeram oportunidades para que entidades especializadas e movimentos associativos se transformassem em verdadeiras instâncias para solucionar conflitos, apesar de não fazerem referência específica à mediação.⁴³⁶

⁴³⁴ LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro**: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 615.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 615-616.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 616.

Desse modo, referida legislação colaborou para divulgar os trabalhos dessas entidades, que alcançaram campo de atuação mais amplo, conseguindo, no mesmo sentido, fomentar a prática da mediação como método eficiente para se resolver conflitos pacificamente.⁴³⁷

Assim, a perspectiva da resolução pacífica de conflitos, mesmo no âmbito extrajudicial, não era estranha ao Código de Processo Civil anterior, malgrado o fato de não ter constado de vários dispositivos processuais ou de encontrar especificações procedimentais.

Fernanda Tartuce informa que o CPC de 1973 previa a conciliação em audiência preliminar como procedimento a ser presidido por um juiz, sem fazer referência ao instituto da mediação, conforme seu art. 331. O atual CPC, contudo, privilegia a convivência entre a conciliação e a mediação no processo judicial.⁴³⁸

Note-se, portanto, a desproporção no tocante à quantidade de dispositivos concernentes aos instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos entre os referidos diplomas processuais, demonstrando uma claríssima evolução no que toca às possibilidades da mediação.

A superveniência desses mecanismos de resolução, entretanto, não resultou de um desejo de pacificação social ou de se conferir celeridade à marcha processual, mas, sim, da filiação do Direito processual civil à tradição romanística, a dividir o procedimento em fases concernentes ao conhecimento e à execução.

Ovídio Baptista afirma que a doutrina moderna, fiel aos princípios do Direito privado romano, notadamente à universalização das ações em detrimento dos interditos, e à conseqüente difusão do procedimento ordinário, sem executividade simultânea, preservou a distinção radical entre decisão e ordem.⁴³⁹

Assim, concebeu a sentença como algo constituído apenas de juízo, de modo que a ordem não integra o conteúdo. O procedimento comum, composto desde o

⁴³⁷ LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro**: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 616-617.

⁴³⁸ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 6. ed. São Paulo: Método; Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 48.

⁴³⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 28.

século XIV, pelos ramos ordinário e sumário, permaneceu fiel aos pressupostos romanos, pressupondo a obrigação como fonte única da própria ação.⁴⁴⁰

Esta, por sua vez, é que origina a sentença condenatória para a produção de uma ação executória. Reproduz, desse modo, a conhecida fórmula romana cuja estrutura era composta pela seguinte sequência: *obligatio*, *actio*, *litis contestatio* e *condemnatio*. Esta geraria, como consequência, uma *actio iudicati*.⁴⁴¹

Ocorre que essas diretrizes foram entronizadas em um contexto no qual se observava a prevalência do formalismo, de maneira que as etapas procedimentais remansavam estanques uma em relação à outra, sem a flexibilidade característica do processo romano.

Conforme Jânia Saldanha, a efetividade do processo romano clássico decorria de sua eficiência e eficácia obtidas por intermédio da liberdade criadora da qual era imbuído o poder pretoriano, concernente à jurisprudência do caso concreto, distante da busca pela verdade absoluta e do *diálogo aristotélico*.⁴⁴²

Desse mesmo modo, a arte romana de se praticar a jurisdição no período clássico não se dirigia a prescrever normas de maneira imperativa. Direcionava-se, isso sim, a tentar solucionar todos os casos cujas respostas deveriam ser buscadas no interior do corpo social.⁴⁴³

Tal exacerbação da segurança processual, a privilegiar a forma em detrimento da substância contaminou a sistemática processual em grau suficiente para comprometer a perspectiva instrumental atribuível ao processo romano, notadamente em decorrência da oralidade.

Desde modo, o Código de Processo Civil de 1973 sequer utilizava o vocábulo “mediação” no contexto da resolução não contenciosa de conflitos, preferindo, em seu lugar, o termo “conciliação”. Ocorre que as referidos unidades de ideias não são dicções sinônimas.

Quanto à questão conceitual e, notadamente, à diferenciação entre os institutos da conciliação e da mediação, exprimem-se entendimentos que a

⁴⁴⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 27.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 131.

⁴⁴² SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cosmopolitismo jurídico**: teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 52.

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 52.

estabelecem desde parâmetros meramente classificatórios, enquanto outros aprofundam a distinção quanto a aspectos estruturais de ambas.

Juan Carlos Vezzuella entende que a autocomposição é gênero cujas principais espécies são a mediação e a conciliação, também sendo denominada de meio não convencional de atividade jurisdicional, método não adversarial de conflito e meio paraestatal de solução de conflitos.⁴⁴⁴

É nomeado, também, método alternativo de solução de conflitos (MASC), sucedâneo da jurisdição, sistema alternativo de solução de conflitos (ADRS), *dispute resolution* (DR), *conflict resolution* (CR), *conflict management* (CM) e resolução alternativa de disputas (RAD).⁴⁴⁵

Apesar do entendimento do referido autor, as diferenças entre ambas estão além do âmbito conceitual, fazendo-se imperioso destacar aspectos estruturais e procedimentais entre os institutos da conciliação e da mediação, especialmente no que concerne aos seus contextos ideais.

Conforme Roberto Bacellar, a conciliação é a escolha mais adequada para resolver situações circunstanciais, a exemplo de indenizações por acidente de veículo, nas quais as pessoas não se conhecem. Solucionada a controvérsia, lavra-se acordo entre as partes, que não mais manterão qualquer outro relacionamento.⁴⁴⁶

A mediação, entretanto, é recomendável para situações de múltiplos vínculos, a exemplo dos familiares, sociais, comerciais, trabalhistas, dentre outros, já que se dirige a preservar as relações e manter os demais vínculos, que continuariam a se desenvolver naturalmente na discussão do litígio.⁴⁴⁷

Conquanto essas diferenças estruturais e procedimentais entre a conciliação e a mediação, aquela não se deve menosprezar, especialmente em decorrência do fato de já se ter demonstrado como um dos instrumentos tradicionais para a pacificação de conflitos.

Na concepção de Alisson Farinelli e Eduardo Cambi, a conciliação exige discussão aberta, direta e franca entre as partes, ocorrente antes ou depois da instauração do processo. Constitui importante alternativa de aproximação e

⁴⁴⁴ BRUNO, Susana. **Conciliação**: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 58.

⁴⁴⁵ VEZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. 5. ed. Balneário Camboriú: IMAB, 2001. p. 58.

⁴⁴⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados especiais**: a nova mediação paraprocessual. São Paulo: RT, 2004. p. 42.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 42.

participação das partes do conflito, ao mesmo tempo em que proporciona efetivo acesso à Justiça.⁴⁴⁸

Note-se o fato de que “[...] sua eficácia depende do tratamento igualitário entre os contendores que decidem, em conjunto e da melhor forma, a situação conflituosa, buscando a maior harmonia e a mútua satisfação”⁴⁴⁹. Notória, portanto, é a diferença de emprego entre as possibilidades de aplicação dos institutos.

As características de ambas permitem, desse modo, uma diferenciação tanto procedimental quanto material, sem, entretanto, se considerar a relevância passada e presente da conciliação judicial e extrajudicial, notadamente quanto ao desafogamento do Judiciário

Já para Humberto Pinho, a distinção entre mediação e conciliação é procedida com apoio em três critérios. Em relação à *finalidade*, a mediação visa a resolver, de maneira abrangente, o conflito. Já para a conciliação, basta resolver o litígio de acordo com as posições expressas pelas partes.⁴⁵⁰

Em relação ao método, “[...] o conciliador assume posição mais participativa, podendo sugerir às partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando abertamente a este respeito”. O mediador, porém, deve se abster de propor, devendo apenas assistir as partes e facilitar sua comunicação.⁴⁵¹

No que concerne aos *vínculos*, “[...] a conciliação é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo realizada por juiz togado, por juiz leigo ou por alguém que exerça a função específica de conciliador”⁴⁵², destacando-se, assim, as diferenças procedimentais entre os institutos.

Ocorre que, malgrado a opinião do referido autor, as diferenças entre a mediação e a conciliação se encontram além de questões meramente procedimentais, haja vista, até mesmo, a existência de técnicas dirigidas à operacionalização daquela.

⁴⁴⁸ FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Conciliação e mediação no novo código de processo civil (PLS 166/2010). **Revista de Processo**, Brasília, DF, v. 36, n. 174, p. 277-305, 2011.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 288.

⁴⁵⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo código de processo civil. *In*: FARIA, Juliana Cordeiro de. (org.). **Processo civil: novas tendências em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 299.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 299-300.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 300.

Na concepção de Petrónio Calmon, inovadora é a formação de estruturas *parajudiciais*, para a conciliação e a mediação, sendo que esta seria praticada fora do âmbito e do controle do Judiciário, enquanto a conciliação, caso não exercida pelos juízes, é controlada, organizada, fiscalizada, ou, no mínimo, orientada por eles.⁴⁵³

A principal distinção entre os dois mecanismos reside no método, pois, enquanto o conciliador manifesta opinião sobre a solução justa para o conflito, propondo os termos do acordo, o mediador utiliza um método estruturado em etapas sequenciais, conduzindo a negociação entre as partes.⁴⁵⁴

Deve, entretanto, abster-se de assessorar, aconselhar, emitir opinião e propor acordo. Conciliação *pré-processual* é aquela que se desenvolve sem um processo judicial em curso. Por se tratar de conciliação, não de mediação, realiza-se no âmbito do Poder Judiciário.⁴⁵⁵

Conforma o espaço próprio para tentar evitar o processo judicial. Cria-se um *setor de conciliação*, de modo a proporcionar aos envolvidos a obtenção do acordo. Aqui, o processo será instaurado apenas para a homologação do acordo obtido ou para a solução heterocompositiva, caso não se obtenha o acordo.⁴⁵⁶

Assim, a conciliação é extraprocessual em decorrência de não haver processo relacionado ao mesmo conflito em curso, não sendo conduzida por um juiz. Já a conciliação processual é concomitante ao processo, desenvolvida no ambiente judicial, efetivada pelo próprio juiz da causa ou conciliador.⁴⁵⁷

É parte integrante do procedimento, prevista em diversos dispositivos da legislação brasileira, possível em todas as fases do processo. Se desenvolvida por conciliador, assemelha-se à pré-processual. A figura central é o conciliador que, em regra, ocorre em concomitância com o processo.⁴⁵⁸

Vários tribunais têm quadros de conciliadores para tentar resolver as demandas já propostas, com êxito razoável. A conciliação pré-processual dispensar

⁴⁵³ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 134.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 134.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 134.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 136.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 136.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 136-137.

a homologação judicial posterior; a judicial deve retornar ao juiz, para homologação ou prosseguimento do processo.⁴⁵⁹

A conciliação realizada após a propositura da demanda evita o trabalho decisório do juiz, não a atividade jurisdicional em sentido amplo. O conciliador deve conduzir a conciliação por método próprio. Se voluntário, geralmente atua de maneira temporária, com ou sem exclusividade.⁴⁶⁰

Já a remunerada é exercida em cargo permanente ou temporário. O conciliador recebe treinamento abreviado e atua de modo similar ao juiz. O treinamento, contudo, deveria ser muito melhor, haja vista que sua atitude deve ser ativa em relação ao conflito.

Desse modo, precisa emitir opiniões, aconselhar as partes, indicar sua visão sobre a futura decisão judicial, caso o acordo não seja alcançado, propondo os termos da solução⁴⁶¹, demonstrando-se, assim, as infinitas possibilidades relacionadas à mediação.

Note-se, contudo, que há uma grande variedade de mecanismos judiciais e extrajudiciais direcionados para a finalidade pacificadora. A conciliação e a mediação, espécies do referido gênero, são as mais utilizadas. Esta, entretanto, parece indicar maior efetividade quanto ao tratamento de conflitos.

Além disso, apesar de a perspectiva da conciliação ter se demonstrado algo tradicional no Direito processual civil brasileiro, esta não bastou para fazer cessar ou, sequer para diminuir, de maneira notória ou mesmo útil, a crise de litigiosidade e o acúmulo de processos judiciais.

Para Antônio Nunes, o CPC prevê maneiras de se lidar com o conflito, reconhece dificuldades históricas dos meios adversariais, a resolução processual de conflitos e sua pacificação por meio da sentença, destacando as modalidades consensuais, o diálogo processual, o negócio jurídico processual, a cooperação e a autocomposição.⁴⁶²

Mediar, entretanto, não é apenas trabalhar com fórmulas de comunicação, com números, e chegar a acordos, pois a resolução dos conflitos, perante as

⁴⁵⁹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 137.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 137-138.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 140.

⁴⁶² NUNES, Antônio Carlos Ozório. **Manual de mediação**: guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 35.

diversas alterações legislativas, torna-se uma maneira de política de Estado sugerida inicialmente pela Resolução CNJ 125, após, pelo CPC e, por último, pela Lei de Mediação.⁴⁶³

Assim, o Diploma Adjetivo atual incorporou diversos mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos, mas, além disso, determina, em sua principiologia basilar a necessidade, não apenas, de utilizar os referidos instrumentos, como, também, de incentivá-los.

Fernanda Tartuce informa, entretanto, que, logo no início, o Código de Processo Civil faz constar, dentre as normas fundamentais, que “[...] a mediação aparece como mecanismo a ser estimulado junto aos litigantes no curso do processo judicial, o que revela a intenção de fomento significativo à sua ocorrência”.⁴⁶⁴

A mediação é mencionada em trinta e nove (39) dispositivos, a conciliação, em trinta e sete (37), a autocomposição, em vinte (20) e a solução consensual consta em sete (7), em um total de cento e três (103) previsões. A essa amplitude somam-se previsões integrantes da Lei de Mediação e da Resolução 125, de 2010, do CNJ.⁴⁶⁵

Note-se, mais uma vez, a diferença quantitativa entre as possibilidades de resolução extrajudicial de conflitos entre os Códigos de Processo Civil de 1973 e de 2015 que, por sua vez, se encontra em sintonia com a política pública de desafogamento do Judiciário.

A comissão de juristas responsável pela confecção do atual Código de Processo Civil incluiu, expressamente, tanto a conciliação quanto a arbitragem e a mediação no corpo do referido diploma, estabelecendo, em vários dispositivos, as diferenças entre os institutos.

De acordo com a exposição de motivos, a conciliação pretendeu “[...] converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado”, enfatizando-se possibilidade de as partes encerrarem o conflito por mediação ou conciliação.⁴⁶⁶

⁴⁶³ NUNES, Antônio Carlos Ozório. **Manual de mediação**: guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 35.

⁴⁶⁴ TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. **Revista de Processo**, Brasília, DF, v. 258, p. 497, 2016.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 497.

⁴⁶⁶ BRASIL. Senado Federal. **Exposição de motivos do código de processo civil**. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

Para Fernanda Tartuce, “[...] a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz. Como regra, deve realizar-se audiência em que, ainda antes de ser apresentada contestação, se tentará fazer com que autor e réu cheguem a um acordo”.⁴⁶⁷

Da referida audiência poderiam “[...] participar conciliador e mediador e o réu deve comparecer, sob pena de se qualificar sua ausência injustificada como ato atentatório à dignidade da Justiça. Não se chegando a acordo, terá início o prazo para a contestação”.⁴⁶⁸

Assim, a comissão do Código de Processo Civil atual, além das disposições concernentes à conciliação e à mediação, buscou trazer fórmulas dirigidas a incentivar sua utilização, inclusive, fixando uma presunção relativa no sentido do desejo das partes de tentar um acordo.

O Código de Processo Civil “[...] confirma a tendência de priorização de chances para entabular acordos, que vem se intensificando ao longo dos anos, ao contemplar muitas regras sobre o fomento a meios consensuais de abordagem de conflitos”.⁴⁶⁹

Essa confirmação se dá, notadamente, em decorrência do grande número de dispositivos constantes do Diploma Adjetivo Civil nacional que fazem referência expressa à conciliação e, de modo específico, à mediação, em uma diversidade de contextos.

2.3.4 Análise dos instrumentos de resolução extrajudicial de conflitos no Código de Processo Civil de 2015 e no Marco Legal da Mediação

Em transposição às disposições constantes do Código de Processo Civil de 2015, o movimento dirigido à instalação e ao incentivo à utilização de instrumentos de resolução extrajudicial de conflitos, surgiu um *Marco Legal da Mediação*, datado do mesmo ano.

Referida legislação especifica procedimentos dirigidos à prática da mediação, complementando o próprio Diploma Adjetivo, assim como o Código de Ética do

⁴⁶⁷ *Ibid.*

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. **Revista de Processo**, Brasília, DF, v. 258, p. 497, 2016.

Mediador que consta anexo à Resolução 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça.

O Marco Legal da Mediação, conhecido, também, de modo mais simples, como *Lei da Mediação*, trouxe disposições relacionadas às possibilidades de utilização dos instrumentos de resolução extrajudicial dos conflitos entre a Administração Pública e os administrados.

Imperioso, assim, resulta analisar os instrumentos de resolução extrajudicial de conflitos no Código de Processo Civil de 2015 e no Marco Legal da Mediação, a lógica conciliatória do atual Diploma Adjetivo, inclusive, na sua principiologia, o Marco Legal da Mediação e os dispositivos da Lei da Mediação aplicáveis à Administração Pública.

Para Elias Medeiros Neto e Juliana Nunes, O Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, entronizou métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, bem como a participação ativa do magistrado e das partes no processo, superando a concepção individualista.⁴⁷⁰

Afasta-se, portanto, “[...] das formalidades, muitas vezes supérfluas”, determinando que a entrega da prestação jurisdicional deva ocorrer de forma integrada ao contexto social, “[...] de forma que seu resultado produza efeitos, como a pacificação social”.⁴⁷¹

Em decorrência disso, o Código de Processo Civil de 2015 “[...] vem pautado na terceira onda renovatória do acesso à justiça, superando a barreira da visão conservadora arraigada em suas origens de tutela individual”.⁴⁷²

Trata-se de resposta “[...] aos longos clamores da sociedade”, de maneira que a jurisdição “[...] deve passar a ser vista como opção de reserva, caso as soluções alternativas restem em insucesso, ou nos casos em que a própria natureza exija a intervenção judicial”.⁴⁷³

Por isso é que “[...] a substituição do espírito de conflituosidade foi bastante incentivada no novo Código de Processo Civil”, especialmente em seu Art. 3º, que

⁴⁷⁰ MEDEIROS NETO, Elias Marques de; NUNES, Juliana Raquel. A importância da mediação para o acesso à justiça: uma análise à luz do CPC/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 159-188, 2019.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 166.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 166.

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 166.

esclarece a necessidade de promoção e incentivo dos métodos alternativos de resolução de litígio por todos os envolvidos no processo.⁴⁷⁴

Observa-se, nesse sentido, “[...] a transposição do juiz sujeito a aplicar as regras rígidas positivadas ao caso concreto”, atribuindo-lhe o dever de distribuir a Justiça com procedência na principiologia constitucional e de sua inserção na legislação processual, notadamente nos arts. 4º a 10 do Código de Processo Civil.⁴⁷⁵

Busca-se, assim, “[...] um Judiciário mais humanizado e atento à efetividade da prestação jurisdicional”, destacando-se a importância de todos os sujeitos do processo na colaboração recíproca para uma resposta justa e que atenda aos verdadeiros objetivos almejados.⁴⁷⁶

Inclina-se para adotar uma concepção de que os atos processuais devam ter um objetivo comum, correspondente à mútua colaboração para a concretização do objetivo da atividade jurisdicional, qual seja, a realização da Justiça, assim como a legislação processual vedou qualquer decisão-surpresa.⁴⁷⁷

Com vistas a esse desiderato, impediu que o magistrado profira deliberações, independentemente do grau de jurisdição, “[...] sem que se tenha oportunizado a palavra às partes acerca do objeto da demanda, mesmo em se tratando de questões que esteja autorizado a decidir de ofício”.⁴⁷⁸

Referidos dispositivos esclarecem a preocupação do CPC com a constitucionalização do processo, ao inserir seus dispositivos “[...] em um universo mais amplo, possibilitando que as normas constitucionais recebam efeito expansivo, condicionando a validade e o sentido das previsões do ordenamento jurídico.”⁴⁷⁹

É sensível a preocupação do legislador em empoderar as partes para se alcançar a real satisfação com a prestação jurisdicional. Conforme o art. 190, os envolvidos no conflito estabelecem mudanças no procedimento, para atender às

⁴⁷⁴ MEDEIROS NETO, Elias Marques de; NUNES, Juliana Raquel. A importância da mediação para o acesso à justiça: uma análise à luz do CPC/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 166, 2019.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 166.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 166.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 166.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 167.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 167.

especificidades de cada causa, desde que versem sobre direitos passíveis de transação.⁴⁸⁰

No mesmo sentido, encontra-se a autonomia das partes quanto à exigência de “[...] produção antecipada de prova para viabilizar a autocomposição ou qualquer outro meio adequado de solução para o conflito”, de acordo com o art. 381, II, do CPC, reduzindo-se, assim, as chances de promoção da ação judicial.⁴⁸¹

Referidos dispositivos demonstram que a preocupação da legislação processual foi “[...] estimular a solução dos conflitos de interesse por meio da participação ativa de todos os envolvidos na demanda, fazendo florescer valores embasados no autêntico ideal de Justiça e efetividade do processo”.⁴⁸²

In eodem sensu, liberta-se de formalidades excessivas e fomenta a solução consensuada para que os resultados alcançados sejam satisfatórios e eficazes⁴⁸³, incorporando, assim, a lógica pacificadora da política pública de desafogamento do Judiciário.

A relevância dos instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos influenciou de tal maneira a formulação do Código de Processo Civil de 2015, que estes se encontram em sua principiologia geral, inclusive quanto ao incentivo à sua utilização.

No CPC foi prevista a figura da mediação judicial, no art. 3º, § 3º, cujas características são “[...] a participação do terceiro mediador, a voluntariedade dos participantes, a confidencialidade do procedimento, a informalidade e a decisão pelos participantes”.⁴⁸⁴

Constitui o seu primeiro problema, pois uma lei de mediação deveria ser implantada para solucionar controvérsia também no setor público, deixando outras

⁴⁸⁰ MEDEIROS NETO, Elias Marques de; NUNES, Juliana Raquel. A importância da mediação para o acesso à justiça: uma análise à luz do CPC/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 7-8, 2019.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 168.

⁴⁸² *Ibid.*, p. 168.

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 168.

⁴⁸⁴ DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. **Revista Direito do Estado**, [S. l.], n. 151, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>. Acesso em: 26 jun. 2021.

modalidades de autocomposição para diplomas legais específicos ou o próprio CPC, que já havia sido aprovado quando da edição do diploma.⁴⁸⁵

Com efeito, a opção do legislador, “[...] não foi implantar claramente a mediação na Administração Pública, mas instituir um conjunto de mecanismos de autocomposição, do qual a mediação é uma espécie que pode ser ou não implantada”.⁴⁸⁶

Ao contrário do que infirmam os autores, entretanto, o marco legal da mediação carrega vários dispositivos que possibilitam, de maneira clara, a instituição da mediação no âmbito da Administração Pública, notadamente naquilo que concerne aos conflitos com os cidadãos.

Fernanda Tartuce expõe que, no capítulo destinado às regras sobre os auxiliares da Justiça, é dedicada uma seção a mediadores e conciliadores judiciais, “[...] havendo ali várias previsões que se alinham ao teor da Resolução 125 do CNJ”, distinguindo-se, porém, entre conciliação e mediação.⁴⁸⁷

Convém atentar para o fato de que, “[...] em diversas previsões ambos os mecanismos são tratados conjuntamente pelo legislador”. Noutras, porém, essa distinção inexistente. Apesar disso, o Código de Processo Civil de 2015 “[...] traz diretrizes interessantes sobre a mediação judicial”⁴⁸⁸.

Essa previsão não deve ser vista como uma contradição ao princípio da informalidade, pois “[...] a Lei regulou o tema para trazer parâmetros úteis e alguma previsibilidade, mas não impõe um modo rígido de atuação”, sendo necessário, porém, monitorar o desenvolvimento da aplicação das regras legais.⁴⁸⁹

Apesar da possibilidade de serem utilizados outros meios alternativos de solução de conflitos, o emprego da mediação sempre foi mais restritivo, especialmente em decorrência da ausência de previsão legal. Assim, essas possibilidades foram ampliadas pelo CPC e pelo Marco Legal da Mediação.⁴⁹⁰

⁴⁸⁵ DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. **Revista Direito do Estado**, [S. l.], n. 151, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>. Acesso em: 26 jun. 2021.

⁴⁸⁶ *Ibid.*

⁴⁸⁷ TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. **Revista de Processo**, Brasília, DF, v. 258, p. 497, 2016.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 497.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 497.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 497.

O art. 334 do CPC prevê que o juiz designará audiência de conciliação ou mediação. O art. 695 do CPC determina que, nas ações de família, recebida a peça inicial e apreciado eventual pedido de tutela provisória, deveria o juiz citar a parte oposta para audiência de mediação⁴⁹¹.

Malgrado o fato de os projetos da Lei de Mediação e do Novo CPC terem tramitado contemporaneamente e sido aprovados com pequeno intervalo de tempo, “[...] seus textos acabaram contemplando previsões conflitantes sobre mediação judicial”.⁴⁹²

A melhor solução, entretanto, não é considerar essa revogação, pois “[...] a situação pode ser resolvida pela aplicação da teoria do diálogo das fontes, devendo o aplicador considerar os princípios regentes dos meios consensuais para aplicar as regras que se revelem conflitantes”.⁴⁹³

As normas jurídicas não se excluem porque pertencem a ramos jurídicos distintos, porém, complementando-se, de modo que é possível reconhecer “[...] a possibilidade de subsunção concomitante do Novo CPC e da Lei de Mediação”, pois os dois sistemas têm princípios comuns.⁴⁹⁴

No caso de dúvida entre aplicação de uma norma ou de outra, “[...] o intérprete deverá conduzir sua conclusão rumo à resposta que mais se coadune com os princípios da mediação”, de modo que, quanto à obrigatoriedade da sessão de mediação, não deve prevalecer a leitura isolada da Lei de Mediação.⁴⁹⁵ “[...] além de não estar expressa na Lei de Mediação tal inevitabilidade, a aplicação das exceções constantes no Novo CPC, especialmente o caso de manifestação expressa de desinteresse por ambas as partes, é plenamente consentânea com a autonomia da vontade”.⁴⁹⁶

Prevalece, portanto, o entendimento acerca da presunção do desejo de as partes se conciliarem sem a necessidade de terem sua vontade substituída por terceiro. O Código de Processo Civil, entretanto, deve ser interpretado em consonância com o Marco Legal da Mediação.

⁴⁹¹ TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. **Revista de Processo**, Brasília, DF, v. 258, p. 497, 2016.

⁴⁹² *Ibid.*, p. 513.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 497.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 497.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 497.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 497.

Além do Código de Processo Civil, a Lei da Mediação trata pormenorizadamente do referido mecanismo, de maneira que complementa as disposições do Diploma Adjetivo nacional, além de pormenorizar os respectivos procedimentos.

Ocorre que, conforme Paulo Fagúndez e Juliana Goulart, o surgimento do Marco Legal da Mediação corrobora as recentes transformações do conteúdo e dos princípios do regime jurídico administrativo. As mudanças econômicas, sociais e estatais fizeram surgir outras concepções para a Administração Pública.⁴⁹⁷

Estas surgiram do consensualismo, cidadania ativa, eficiência, entre outros, como promessa de superação da hiperlitigiosidade, tendo como objetivo a mudança de comportamento e a reforma do sistema judicial, coadunando-se com a concepção consensual da Administração Pública.⁴⁹⁸

Isso porque a razão de ser do aparato estatal configura os cidadãos, que passam a ser enxergados como protagonistas. Mitiga-se, portanto, o princípio geral e constitucional do sistema inglês para que a Administração Pública previna e resolva problemas sem levá-los ao Judiciário.⁴⁹⁹

Por isso mesmo é que é conveniente o rompimento com a visão deturpada de que a questão da Justiça está sujeita apenas a um dos poderes do Estado. A cidadania depende da instauração de um verdadeiro Estado Democrático de Justiça.⁵⁰⁰

Com procedência no Marco Legal, as câmaras administrativas resolvem conflitos envolvendo a discussão de equilíbrio econômico-financeiro de contratos entre a administração e cidadãos, propondo o órgão ou entidade aos interessados acordos com o Poder Público, mediante parâmetros fechados.⁵⁰¹

Nesse contexto, a parte contrária aceita ou não. Os demais requisitos e condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa. Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de seu atendimento, que terá efeitos gerais e será aplicada em casos idênticos.⁵⁰²

⁴⁹⁷ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; GOULART, Juliana Ribeiro. O marco legal da mediação no Brasil: aplicabilidade na administração pública. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito**, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 151, jul./dez. 2016.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 151.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 153.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 153.

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 157.

⁵⁰² *Ibid.*, p. 159.

As câmaras administrativas são, portanto, o principal instrumento criado e reforçado pelo referido diploma para concretizar a mediação entre a Administração Pública e os cidadãos, sem, entretanto, impor-se ao administrado a necessidade de aceitar a negociação de maneira imperiosa.

Assim, conforme Maria Tereza Dias, com a Lei 13.140, em 26 de junho de 2015, acerca da mediação entre cidadãos como solução de controvérsias e autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, o tema da mediação na Administração Pública foi retomado.⁵⁰³

Referida legislação passou a vigorar em dezembro de 2015. Suas questões preliminares são: “[...] a efetiva possibilidade de implantação da mediação no setor público e em que consiste a noção ampla de ‘autocomposição de conflitos’ carreada pela lei”.⁵⁰⁴

Esta se encontra “[...] baseada nas ideias de consensualismo, cidadania ativa, eficiência entre outras”. Estruturalmente, a Lei 13.140, de 2015, tratou primeiramente, da mediação entre cidadãos, após, “[...] da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público”.⁵⁰⁵

A Lei conta com quarenta e oito (48) artigos, dividindo-se em três capítulos. O primeiro refere-se à mediação, mediante disposições gerais e regras sobre os mediadores, “[...] divididas em seções sobre disposições comuns e regras sobre mediadores extrajudiciais e judiciais”.⁵⁰⁶

Há uma seção destinada ao procedimento de mediação, distribuída em subseções. Já o segundo capítulo se relaciona à autocomposição de conflitos nos quais for parte uma pessoa jurídica de Direito público, “[...] trazendo disposições comuns e regras sobre conflitos envolvendo a Administração Pública Federal”.⁵⁰⁷ O terceiro capítulo traz as disposições finais, entre os artigos 41 e 48⁵⁰⁸.

⁵⁰³ DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. **Revista Direito do Estado**, [S. l.], n. 151, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>. Acesso em: 26 jun. 2021.

⁵⁰⁴ *Ibid.*

⁵⁰⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁶ TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. **Revista de Processo**, Brasília, DF, v. 258, p. 513, 2016.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 497.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 497.

A Lei nº 13.140, de 2015, em seu art. 1º, parágrafo único, define a mediação como uma atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, não restando expressa “[...] uma característica que é importante para a eficácia do método, que é tratá-la como método extrajudicial”.⁵⁰⁹

O Diploma, no art. 2º, traz seus princípios: imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade; e boa-fé. O processo só realiza perante um mediador imparcial e aceito pelos “mediandos”.⁵¹⁰

A exigência de voluntariedade dos participantes para o uso do método é essencial, do modo como determina o art. 2º, § 1º da Lei nº 13.140 de 2015, cabendo a eles optar pela mediação para a resolução de sua controvérsia, podendo, inclusive, abandoná-la.⁵¹¹

O Diploma impõe obrigações ao Estado quanto ao uso da mediação, equiparando-a ao acesso à Justiça aos mais pobres, assegurando-lhes a gratuidade da mediação, conforme art. 4º, § 2º. Mesmo que a Lei não tenha estatuído código de ética completo aos mediadores, há normas que orientam a sua conduta.⁵¹²

Estas se encontram no art. 5º e seu parágrafo único. A responsabilidade penal do mediador no exercício da função é equiparada à do servidor público, nos termos do art. 8º, trazendo maior segurança ao exercício da atividade de mediador, afirmando a possibilidade de qualquer pessoa mediar, conforme art. 9º.⁵¹³

A Lei garante assistência por defensor público na mediação extrajudicial, conforme seu art. 10, mas “[...] poderia a Lei ter sido mais específica sobre o conteúdo das garantias. Não fica claro, por exemplo, se também será assegurada a gratuidade da mediação extrajudicial”.⁵¹⁴

⁵⁰⁹ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; GOULART, Juliana Ribeiro. O marco legal da mediação no Brasil: aplicabilidade na administração pública. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito**, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 151, jul./dez. 2016.

⁵¹⁰ DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. **Revista Direito do Estado**, [S. l.], n. 151, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>. Acesso em: 26 jun. 2021.

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. **Revista de Processo**, Brasília, DF, v. 258, p. 497, 2016.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 497.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 497.

Caso participe da sessão, deverá atentar para a regularidade do procedimento previsto nos arts. 14 a 20, bem como “[...] conhecer a forma correta de convocar alguém para uma sessão de mediação”, de acordo com o art. 21. Extrajudicialmente, o operador deve saber lidar com a cláusula de mediação em contratos.⁵¹⁵

A lei estabelece, quanto à mediação extrajudicial, o procedimento de convocação da outra parte, conforme art. 21, dispositivo criticável ao estipular que o convite será presumido rejeitado se não for respondido em até trinta dias de seu recebimento.⁵¹⁶

O ideal é interpretar “[...] o dispositivo como não cogente, permitindo, por exemplo, que as partes de um contrato reduzam tal prazo ao redigirem a cláusula de mediação” ou que o convocante estimule prazo reduzido, mas, razoável, para resposta.⁵¹⁷

O Diploma ora estudado regulamenta, pormenorizadamente, os procedimentos de mediação, especificamente: na vertente extrajudicial, pelos arts. 21 e 23; e, na judicial, pelos arts. 24 a 29. Deve-se, entretanto, atentar para aquilo que dispõe o art. 22.⁵¹⁸

Há, entretanto, uma ressalva, pois, se, de um lado, tal perspectiva coloca a mediação em evidência para o operador do Direito, arrisca a redução do instrumento aos seus aspectos formais e também legais “[...] em detrimento da operação efetiva e da exploração dos potenciais da mediação”.⁵¹⁹

O art. 22 determina que a previsão contratual da mediação deverá conter, inclusive, penalidade pelo não comparecimento da parte, e seu silêncio prevê multa equivalente a cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais, sem, entretanto, a possibilidade de exigência compulsória de seu cumprimento.⁵²⁰

Corroborando, assim, o *princípio da voluntariedade*. O art. 23 confere certa vinculação, prevendo que o juiz deverá suspender a ação por um prazo determinado

⁵¹⁵ TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. **Revista de Processo**, Brasília, DF, v. 258, p. 497, 2016.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 497.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 497.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 497.

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 497.

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 497.

ou até o implemento da condição, conferindo a possibilidade de se conceder *resultado prático equivalente*, vedando o prosseguimento do processo.⁵²¹

Há, na lei “[...] normas que impõem o uso da mediação judicial”, como o art. 27, que prevê a necessidade de designação de audiência para tanto, destacando o caráter obrigatório da cláusula de mediação “[...] ao vincular seu descumprimento a sanções, deixando, porém, “[...] algum espaço para a autonomia das partes.”⁵²²

A ausência dessas respostas é passível de causar insegurança ao mediando, “[...] que pode não entender que condutas pode exigir do mediador e pelo que ele pode ser responsabilizado, quanto ao mediador, que não tem contornos precisos para eventualmente se defender”.⁵²³

O dever de confidencialidade e suas exceções estão disciplinados nos arts. 30 e 31, que dão maior previsibilidade à matéria, determinando a possibilidade de formulação de normas, pelo Estado, para fomentar, permitir ou obrigar órgãos estatais a disponibilizar a mediação à população.⁵²⁴

Tal regulamentação interfere na oferta de mediação pelo Estado, sendo que seu primeiro destinatário é o Judiciário, mas pode se dirigir a vários outros órgãos e entidades, como Procons, Defensoria Pública e Ministério Público, que devem ser obrigados à implantação desses serviços e à sua realização adequada.⁵²⁵

Além dessa “parte geral”, o Marco Legal da Mediação trouxe dispositivos para a aplicação desse procedimento aos conflitos travados entre a Administração Pública e os seus administrados, bem como órgãos especificamente criados para essa finalidade.

Em adição aos dispositivos gerais, o Marco Legal da Mediação, corroborando seu caráter inovador, encerra dispositivos especificamente dirigidos a regulamentar a mediação nas hipóteses de conflitos entre a Administração Pública e seus administrados.

Nilsiton Aragão informa que a Administração Pública é a maior litigante do País, de modo que “[...] o pleno funcionamento dessas câmaras deve ser estimulado

⁵²¹ TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. **Revista de Processo**, Brasília, DF, v. 258, p. 497, 2016.

⁵²² *Ibid.*, p. 497.

⁵²³ *Ibid.*, p. 497.

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 497.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 497.

para garantir outras formas de abordagem distintas da decisão adjudicada”⁵²⁶, sendo que a inclusão de vias autocompositivas extrajudiciais é um dos melhores caminhos.

Quanto aos Estados, Distrito Federal e Municípios, “[...] fixou regras gerais sobre a câmara de mediação administrativa e deixou para os entes federados a regulamentação do modo de composição e funcionamento das câmaras, em seu art. 32, *caput*, e § 1º.⁵²⁷

O art. 32 da referida Lei determina a necessidade de autorização legislativa, conferida ao regulamento do chefe do Executivo pelo art. 84, IV, da Constituição de 1988, para implantar câmara de solução dos conflitos entre órgãos e entidades públicas; cidadãos e pessoa jurídica de direito público e TACs.⁵²⁸

As câmaras administrativas de mediação e conciliação, previstas pelo art. 32 da Lei de Mediação, solucionam conflitos e avaliam a admissibilidade “[...] dos pedidos de resolução de conflitos entre órgãos e entidades administrativas e entre cidadãos e as pessoas jurídicas de direito público”.⁵²⁹

Nesse sentido, a mediação caberia nas hipóteses do art. 32, II, da Lei e para as mediações coletivas previstas no seu art. 33, parágrafo único. O regulamento deverá estabelecer o modo de composição e funcionamento das câmaras, conforme art. 32, § 1º.⁵³⁰

Além disso, deverão ser determinados “[...] os critérios de submissão do conflito às câmaras, conforme casos previstos, devendo ser facultativa a submissão

⁵²⁶ ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. **A institucionalização da mediação judicial:** propostas de aprimoramento da gestão consensual de conflitos no Judiciário para a concretização do acesso à justiça. 2018. f. 231. Tese. (Doutorado em Direito) -- Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, 2018.

⁵²⁷ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; GOULART, Juliana Ribeiro. O marco legal da mediação no Brasil: aplicabilidade na administração pública. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito**, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 153, jul./dez. 2016.

⁵²⁸ DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. **Revista Direito do Estado**, [S. l.], n. 151, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>. Acesso em: 26 jun. 2021.

⁵²⁹ ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. **A institucionalização da mediação judicial:** propostas de aprimoramento da gestão consensual de conflitos no Judiciário para a concretização do acesso à justiça. 2018. f. 231. Tese. (Doutorado em Direito) -- Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, 2018.

⁵³⁰ DIAS, *op. cit.*

destes conflitos à respectiva câmara”, de conformidade com o art. 32, § 1º, do referido Diploma.⁵³¹

A submissão do conflito às câmaras não é obrigatória, conforme art. 32, § 2º, ao estabelecer “[...] que a submissão do conflito às câmaras é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado”, mas deixa a critério da Administração a criação dessas câmaras.⁵³²

São outras previsões de funcionamento dos mecanismos de autocomposição a “[...] obrigatoriedade de reduzir a termo o acordo formado consensualmente entre as partes e a determinação de que este acordo constituirá título executivo extrajudicial”, conforme art. 32, § 3º.⁵³³

Se houver consenso, o que for deliberado será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial, de acordo com o art. 32, § 3º. O § 5º do art. 32 determina que se compreendem na competência das câmaras a prevenção e a resolução de conflitos sobre o equilíbrio econômico-financeiro de contratos públicos.⁵³⁴

Não se incluem na competência das referidas câmaras, entretanto, “[...] as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos à autorização do Poder Legislativo”. Assim, se a providência depender de autorização do legislador, não se leva a questão à câmara.⁵³⁵

Tal medida é relevante para definir a natureza e os efeitos do acordo. No mesmo sentido, o Diploma expressamente prevê a possibilidade de serem solucionados conflitos relacionados ao equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados entre administração e cidadãos, conforme art. 32, § 5º.⁵³⁶

Nesse sentido, “[...] a lei afasta a disciplina da contratação pública das normas gerais de licitações e contratos administrativos, daí provavelmente a razão de ter

⁵³¹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. **Revista Direito do Estado**, [S. l.], n. 151, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>. Acesso em: 26 jun. 2021.

⁵³² FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; GOULART, Juliana Ribeiro. O marco legal da mediação no Brasil: aplicabilidade na administração pública. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito**, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 154, jul./dez. 2016.

⁵³³ DIAS, *op. cit.*

⁵³⁴ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; GOULART, Juliana Ribeiro. O marco legal da mediação no Brasil: aplicabilidade na administração pública. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito**, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 153, jul./dez. 2016.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 154.

⁵³⁶ DIAS, *op. cit.*

sido editada com este conteúdo específico”. Um dos dispositivos indutores da implantação da mediação no setor público é o art. 33.⁵³⁷

Notória, portanto, é a preocupação do referido diploma no que tange à resolução extrajudicial envolvendo a Administração Pública e os cidadãos, demonstrando, assim, a amplitude que pretende imprimir aos instrumentos de solução pacífica de conflitos.

Conforme Maria Tereza Dias, desde o marco legal, as câmaras resolverão conflitos envolvendo “[...] discussão de equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com cidadãos”. Outra possibilidade é a mediação sobre serviços públicos, conforme art. 33, parágrafo único.⁵³⁸

Isso porque determina que “[...] a inércia do regulamento poderá seduzir a administração a implantar a mediação a outros mecanismos de solução de problemas e conflitos na Administração”, autorizando, desse modo, o exercício de competência da Administração quanto aos métodos autocompositivos⁵³⁹, pois “[...] o exercício desta competência deve se dar de forma adequada, diferenciando-se as potencialidades que cada um tem a oferecer neste cenário”. Outro aspecto importante é a suspensão da prescrição após a instauração de procedimento voltado à resolução consensual de conflito.⁵⁴⁰

Observam-se, além disso, “[...] hipóteses de aplicação da lei na Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações no âmbito da Advocacia Geral da União”, nos termos dos arts. 34 e 35 a 40, respectivamente⁵⁴¹, a demonstrar sua aplicabilidade ampla.

Ocorre que o desejo pela conciliação poderia comprometer o direito material discutido, em decorrência da possibilidade de se atingir o lapso necessário à ocorrência da prescrição, sendo utilizado, assim, como instrumento procrastinatório.

Para Paulo Fagúndez e Juliana Goulart, contudo, a instauração do procedimento administrativo suspende a prescrição, conforme art. 34. Seu § 1º

⁵³⁷ DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. **Revista Direito do Estado**, [S. l.], n. 151, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>. Acesso em: 26 jun. 2021.

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ *Ibid.*

⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁵⁴¹ *Ibid.*

considera-o instaurado a partir do juízo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data de formalização do pedido de resolução consensual.⁵⁴²

Quanto à matéria tributária, “[...] a suspensão da prescrição deverá observar o disposto no Código Tributário Nacional, conforme preceitua o art. 34, § 2º da Lei”. A inércia do regulamento, entretanto, “[...] poderá estimular a administração a implantar a mediação e outros mecanismos de tratamento de conflitos no Poder Público”.⁵⁴³

Quanto aos conflitos envolvendo a Administração Pública Federal, a Lei previu regras mais detalhadas. A denominada *transação por adesão* é realizada quanto a certos temas geradores de conflitos repetitivos envolvendo a Administração Pública Federal.⁵⁴⁴

Assim, “[...] propor para todos os interessados um acordo com o Poder Público, uma proposta com parâmetros fechados”. Nos conflitos que envolvam controvérsia entre órgãos ou entidades de direito público integrantes da Administração Pública Federal, a Advocacia-Geral da União deverá compor o conflito.⁵⁴⁵

Se a resolução da controvérsia implicar reconhecimento da existência de créditos às pessoas jurídicas de direito público, a AGU solicitará ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação de dívidas reconhecidas como legítimas, conforme § 2º do art. 36.⁵⁴⁶

A formalização de resolução administrativa transacional por adesão “[...] não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão”, nos termos do § 6º do art. 36⁵⁴⁷.

Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias e fundações públicas e empresas públicas e sociedades de economia mista federais submetem seus litígios contra órgãos ou entidades da Administração Pública Federal à Advocacia-Geral da União, para composição extrajudicial, conforme o art. 37.⁵⁴⁸

⁵⁴² FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; GOULART, Juliana Ribeiro. O marco legal da mediação no Brasil: aplicabilidade na administração pública. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito**, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 155, jul./dez. 2016.

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 156.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 156.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 156.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 156.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 156.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 156.

Se não houver acordo, propõe-se ação judicial autorizada pelo Advogado-Geral da União, conforme art. 39. A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que ocasionou a dívida, caso se verifique que sua atuação constitui infração disciplinar” conforme o § 3º do art. 36.⁵⁴⁹

A parte não mais poderá questionar, judicial ou administrativamente, conforme o § 4º do art. 36. Caso o interessado seja parte em processo judicial coletivo, “[...] a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa”, de acordo com o § 5º do art. 36.⁵⁵⁰

É notório, portanto, o fato de que a legislação relacionada à temática se volta não apenas a regulamentar a mediação como instrumento de resolução extrajudicial de conflitos, como também a incentivar sua utilização efetiva em relação aos mais diversos casos.

Para Fernanda Tartuce, a Lei de Mediação completou, junto à Resolução 125 do CNJ e o CPC, um *minissistema de métodos consensuais de solução de conflitos*. Seu marco legal, entretanto, é a referida Lei de Mediação, dedicada apenas ao meio consensual, disciplinando-o minuciosamente e o regulando.⁵⁵¹

É regulamentação inédita. São as premissas da mediação as de que todos os envolvidos ganham com a criação de uma solução alternativa e que a disputa é única, “[...] não sendo necessariamente governada por uma solução pré-definida”.⁵⁵²

Referida mudança de paradigma não carece apenas da regulamentação legal, pois é imperioso que o profissional do Direito compreenda que uma de suas principais funções, além de representar e patrocinar o cliente, é “[...] conceber o *design* de um novo enquadre que dê lugar a esforços colaborativos”.⁵⁵³

Por isso é que “[...] foi externada a visão de dificilmente o advento de uma lei sobre mediação teria o condão de, por si só, levar advogados e jurisdicionados a

⁵⁴⁹ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; GOULART, Juliana Ribeiro. O marco legal da mediação no Brasil: aplicabilidade na administração pública. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito**, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 156, jul./dez. 2016.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 156.

⁵⁵¹ TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. **Revista de Processo**, Brasília, DF, v. 258, p. 497, 2016.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 497.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 497.

buscarem esse interessante mecanismo consensual”, até mesmo em decorrência da cultura e do ensino jurídico focados em leis escritas e sua interpretação.⁵⁵⁴

Malgrado toda a relutância que se identifique em relação ao tema, “[...] a existência de um marco legal posiciona o tema em um local de maior destaque, passando a ver o operador do direito como um objeto merecedor de preocupação e atenção”.⁵⁵⁵

Nota-se, portanto, que a Lei da Mediação traz possibilidades reais para a concretização do referido instrumento de resolução de conflitos para os litígios travados entre a Administração Pública e seus administrados, corroborando, mais uma vez, a necessidade desses procedimentos.

⁵⁵⁴ TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. **Revista de Processo**, Brasília, DF, v. 258, p. 497, 2016.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 497.

3 A GEOMETRIA HORIZONTAL APLICADA AOS LITÍGIOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: APRIMORAMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA E UMA ADMINISTRAÇÃO QUE DIALOGA

Este capítulo se dirige a tratar das possibilidades de aplicação de uma geometria horizontal aos litígios com a Administração Pública, na busca pelo aprimoramento do acesso à Justiça no contexto de uma administração dialógica.

Inicialmente, são trabalhados os modelos e teorias acerca da mediação de conflitos, especificamente, a Escola Negocial de Harvard, a mediação transformativa e a terapia do amor mediado, a mediação circular-narrativa com base em Sarah Cobb e a terapia narrativa em John Winslade e Gerald Monk.

A seguir, são vistas as possibilidades da mediação no aprimoramento do acesso à Justiça, desde o direito fundamental de acesso à Justiça na Constituição de 1988 e da inafastabilidade da jurisdição, trabalhando-se a PEC 108/2015 e o *Multi-door Courthouse System*, bem como a mediação como uma de suas “portas”.

Finalmente, são divisadas as possibilidades de uso da mediação nos conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos, especificamente nas Parcerias Público-Privadas (PPPs), nos processos administrativos disciplinares, nos ajustamentos de conduta e nos acordos de não persecução cível.

3.1 Principais modelos e teorias acerca da mediação de conflitos

A mediação de conflitos é uma técnica de resolução pacífica de conflitos que, apesar de se voltar a amenizar a crise de litigiosidade que caracteriza o Judiciário brasileiro, demonstra certa complexidade, especialmente no que se relaciona à tentativa de tratar o conflito, não de eliminá-lo.

Explica-se, resumidamente, o procedimento de mediação. Ocorre que seus procedimentos, justamente por se direcionarem ao tratamento de um fenômeno social complexo como o conflito, não se exprimem simples. Essa situação resultou em uma multiplicidade de teorias relacionadas ao tema.

As técnicas de mediação, basicamente, são de dois tipos: os *modelos focados no acordo*, também denominados de *mediação satisfativa*, ou *Escola de*

*Harvard; e os modelos focados na relação - mediação circular-narrativa ou sistêmica - e a mediação transformativa.*⁵⁵⁶

O objetivo deste capítulo é o estudo dos principais modelos e teorias acerca da mediação de conflitos, especificamente, da Escola Negocial de Harvard, da mediação transformativa, da Terapia do Amor Mediado, da mediação circular-narrativa com suporte em Sarah Cobb, e da terapia narrativa em John Winslade e Gerald Monk.

3.1.1 Escola Negocial de Harvard

Ultrapassando a mera propositura de uma conciliação entre as partes conflitantes, como modelos mais tradicionais, menciona-se, como teoria relativamente simplista, a mediação avaliativa, que se foca de maneira exclusiva na obtenção de um acordo.

Ocorre que, no começo dos anos de 1980, surgiu, na Faculdade de Direito de Harvard, nos Estados Unidos da América do Norte, uma teoria acerca da mediação que se colocou um passo à frente da mera perspectiva de eliminação do conflito por intermédio do acordo.

Conforma o chamado *modelo tradicional-linear* que, apesar de se propor a um tratamento mais aprofundado das contendas, constitui uma vertente negocial, também dirigida à obtenção de um acordo, entretanto, desde a busca dos verdadeiros interesses das partes.

Conforme Raiffa, no âmbito da Escola Negocial de Harvard, é necessário presumir que cada parte na negociação refletiu sobre o problema de decisão que enfrenta. Cada um tenta determinar a melhor opção para negociar. Referida técnica é frequentemente empregada em negociações internacionais, especialmente multipartidárias.⁵⁵⁷

Com amparo nessas premissas, demonstra-se necessário tratar da Escola Negocial de Harvard, desde o surgimento, o denominado *modelo tradicional-linear*, seu objetivo de mediar interesses, assim como suas possibilidades teóricas na qualidade de *modelo-base*.

⁵⁵⁶ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2014. p. 73.

⁵⁵⁷ RAIFFA, Howard. **The art and science of negotiation**. Cambridge: Harvard University Press, 1982, p. 45-211.

Como um dos derivativos do modelo ideal de tribunal multiportas, também a Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, nos EUA, surgiu, anos depois, um modelo de mediação, caracterizado por uma técnica negocial específica e multidisciplinar.

Conforme Roger Fischer, William Ury e Bruce Patton, criadores da referida técnica, o Programa de Negociação da *Harvard Law School*, concebido por Frank E. A. Sander e pelos próprios Fischer e Ury, dentre outros, surgiu ao redor de 1983, para conceber uma negociação eficiente e criativa.⁵⁵⁸

Tal modelo aflorou como instrumento para se alcançar o que se queira de outrem, tendo quatro diferenciais: separa pessoas e problemas; concentra-se nos interesses, não nas posições; cria várias possibilidades antes da escolha; investe em resultados objetivamente padronizados.⁵⁵⁹

O Projeto de Negociação de Harvard propõe uma negociação baseada em princípios, ou *negociação dos méritos*. O acordo sensato seria capaz de atender aos interesses legítimos de cada parte na medida do possível, resolvendo imparcialmente os interesses conflitantes.⁵⁶⁰

Além disso, o acordo deve ser duradouro e considerar os interesses da comunidade. O jogo da negociação se dá em dois níveis: no primeiro, a negociação é centrada na substância, enquanto, no outro, o foco é o procedimento para lidar com a substância.⁵⁶¹

O método, portanto, é centrado em uma lógica próxima à puramente negocial, para tentar obter um acordo que coincida, o máximo possível, com a vontade das partes e da sociedade, simultaneamente.

Ocorre que, para Schmitz, nos anos de 1980, os autores enfrentavam ao menos três desafios. O primeiro era convencer os educadores jurídicos de que a educação sobre a resolução alternativa das disputas em geral, e a mediação em particular, era algo pertencente ao currículo da Faculdade de Direito.⁵⁶²

⁵⁵⁸ FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to yes: negotiation agreement without giving in**. 3. ed. London: Penguin Books, 2011, p. 12.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 12-23.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 23-29.

⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 29.

⁵⁶² SCHMITZ, Suzanne J. What should we teach in adr courses? Concepts and skills for lawyers representing clients in mediation. **Harvard Negotiation Law Review**, v. 6, n. 189, p. 189-210, 2001, p. 90.

A maior parte da literatura publicada na época concentrava-se no papel do mediador. Muito pouco havia sido escrito sobre o papel do advogado na mediação e, logo que foi produzido no início dos anos de 1990, dirigia-se a programas de Educação Jurídica Continuada e a periódicos de advogados.⁵⁶³

O terceiro desafio era a divisão no interior da comunidade de mediação quanto a se os advogados deveriam participar do procedimento, fazendo com que muito pouco fosse escrito acerca da temática. Agora, essa participação é mais comum em decorrência do crescente uso do procedimento nos tribunais.⁵⁶⁴

Desse modo, a propagação das teses formuladas pela Escola Negocial de Harvard, em sua fase inicial, não bastou para que passassem a fazer parte do ensino jurídico estadunidense, ao menos não de maneira específica, sendo que sua influência se consolidou apenas anos depois.

Conforme Susskind, o governo toma muitas decisões que moldam as vidas das pessoas. Os componentes básicos da democracia são crescentemente ineficazes para produzir decisões com as quais a maior parte das pessoas concorda e que sejam justas, eficientes e executáveis.⁵⁶⁵

O processo legislativo é muito primitivo para dar conta das intrigas científicas e técnicas direcionadas às escolhas acerca de políticas públicas, que são facilmente manipuláveis por membros de partidos e não estão adaptadas a reconciliar valores conflitantes.⁵⁶⁶

A inabilidade do Judiciário em acompanhar efetivamente a enxurrada de casos é bem documentada. Muitos conflitos legislativos e administrativos não resolvidos acabam na Corte, que nada mais faz do que escolher vencedores e perdedores.⁵⁶⁷

Raramente, se é que o fazem, reconciliam os pedidos legítimos das partes em conflito de interesses. Então, não é surpreendente que as disputas não sejam resolvidas. São apenas estabilizadas temporariamente, para, tão somente, reaparecer com outra roupagem.⁵⁶⁸

⁵⁶³ SCHMITZ, Suzanne J. What should we teach in adr courses? Concepts and skills for lawyers representing clients in mediation. **Harvard Negotiation Law Review**, v. 6, n. 189, p. 189-210, 2001, p. 91-93.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 93-94.

⁵⁶⁵ SUSSKIND, Lawrence . Mediating public disputes. **Harvard negotiation journal**, v. 1, n. 1, p. 19-22, jan., 1985, p. 19.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 19.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 19.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 19.

Desse modo, a possibilidade de uso da mediação para a resolução das disputas entre o Poder Público e os cidadãos não é estranha à Escola Negocial de Harvard, inclusive no que se relaciona à impossibilidade de eliminação dos conflitos por meio da substituição das vontades das partes pela decisão judicial.

Para Mandell, Petraeus e Subramanian, as negociações não são perigosas apenas para atores privados que buscam negociar com o governo, pois a incompreensão da fonte de poder em jogo também afeta os governos quando tentam entrar em parcerias público-privadas. Constitui um processo importante para a tomada de decisão governamental.⁵⁶⁹

O conceito de poder é tão importante nas negociações na esfera pública, tendo conquistado um lugar de relevo por constituir vantagem significativa para o partido que o possui. Se um negociador tiver menos poder do que sua contraparte, é provável que busque poder para contrabalançar sua posição.⁵⁷⁰

As estruturas formais de poder são relevantes em decorrência do pendor institucional quanto a elas. A capacidade de limitar a gama de resultados possíveis por meio do poder de veto ou do de restrição dos agentes, frequentemente, se encontra em jogo nas negociações governamentais.⁵⁷¹

Quanto ao poder “misto”, além da ideia de poder legítimo, relacionada a um título específico em uma hierarquia, o poder baseado na posição inclui o “poder de recursos”, baseado no “controle sobre os recursos” que acompanham uma função. As pessoas que o detêm acumulam recursos para fortalecer sua base.⁵⁷²

Representa algo particularmente evidente nas negociações governamentais, em decorrência da importância dos procedimentos parlamentares e audiências públicas. Ocorre que o poder informal também é parte importante do cenário de negociação para os atores públicos.⁵⁷³

A combinação dessas distintas categorias resulta em uma nova estrutura de poder, baseada no poder formal, misto e informal, modelo que permite que os negociadores do setor público categorizem e cataloguem de maneira mais precisa

⁵⁶⁹ MANDELL, Brian; PETRAEUS, Stephen; SUBRAMANIAN, Guhan. Sources of power in public negotiations: a framework applied to public-public and public-private negotiations. **Harvard negotiation journal**, v. 36, n. 4, p. 397-419, jul., 2020, p. 401.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 401-402.

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 405.

⁵⁷² *Ibid.*, p. 405-406.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 412.

as variegadas fontes de poder em jogo, entrando preparados em uma negociação.⁵⁷⁴

Desse modo, a mediação com a Administração Pública deve levar em consideração o conceito de *poder*, ainda que na aplicação da técnica negocial de Harvard, inclusive para que se compreenda a incidência e as possibilidades de reinterpretção da supremacia do interesse público.

Note-se que, até mesmo em decorrência da necessidade de obediência ao princípio constitucional da *impessoalidade*, o método ora tratado, em razão de seu cariz negocial, demonstra vantagens relativamente à mediação entre a Administração Pública e os administrados.

Na concepção de Deleon, a mediação é um método de resolução das disputas trabalhistas ou contratuais e uma técnica empregada por gerentes para resolver disputas. O mediado atua junto a uma das partes e é capaz de ser um terceiro neutro. Já no setor público, em regra, é que se volte a encontrar um meio-termo entre vários interesses, influenciando a formação de políticas públicas.⁵⁷⁵

Desse modo, a mediação no setor público, nos termos daquilo que determina a técnica de mediação da Escola de Harvard, referida técnica de resolução alternativa de disputas deve ser utilizada com o objetivo de alcançar uma decisão que tenha, no limite, consequências coletivas.

Conforme Eva Jonathan e Samanta Pelajo, o *modelo linear* foi criado no âmbito do *Projeto de Negociação de Harvard*, centro de estudos interdisciplinar sobre negociação, criado na *Harvard Law School*, em 1979. Nesse contexto, a *transmissão linear* de dados é um fluxo de informação por meio de um *canal*.⁵⁷⁶

Trafega, portanto, de uma *fonte* a um *destinatário*, com vistas a ajudar os envolvidos a assumir um papel ativo no reconhecimento mútuo dos recursos, necessidades e opções, capacitando-os a decidir e mudar a interação com o outro e em si mesmos, denominadas de crescimento ou desenvolvimento moral.⁵⁷⁷

⁵⁷⁴ MANDELL, Brian; PETRAEUS, Stephen; SUBRAMANIAN, Guhan. Sources of power in public negotiations: a framework applied to public-public and public-private negotiations. **Harvard negotiation journal**, v. 36, n. 4, p. 397-419, jul., 2020, p. 413.

⁵⁷⁵ DELEON, Linda. Using mediation to resolve personnel disputes in a state bureaucracy. **Harvard negotiation journal**, v. 10, n. 1, p. 69-86, jan., 1994, p. 69.

⁵⁷⁶ JONATHAN, Eva; PELAJO Samanta. Diferentes Modelos: Mediação Linear (Harvard). In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 189-190.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 205.

Determina-se, portanto, alguma preocupação com o efetivo tratamento dos conflitos que, entretanto, não ocorre em detrimento da negociação como principal objetivo do método, mas, sim, de maneira incidental, como uma consequência bem-vinda do acordo.

O chamado *Modelo Tradicional-Linear* surgido do projeto de mediação de *Harvard*, no início dos anos de 1980, teve como principal objetivo a resolução de contendas envolvendo questões econômicas e comerciais, aumentando progressivamente sua gama de atuação.

Segundo Ury, a negociação é o meio mais importante de tomada de decisão na vida pública, pois, ainda que os cidadãos não estejam na mesa de negociações, seus resultados afetam a vida de todos. Assim, as negociações mudam vidas.⁵⁷⁸

A Escola Negocial de Harvard, malgrado a ênfase no acordo em si e não nas partes, ainda se preocupa com as mudanças que a mediação é capaz de provocar na vida das pessoas, notadamente se utilizada em relação a conflitos no âmbito público.

Maurício Almeida informa que o modelo se originou na mediação *empresarial* e, após, foi direcionado para conflitos na seara familista, mas sua principal ferramenta de aplicação é a *negociação*. A linha adotada pelo *Program on Negotiation at Harvard Law School* é a mediação *passiva*, sem intervenção do mediador. Concentra-se no conteúdo *verbal*, desconsiderando pontos ligados a outros aspectos do conflito, recebendo inúmeras críticas.⁵⁷⁹

Sucedo que é importante instrumento para negociar querelas atinentes ao objeto do conflito. Seu objetivo principal é a formalização do acordo. A linha que divide o modelo harvardiano e a conciliação é tênue, de modo que é importante apontar as diferenças e semelhanças entre os institutos.⁵⁸⁰

Princípios como a autodeterminação das partes, a imparcialidade do mediador e *não adversalidade* são trabalhados pelo modelo linear, que se mostra

⁵⁷⁸ URY, William. **Getting past no: negotiating in difficult situations**. Nova York: Bantam Books, 1993, p. 18.

⁵⁷⁹ ALMEIDA, Maurício Vicente Silva. Breve análise da mediação tradicional de Harvard e da mediação transformativa de Bush e Folger. *In*: LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo (org.). **Mediação: teoria e prática**. Belo Horizonte: New Hampton Press, 2011. p. 65-66.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 66.

um eficaz instrumento se as partes tiverem interesse em buscar apenas a solução do conflito manifesto.⁵⁸¹

Exclui-se, porém, a apreciação dos aspectos emocionais, psicológicos, afetivos e sociais do conflito⁵⁸², dirigindo-se, portanto, à obtenção de um acordo baseado nos efetivos interesses dos litigantes, ignorando uma série de fatores relevantes em relação às próprias partes.

Refere-se, portanto, mais à necessidade de eliminação do conflito em direção à estabilidade de relações (notadamente as econômicas), do que ao seu tratamento ou superação pelas partes, preocupando-se, especialmente, com a racionalidade dos acordos.

Para Juan Carlos Dupuis, o método de negociação da Escola de Harvard visa a um acordo sensato, eficiente e que melhore, ou, ao menos, não deteriore o relacionamento das partes. Já a negociação por posições produziria acordos insanos, ineficientes e comprometedores das relações entre as partes.⁵⁸³

Com vistas a esse objetivo, deve-se atacar o problema, não as pessoas, bem como concentrar-se nos interesses, não nas posições. Além disso, é necessário criar várias possibilidades que favoreçam interesses compartilhados, por meio de um *brainstorming*, antes de se decidir.⁵⁸⁴

Impende insistir para que o resultado seja baseado em alguns critérios justos e objetivos, por exemplo, no valor de mercado ou na opinião de especialistas, assim, deixando de lado as posições das partes, sem, entretanto, desconsiderá-las totalmente.⁵⁸⁵

Note-se que as questões relacionadas à negociação procuram se focar em critérios que sejam objetivos, tanto quanto possível, voltando-se ao convencimento acerca das vantagens econômicas e sociais de um acordo, sem, entretanto, efetivamente tratar o conflito.

As posições são utilizadas para aferir os interesses a elas subjacentes, apesar de não serem aquelas os objetivos do processo, tendo em vista que a

⁵⁸¹ ALMEIDA, Maurício Vicente Silva. Breve análise da mediação tradicional de Harvard e da mediação transformativa de Bush e Folger. *In*: LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo (org.). **Mediação: teoria e prática**. Belo Horizonte: New Hampton Press, 2011. p. 66-67.

⁵⁸² *Ibid.*, p. 67.

⁵⁸³ DUPUIS, Juan Carlos. **Mediación y conciliación**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 40.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 40.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 40.

mediação se dirige a tratar não as impressões ou discursos, mas, sim, as vontades reais das partes.

Para Juan Carlos Vezuela, a técnica depende da aferição dos interesses, desarmando o discurso infértil da posição, atentando-se para as emoções dos clientes para que, após serem apontadas, sejam utilizadas na procura dos verdadeiros interesses, fazendo com que atralhem no processo de mediação.⁵⁸⁶

As emoções, portanto, não passam de instrumentos para que os mediadores descubram os verdadeiros interesses das partes e os manipulem em direção a um acordo que, ao menos contextualmente, seja mais ou menos vantajoso para os litigantes.

De acordo com Carrie Menkel-Meadow, sob as demandas ou posições dos negociadores, há os interesses das partes condutores a soluções integrativas, para problemas que usavam negociações de interesses complementares ou conflitantes, para aumentar os recursos antes de dividi-los.⁵⁸⁷

Tais fatores possibilitariam encontrar outras maneiras de maximizar o ganho conjunto no lugar do individual, pois as negociações não têm que se referir apenas a dividir e competir, cabendo alguns questionamentos mais profundos sobre preferências e necessidades.⁵⁸⁸

Na sequência, permite buscar soluções com maior probabilidade de satisfazer todas as partes em vez de uma, para garantir maior estabilidade aos resultados ou de evitar o desejo de vingança. Até porque as mesmas partes podem passar do papel de mediador para o de árbitro.⁵⁸⁹

Os resultados do acordo, assim, presumem-se prolongados, simplesmente em decorrência do fato de que as partes chegaram a um termo abstratamente vantajoso para as componentes do conflito, entretanto, sem considerar fatores mais profundos do que os interesses captados pelos mediadores.

Se a mediação tradicional-linear não tiver sido a primeira grande teoria acerca desse método de pacificação extrajudicial de conflito, ao menos demonstra ser

⁵⁸⁶ VEZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. 5. ed. Balneário Camboriú: IMAB, 2001. p. 48.

⁵⁸⁷ MENKEL-MEADOW, Carrie. The historical contingencies of conflict resolution. **International Journal of Conflict Engagement and Resolution**. Washington, v. 1, n. 1, p. 36, 2013.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 36.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 39.

aquela que se espalhou de maneira mais notória, bem como a mais utilizada no contexto da advocacia.

Gary Friedman e Jack Himmelstein a entendem como uma maneira de modificar as bases da advocacia adversarial predominante, com base na filosofia do direito e na natureza dos conflitos tratados pelo Judiciário, procurando uma saída mais humanista, envolta em fatores psicológicos emocionais e axiológicos.⁵⁹⁰

Esses enfrentamentos são consubstanciados no *understanding-based mediation approach*, cuja chave é o atingimento de um determinado nível de atendimento para possibilitar o esclarecimento das partes acerca das demandas, mediante apoio de seus patronos.⁵⁹¹

Desse modo, compreende, efetivamente, um modo para se evitar o ciclo de dificuldades enfrentadas pelos envolvidos no contexto de um conflito⁵⁹², facilitando um acordo com o qual todas as partes estejam, ao menos naquele instante, de acordo, mesmo que sirva somente para eliminar o litígio.

Ocorre que os modelos de mediação não se mostram estanques, sendo aplicados simultaneamente, para que seja possível extrair o máximo de vantagens em prol de uma transação que, simultaneamente, trata o conflito e possibilita a obtenção de um acordo.

Por isso é que, para Carrie Menkel-Meadow, essa mudança de papel exprime, porém, algumas dificuldades éticas. Assim, a hibridização de processos de resolução das disputas produz uma variedade de inovações legais, como o júri resumido, as avaliações neutras precoces e os *ombuds*.⁵⁹³

A hibridização de processos de resolução das disputas permite buscar soluções consensuais, primeiro avançar em direção a mais comandos e, após, escolher quando as partes não resolvem seus conflitos, para tentar reduzir seus custos de resolução.⁵⁹⁴

Nesse mesmo sentido, é possível entender a teoria tradicional-linear como uma base teórica, com suporte na qual outros elementos são introduzidos e outras

⁵⁹⁰ FRIEDMAN, Gary; HIMMELSTEIN, Jack. **Challenging conflict**: mediation through understanding. Washington: American Bar Association, 2009. p. 5.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 5-29.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 29.

⁵⁹³ MENKEL-MEADOW, Carrie. The historical contingencies of conflict resolution. **International Journal of Conflict Engagement and Resolution**. Washington, v. 1, n. 1, p. 36, 2013.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 39.

técnicas utilizadas, situação que inclui procedimentos mais complexos ou tendidos a situações específicas.

3.1.2 Mediação Transformativa e a Terapia do Amor Mediado (TAM)

Enquanto a mediação tradicional-linear traz uma perspectiva negocial mais estrita, contudo, buscando desvelar os verdadeiros interesses das partes, a mediação transformativa procura efetivamente tratar não apenas o conflito, mas, também, aqueles que se encontram envolvidos na contenda.

Utiliza uma abordagem multidisciplinar, na tentativa de preservar as relações entre as partes mesmo após a resolução do conflito no qual se encontram envolvidas. No mesmo sentido está a chamada *Terapia do Amor Mediado* (TAM).

Esta, por sua vez, considera, de maneira profunda e indispensável, os sentimentos das partes envolvidas na contenda, bem como seu papel no surgimento, na permanência e na resolução do conflito que busca tratar, considerando vários elementos psicanalíticos.

Assim, faz-se necessário estudar tanto a mediação transformativa com supedâneo nos seus aspectos originais, quanto a Terapia do Amor Mediado (TAM), desde seu objetivo de mediar pessoas, sua consideração pela autodeterminação das partes, a terapia do reencontro e a mediação como arte.

De acordo com Eva Jonathan e Naura Americano, a mediação transformativa surgiu dos estudos de Robert Bush, professor de *ADRs* na *Hofstra University*, em Nova York, e de Joseph Folger, professor da Escola de Comunicação na *Temple University*, no Texas, que uniram e sistematizaram aspectos das duas áreas.⁵⁹⁵

Na mediação transformativa, o foco principal está nas pessoas em conflitos e na possibilidade de transformação das relações. Fundamenta-se em estratégias de fortalecimento e reconhecimento das partes e na ideia de que o acordo é somente um dos possíveis resultados da mediação.⁵⁹⁶

Sua principal meta é dar novos formatos ao relacionamento entre as partes e, em última instância, visa a *mudar as pessoas*, estimulando-as a estabelecer e

⁵⁹⁵ JONATHAN, Eva; AMERICANO, Naura dos Santos. Diferentes modelos: mediação transformativa. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivum, 2017. p. 203.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 203-204.

manter um relacionamento que lhes proporcione satisfação, em substituição àquele que causa o mal-estar.⁵⁹⁷

Assim, de conformidade com as autoras, a técnica de que se trata tem por objetivo a efetiva transformação das partes, em relação a questões psicológicas, sociais, comunicacionais e, no limite, jurídicas, tendo produzido vários adeptos desde sua difusão.

Nesse sentido, a obra dos referidos autores, intitulada *The Promise of Mediation: the transformative approach to conflict*, de 2004, foi mundialmente difundida, tendo inaugurado uma verdadeira *escola de mediação*, com diversos seguidores no mundo total.

Para Robert Bush e Joseph Folger, o cuidado com a direção dada pelos mediadores impulsionou a necessidade de se enfatizar a autodeterminação das partes não apenas como retórica, mas, também, na condução do procedimento, mediante a preocupação com uma prática diretiva clara e convincente.⁵⁹⁸

Essa abordagem prática está ligada à interação das partes em conflito, apoiada e facilitada por um mediador formado, com capacidade para encontrar ou forçar o equilíbrio, a *clareza única* e a *conexão social*, possível de ter perdido progressivamente sua interação conflituosa destrutiva.⁵⁹⁹

Referida transformação paradigmática permite que as pessoas, separadas e emaranhadas em problemas emocionais, que passam suas vidas sozinhas ou em seu direito, ajam no sentido de ir além das próprias perspectivas, abrindo seus problemas.⁶⁰⁰

Em decorrência de tais características, a teoria foi, ao menos na época, considerada um entendimento moderno do movimento para a difusão das ADRs, contudo, distanciando-se da mera formatação de acordos. Isso porque o modelo ora estudado se dirige à verdadeira *transformação do conflito*.

A mediação transformativa enfrenta o conflito, fortalecendo as pessoas (*empowerment*) e incentivando o reconhecimento recíproco entre as partes

⁵⁹⁷ JONATHAN, Eva; AMERICANO, Naura dos Santos. Diferentes modelos: mediação transformativa. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivum, 2017. p. 205.

⁵⁹⁸ BUSH, Robert Baruch; FOLGER, Joseph. **La promesa de mediación**. Buenos Aires: Ediciones Granica, 2008. p. 133.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 133-134.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 134.

(*recognition*): direciona-se para a identificação dos reais verdadeiros interesses e necessidades de cada parte, em sentido similar ao modelo tradicional linear.

Como ensinam Diogo Falek e Fernanda Tartuce, a técnica fomenta e apoia oportunidades para fortalecer o reconhecimento e o protagonismo das pessoas. O enfoque transformador se concentra no esforço de revalorização pessoal e de reconhecimento do outro, com o objetivo de ajudar os conflitantes a aumentar a sensibilidade mútua.⁶⁰¹

Independentemente, contudo, da maneira de resolver o problema, em uma visão relacional do mundo, de atitude adversarial à colaborativa, pois o reconhecimento (*recognition*) se dirige à identificação dos verdadeiros interesses, necessidades e valores entre as partes, de modo recíproco.

Na prática, o mediador ativamente desencoraja a discussão entre as partes acerca de eventos históricos de seu conflito, assumindo a noção de que essa abordagem retrospectiva é contraproducente. Esse método é útil para a constituição de acordos que destacam as partes mais importantes dos problemas futuros.⁶⁰²

Uma prática transformadora estimula as partes a decidir sobre sua importância ou utilidade, para que falem sobre passado, presente ou futuro: os problemas são discutidos formalmente e, após, por meio do diálogo, em vários formatos de mediação.⁶⁰³

Na mediação focada na resolução de problemas, o sucesso equivale a se alcançar um acordo que resolva o problema e satisfaça as partes. Já a abordagem transformativa se baseia em valores mais altos do que as vontades das partes, pois o sucesso é alcançado se as partes, como pessoas, se aprimoram.⁶⁰⁴

A comunicação deve ter a meta de reunir as partes interessadas, para capacitá-las a estabelecer relações, revalorizando-se e reconhecendo-se reciprocamente, de modo que o conflito passa a ser uma modalidade de crescimento das dimensões críticas e das inter-relacionadas da moral humana.⁶⁰⁵

⁶⁰¹ FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (org.). **Estudos avançados de mediação e arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 183.

⁶⁰² *Ibid.*, p. 134.

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 134.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 134.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, p. 134.

As partes chegam ao reconhecimento recíproco quando se abrem, voluntariamente⁶⁰⁶, alcançando uma pacificação verdadeira, inalcançável por intermédio da substituição da vontade das partes pela decisão judicial embasada na legislação.

Em tais circunstâncias, metade da dificuldade sensorial se encontra alocada entre o apoio à transformação do *interciece* conflitivo e seu potencial controle. Muitas vezes, entretanto, são os modelos de mediação utilizados como um processo *orientado para o futuro*.

A mediação transformativa, de acordo com seus estudiosos, é dividida em cinco (5) estádios. O primeiro é o *contracting*, no qual o mediador estabelece o contato entre os interessados, explicando as regras, parâmetros e limites do procedimento da mediação.⁶⁰⁷

Tem o escopo de trazer segurança e esclarecimento sobre as vantagens e desvantagens da via extrajudicial, por ser o primeiro contato com os mediados, esclarecendo-se dúvidas em relação ao procedimento e criando um clima de confiança e colaboração.⁶⁰⁸

O segundo estádio é o *developing issues*, no qual se identificam as questões que importam às partes: interesses expressados por manifestações externas; e os derivados de suas manifestações intrínsecas. Privilegia-se a técnica da *escutatória*.⁶⁰⁹

Segue-se, após, para o *looping*, no qual o mediador faz uma série de perguntas às partes e, com arrimo no teor das respostas, recoloca a pergunta em outros termos (*rephrasing*) ou noutra contexto (*reframing*), até que o interessado consiga externar seu real propósito.⁶¹⁰

A parte pergunta e repregunta quantas vezes for necessário. É uma fase lenta, que requer paciência e habilidade, especialmente pelo fato de que as partes são chamadas a refletir acerca das questões centrais, situação que enseja discussões e desentendimentos.⁶¹¹

⁶⁰⁶ FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (org.). **Estudos avançados de mediação e arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 134.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 71.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 71-72.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 72.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 73.

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 73-74.

Nesse período é que se analisa a atitude de cada parte, para facilitar a inserção de possíveis técnicas para amenizar o conflito e motivar as partes rumo à percepção de um futuro melhor. Finalmente, no *empowerment*, as partes solucionam, por si, o conflito.⁶¹²

Demonstra-se que o referido modelo trabalha integralmente o conflito, abrangendo os aspectos emocional, afetivo, financeiro, psicológico e também legal. Na mediação transformativa, “[...] o ideal é que o conflito seja trabalhado por uma comissão transdisciplinar”.⁶¹³

Os ganhos a serem obtidos pela mediação transformativa são mais significantes, pois surgem do diálogo entre as partes, que toma um caráter transformador e é traduzido em acordo, entretanto, como uma consequência natural.

Referida técnica é adequada para tratar de matérias envolvendo a Administração Pública e o administrado, em questões que envolvam punições disciplinares, assegurando que o servidor, mesmo que seja punido, por exemplo com a pena de suspensão, permaneça fiel aos pressupostos legais de sua função.

Uma especificação da teoria ora estudada é a *terapia do reencontro*, proposta pelo jusfilósofo Luis Alberto Warat. Constitui uma técnica dotada de peculiaridades, haja vista que se dirige a trabalhar o *amor*, não pretendendo, necessariamente, obter um acordo.⁶¹⁴

Para o referido autor, a mediação como *terapia do reencontro* é produção psicoterapêutica, da diferença com o outro de um conflito, na tentativa de introduzir novo sentido ao conflito, com procedência num *encontro construtivo com o lugar do outro*, para descobrir os efeitos internos que afetam ambos, sob a orientação de um mediador.⁶¹⁵

Mediadores de orientação *acordista* consideram o conflito como um problema a ser resolvido por um acordo. Fundamenta-se, com efeito, na ideologia e no individualismo possessivo, pois visa a estabelecer uma solução para um conflito percebido como problema.⁶¹⁶

⁶¹² FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (org.). **Estudos avançados de mediação e arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 74.

⁶¹³ *Ibid.*, p. 74-75.

⁶¹⁴ WARAT, Luís Alberto. **Surfando na Pororoca**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 3: o ofício do mediador, p. 69.

⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 69.

⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 61.

Isso ocorre, especialmente, por intermédio da redação de *convênios*. Denota-se, entretanto, que o *acordista* enxerga a sociedade como se fosse constituída por que lutam para satisfação individual de desejos e interesses⁶¹⁷, direcionando-se, assim, ao reconhecimento recíproco do amor entre as partes.

Na lição de Warat, coisas simples e vitais com amor se entendem pelos silêncios que as expressam, assim como a energia dirigida a raiva ou dor. A pessoa se faz serena no silêncio, brotando nela um sentimento amoroso, de paz com ela mesma, levando seu destino para a autonomia. Essa é a mediação.⁶¹⁸

Na mediação, a autocomposição é ecológica, eco autocomposição, porque ela é suscetível de ser havida como uma modalidade de realização da autonomia, pois educa, facilita e ajuda na produção das diferenças que modificam divergências. Autonomia, democracia, amor e ódio são meios de convivência com a conflitividade e com a impossibilidade de ser completo.⁶¹⁹

A função do mediador não é decidir, mas, sim, proceder a um discurso amoroso, de maneira que sua intervenção é amorável, diferente daquela reclamada de um juiz, pois deve retirar o conflito do espaço negro das pulsões destrutivas, nelas inscrevendo o amor.⁶²⁰

A intervenção do mediador, portanto, não é a de se imiscuir no conflito, mas, sim, de extrair dele as pulsões que o motivam e o conservam como litígio, extraíndo-as das partes e substituindo-as por sentimentos que se aproximem, o máximo possível, do amor.

De acordo com Warat, com amparo na cultura política da mediação, as relações sociais são a base mais importante desde o ponto de vista político e produtivo. O capitalismo global investe nas mesmas maneiras de vida, que passam a ser fundamentais até mesmo para valorar a produção.⁶²¹

A cooperação linguística e o diálogo dos sentidos passam a ser essenciais para a criação da tradicional ideia econômica de valor. Sem um diálogo

⁶¹⁷ WARAT, Luís Alberto. **Surfando na Pororoca**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 3: o ofício do mediador, p. 61.

⁶¹⁸ WARAT, Luis Alberto. Mediación: el derecho fuera de las normas: para una teoría no normativa del concurso licto. *Scientia Juris*, v. 4, p. 03-18, 2000, p. 5.

⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 5-13.

⁶²⁰ *Ibid.*, p. 13-14.

⁶²¹ WARAT, Luis Alberto. Mediación, derecho, ciudadanía, ética y autonomía en el humanismo de alteridad: notas algo dispersas varias veces modificadas para provocar el dialogo em uma classe. **Novos estudos jurídicos**, v. 9, n. 1, p. 77-120, jan.-abr., 2004, p. 94.

mundializado e uma mediação global, nada será possível. A mediação como paradigma é uma ampla rede de crenças e relações conceituais que guardam entre si certo ar de família.⁶²²

Esse sistema conforma determinada estrutura apriorística de elaboração social da experiência. É um horizonte de precondições de significação. O paradigma, portanto, é sempre uma dimensão inconsciente do saber, daquilo que se pensa e que põe em marcha o pensamento explícito.⁶²³

Desse jeito, a mediação, como é compreendida por Warat, não se resume à técnica negocial, à sistematização do conflito, nem mesmo à sua mera transformação, mas, sim, à sua compreensão naquilo que se relaciona aos seus aspectos mais profundos.

Warat entendeu que existe uma opinião generalizada de que o sistema de justiça dos países soberanos necessita de melhora, modernização e desenvolvimento substanciais. Essa demanda por mudanças é persistente nas sociedades, especialmente na brasileira.⁶²⁴

No Brasil, as instituições começam a se interrogar sobre a necessidade de se abrir a um processo de humanização de suas práticas. Em decorrência desse fato, surgiu um grande espaço para a conciliação, a negociação, a mediação e a arbitragem.⁶²⁵

Assim, as bases para os entendimentos de Warat acerca da mediação são similares àquelas apontadas pelas demais teorias relacionadas à temática, notadamente no que se vincula à sabida incapacidade do Poder Judiciário de lidar de maneira adequada com os conflitos submetidos seu crivo.

Em consequência, outra denominação concedida para o modelo é a *Terapia do Amor Mediado*, que, desse modo, propõe que o amor e a sensibilidade são instrumentos de mediação, não como meio para o reconhecimento de interesses,

⁶²² WARAT, Luis Alberto. Mediación, derecho, ciudadanía, ética y autonomía en el humanismo de alteridad: notas algo dispersas varias veces modificadas para provocar el dialogo em uma classe. **Novos estudos jurídicos**, v. 9, n. 1, p. 77-120, jan.-abr., 2004, p. 95-119.

⁶²³ *Ibid.*, p. 119.

⁶²⁴ WARAT, Luis Alberto. *Coaching* pessoal, comunitário e multicultural: experiências e técnicas para mediadores sem fronteiras. Elementos para uma cartografia de base para um treinamento jurídico social. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. (org.). **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 19.

⁶²⁵ *Ibid.*, p. 19.

mas, sim, na qualidade de sentimentos a serem desenvolvidos no decorrer do procedimento.

Conforme Carlos Vasconcellos, a técnica considera o universo dos sentimentos amorosos, de uma perspectiva simultaneamente psicológica, sensível, generosa, educativa e comunitária, adequando-se ao trabalho dos profissionais da saúde, educação, direito, trabalho comunitário e psicoterapias familiares.⁶²⁶

Chamar de *conciliação* o modelo de mediação focado no acordo é tradicional no Direito, pois agregada ao sistema oficial de administração da Justiça, com procedimentos específicos que o distinguem de outras modalidades de mediação.⁶²⁷

Todas se dirigem a criar condições para o entendimento entre as partes, visando à conciliação. Na mediação como *terapia do reencontro*, a psicoterapia do reencontro tenta ajudar as pessoas a amar e estabelecer vínculos com apoio em suas identidades.⁶²⁸

Denota vínculos conflitivos às partes, como em uma *viagem interior*, algo contínuo e mutante, como uma *arte de compartilhar*, de modo que se trata de um tipo de mediação que se propõe *trabalhar o amor*, demonstrando-se, assim, diferente dos outros modelos.

Tendo em vista que a terapia do amor mediado se direciona, de maneira central, a estabelecer o diferente e a alteridade, o acordo é uma simples consequência do processo, pois o verdadeiro objetivo é, sim, o reconhecimento recíproco do amor entre as partes.

O mediador deve recolocar o conflito no terreno das *pulsões da vida*, retirando-o do *espaço negro* das pulsões destrutivas, pois deve tentar efetivá-lo, por meio da *inscrição* do amor entre essas pulsões, portanto, entre o poder, a dependência e a dominação.⁶²⁹

O mediador é terapeuta, mestre ou orientador de um processo de aprendizagem com o outro. Exibir o conflito como litígio implica não considerar a necessidade de trabalhá-lo. Os demais métodos, contudo, interditam o conflito, congelando-o no tempo.⁶³⁰

⁶²⁶ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2014. p. 40.

⁶²⁷ *Ibid.*, p. 80.

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 40.

⁶²⁹ *Ibid.*, p. 69.

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 126.

Essa atitude possibilita demarcar a controvérsia de maneira jurídica abstrata que permita controlar as variáveis para organizar suas decisões. Subtrai-se o tempo por um processo de antecipação idealizada. Ao antecipar o tempo, é provocado o efeito de *controle normativo do futuro*.⁶³¹

Simula, desse modo, uma situação de segurança de que a lei poderia controlar, no presente, os conflitos futuros, produzindo uma *simulação de tempo*, impedindo que partes em conflito elaborem suas diferenças, subtraindo-as de sua temporalidade.⁶³²

Desse mesmo modo, a Terapia do Amor Mediado (TAM) propõe o desenvolvimento do amor e da sensibilidade como instrumentos de mediação, assim como uma diversidade de sentimentos que devem ser trabalhados no decorrer do processo.

Para Rocha e Willani, é possível que a mediação ensine a direcionar as palavras e a identificar sentimentos e expressá-los, correspondendo a um “[...] reaprender a se comunicar, dando a oportunidade de todo cidadão da nossa sociedade de conhecer e se autocompreender”.⁶³³

Essa perspectiva lhe fará sentir-se melhor, pela reflexão, autonomia e empoderamento gerado pela resolução de seus conflitos, abrindo-se os caminhos “[...] do tratamento e da valoração dos sentimentos”. O Judiciário, ao contrário, trata do fato ocorrido encaixando a lei correspondente.⁶³⁴

Em decorrência disso, mantém os sentimentos que motivaram o acontecido, os desconhecidos e desvalorizados. Assim, “[...] como uma erva daninha, o que se faz com o litígio é ceifar o caule, deixando as raízes ainda todas na terra, restando possibilidades para que se refaçam novos brotos”.⁶³⁵

Ocorre que o conflito não é o verdadeiro problema, não é algo a ser anulado, já que “[...] demonstra que o não dito gera uma incompletude e insatisfação ou uma

⁶³¹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2014. p. 126.

⁶³² *Ibid.*, p. 126.

⁶³³ ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, Sheila. Desamor e mediação: releitura sistêmica da ecologia do desejo de Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 30, n. 2, p. 113-130, jul.-dez., 2014, p. 120.

⁶³⁴ *Ibid.*, 2014, p. 120.

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 120-123.

má interpretação, ou ainda, de que algo mal compreendido existe”. Não se ignora a dimensão dissonante que integra o íntimo dos participantes do conflito.⁶³⁶

Desse modo, a mediação, conforme entendida por Warat, deve enfrentar não apenas o conflito em si, como, também, tratar das razões que conduziram à sua existência, partido das partes em direção ao litígio, não o contrário.

Leonel Severo Rocha e Roberta Gubert, ao cuidarem com profundidade da referida técnica, exprimem que esta é suscetível de ser intermediada por um *mestre*, que, “[...] mais do que um professor, é aquele que prepara sua própria morte, e impulsiona seu discípulo para além do ego e do intelecto teorizado”.⁶³⁷

A possibilidade do desenvolvimento e da ampliação da mediação, hoje, se encontra em crise, pois, de um lado, é proposta pelo Estado e sua estrutura legalista como alternativa ao esgotamento de suas instituições “[...] e à obstrução causada pelo volume gigantesco de processos judiciais”.⁶³⁸

Desse modo, passa a se realizar “[...] dentro do paradigma do direito estatal legalista; curiosamente, a mediação também é encarada, por aqueles que denunciam a crise deste direito, como um instrumento viável na construção de um novo paradigma de resolução dos conflitos”.⁶³⁹

A percepção sobre a importância da comunicação nesse processo faz com que Warat produza uma contraposição entre a verdade produzida pelo homem científico, como produto de sua consciência, e a verdade como sentido produzido pela sensibilidade do homem capaz de sentir e amar com sabedoria.⁶⁴⁰

Assim, funciona de maneira diversa dos projetos de mediação institucionalizada desenvolvidos pelo Poder Judiciário, que “[...] se aproximam da figura do mediador-fama, homem das ciências, que busca a ordenação, a solução definitiva pela instrumentalização de acordos”.⁶⁴¹

Fundado na perspectiva psicanalítica, Warat compreende que o conflito “[...] não pode ser simplesmente racionalizado, plenamente entendido, pois a relação

⁶³⁶ ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, Sheila. Desamor e mediação: releitura sistêmica da ecologia do desejo de Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 30, n. 2, p. 113-130, jul.-dez., 2014, p. 120.

⁶³⁷ ROCHA, Leonel Severo; GUBERT, Roberta Magalhães. A mediação e o amor na obra de Luis Alberto Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 33, n. 1, p. 114, jan./jun., 2017.

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 114.

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 114.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 115.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 115.

conflituosa guarda sempre algo oculto, inclusive do saber consciente das partes envolvidas”.⁶⁴²

Na Psicanálise, o segredo é um *foco de conflito*. Assim, o conflito deve ser sentido. Por isso, o mediador não intervém sobre o conflito; apenas cria um espaço e um tempo para que as partes conheçam o próprio sentimento e dissolvam o conflito pela transformação do sentimento conflituoso.⁶⁴³

O conflito não é um *corpo estranho* na sociedade ou um mal a ser solucionado. Em uma sociedade democrática, “[...] é preciso garantir o espaço de emergência do conflito e entendê-lo como uma manifestação própria da natureza humana e de seu caráter social”.⁶⁴⁴

Isso porque “[...] o homem, para ser feliz e amoroso, precisa estar em equilíbrio com o seu eu”. Se um sentimento o impedir e obter esse contato com seu interior, surge a tensão, manifestando-se o conflito por meio da *vontade conflitiva*.⁶⁴⁵

Por meio do conflito com o outro, passa a ser tratado como adversário hostil e considera que o conflito gerado pelo outro é um jeito de agressão, instalando-se como *confronto de vontades*. Assim, o mais importante é permitir às partes o autoconhecimento e o retorno ao equilíbrio com seu próprio eu.⁶⁴⁶

A mediação não se voltaria à obtenção de um acordo ao final de um prazo pré-estipulado. Assim, “[...] a função do mediador será a de ajudar as partes a ouvir uma linguagem mais apropriada para esta expressão”, contexto no qual a linguagem teria uma *dupla função ou intenção*.⁶⁴⁷

Primeiramente, “[...] seria a linguagem da prosa fática, empregada nos conceitos, nos pensamentos, no ego e nas verdades racionais”, pois a linguagem científica “[...] não pode ser a linguagem objetivo da vida quando abrimos nossos corações para tentar elucidar o que está oculto em nós”.⁶⁴⁸

Essa expressão depende da linguagem da poesia, que “[...] faz a comunicação com as reservas selvagens, com o inconsciente e com o mundo dos

⁶⁴² ROCHA, Leonel Severo; GUBERT, Roberta Magalhães. A mediação e o amor na obra de Luis Alberto Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 33, n. 1, p. 115, jan.-jun., 2017.

⁶⁴³ *Ibid.*, p. 116.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 116.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 116.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 117.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 117.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 118.

afetos. A função do mediador é auxiliar as partes a ouvir e a expressar essa segunda forma de linguagem”.⁶⁴⁹

Assim, “[...] o tempo que não pode ser preestabelecido em igual medida para todos, nem medido cronologicamente, pois cada um possui o seu processo de descoberta da singularidade”, que aproxima as pessoas da realidade daquilo que sentem.⁶⁵⁰

Desse modo, conduzem-nas rumo à sua “[...] reserva selvagem, ao centro recalcado dos próprios afetos”. *In hoc sensu*, é que se faz necessário resgatar, na formação do mediador, “[...] a ideia de uma relação entre mestre e discípulo, lembrando”.⁶⁵¹

As escolas de mediação, geralmente, “[...] se preocupam apenas em passar técnicas e recomendações, protocolos e formalidades, e de fato acabam formando meros conciliadores e negociadores”.⁶⁵²

Entenda-se que “[...] a mediação não é uma ciência que pode ser explicada, mas uma arte transmitida pela experiência”, de forma que “[...] o mediador não pode ser formado como um técnico profissional”, até mesmo por não se tratar de uma profissão. Assim, “[...] nem todos terão o perfil para ser um mediador”.⁶⁵³

Com efeito, “[...] a comunicação voltada para a afirmação é uma forma de violência. Assim, na formação do mediado, o mestre buscará a comunhão de corações e experiências, sem a intermediação de palavras”, pois seu papel em relação às partes não será técnico.⁶⁵⁴

O acordo estabelecido por meio de pressão externa “[...] não repercute no mundo interno e acaba se tornando um pacto frágil, fácil de ser quebrado, porque nada transforma na pessoa. Por dever de ofício, o mediador deve, inclusive, abster-se de interpretar”.⁶⁵⁵

Denota-se, portanto, que, caso a mediação seja compreendida como simples conciliação ou negociação, “[...] o acordo por ela produzida será apenas de palavras,

⁶⁴⁹ ROCHA, Leonel Severo; GUBERT, Roberta Magalhães. A mediação e o amor na obra de Luis Alberto Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 33, n. 1, p. 118, jan.-jun., 2017.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 118.

⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 119.

⁶⁵² *Ibid.*, p. 119.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 119.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 119.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 119.

voltado somente para uma barganha das vontades opostas e não produzirá qualquer autoconhecimento ou transformação”.⁶⁵⁶

A mediação é mais profunda, assemelhando-se ao processo terapêutico do *reencontro amoroso*. Não ocorre pela aplicação de técnicas para obtenção do acordo, mas permitindo às partes “[...] conhecerem e expressarem seus sentimentos”, transformarem a relação e desintegrarem o conflito.⁶⁵⁷

Desse modo é que não se estipula tempo determinado, pois “[...] cada sujeito terá seu próprio tempo de autoconhecimento e, conseqüentemente, de produção da autonomia e emancipação”, demandando-se, assim, uma *ética da alteridade* para a dissolução do conflito pelo autoconhecimento.⁶⁵⁸

De efeito, “[...] o amor é a melhor forma de administração de um conflito”, compreendido como categoria psicanalítica que “[...] expressa o sentimento mais visceral de existência” em um *direito da alteridade*, no qual a mediação se torna um esforço de autoconhecimento.⁶⁵⁹

Nesse procedimento, o mediador deve atuar como *narrador de contos*, “[...] apresentando, de modo épico e mítico, a verdadeira história daquela comunidade e, assim, contagiando as partes envolvidas a reconstruir suas alteridades”.⁶⁶⁰

Assim, a narrativa da mediação é mais pendida para a sabedoria do que para o saber racional, radicalizando-se no que concerne aos seus destinatários, pois seus *locis* se encontram nas comunidades mais carentes e populações marginalizadas e excluídas.⁶⁶¹

Busca, portanto, ouvir e dar voz aos que se encontram abandonados, fazendo com que a mediação assuma uma faceta/função de caráter social: “[...] é a mediação dos excluídos e esquecidos”, que enfrentam uma diversidade de conflitos profundos e multifacetados.⁶⁶²

Desse modo, até mesmo naquilo que concerne às relações entre países, a mediação, como entendida por Warat, levaria a entendimentos pacificadores, sendo

⁶⁵⁶ ROCHA, Leonel Severo; GUBERT, Roberta Magalhães. A mediação e o amor na obra de Luis Alberto Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 33, n. 1, p. 120, jan.-jun., 2017.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 120.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 120.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 120.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 121.

⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 121-122.

⁶⁶² *Ibid.*, p. 122.

capaz de tratar, além dos conflitos nacionais, as próprias culturas de países soberanos.

Conforme Rocha e Fernandes, a estabilização por intermédio dessa espécie de mediação ocorreria em várias frentes, por exemplo, pela intensificação das relações pessoais entre cidadãos, pelo fomento ao amor e à cultura da paz, pelo reforço à soberania, dentre outros.⁶⁶³

Malgrado a personalidade dos referidos modelos, estes são úteis na mediação da Administração Pública com os administrados, tanto por demonstrar aos agentes estatais que devem se preocupar em servir a sociedade, quanto em relação ao administrado, que passa a compreender seus deveres quanto à Nação.

3.1.3 Mediação Circular-Narrativa com amparo em Sara Cobb

A complexidade envolvida na mediação transformativa e na Terapia do Amor Mediado é capaz de limitar, grandemente, as possibilidades de seu uso em relação a questões mais simples ou que envolvam fortemente aspectos econômicas e financeiros.

É possível que, ao se concentrarem nos sentimentos das partes, referidos métodos se descuidem dos sistemas jurídicos e sociais nos quais se inserem. Assim foi que surgiu a denominada mediação circular-narrativa, teorizada pela mediadora estadunidense Sara Cobb.

Referido modelo se dirige a trabalhar o conflito por intermédio da substituição narrativa dos fatos extraídos das impressões e das histórias contadas pelas partes da contenda, na tentativa de reconstituir o caso de maneira que os litigantes aporem a um acordo que seja o mais satisfatório possível.

Assim, imperioso é estudar a mediação circular-narrativa, com suporte na mediadora estadunidense Sara Cobb e dos conceitos de circularidade, recontextualização, interação com o conflito e interconstituição narrativa, elementos essenciais no contexto da referida teoria.

O modelo circular-narrativo foi intuído, especialmente, pela referida autora, que, por sua vez, propõe um estalão de acordo que se preocupa tanto com a

⁶⁶³ ROCHA, Leonel Severo; FERNANDES, Pedro Ernesto Neubarth. A mediação waratiana como forma de consolidação do MERCOSUL: a busca por uma efetiva integração Social. **Direitos humanos e democracia**, a. 9, n. 17, p. 247-257, jan.-jun., 2021, p. 253-254.

constituição do acordo quanto com a conservação ou o tratamento da relação entre os envolvidos.

Sara Cobb entende que há narrativas que fecham opções para si mesmas, por serem irregulares e fornecerem uma explicação de violação. Essa narrativa, todavia, perpetua e aprofunda o tipo de discurso e destrui em vez de abrir o debate e a deliberação. É interessante que as narrativas sejam simples.⁶⁶⁴

O modelo se reporta a técnicas de comunicação e negociação em um contexto tendido para uma percepção sistêmica do conflito, dos “mediandos” e da interação deles, considerando, também, sua rede de relacionamentos e se atentando para a constituição social das partes.

Isabela Nascimento, por sua vez, exprime a ideia de que a mediação circular é um *processo de narração de histórias*, no qual a conversa e a integração ocorrem pelo processo de comunicação, configurando ou reconfigurando seus significados, modificando relações e levando acordo, desestabilizando a narrativa inicial e estabelecendo outra.⁶⁶⁵

Com base nesse procedimento, espera-se que as partes percebam a matéria como problema compartilhado, enfrentando-o, em vez de se enfrentarem, modificando a história individual do conflito para uma narrativa compartilhada e a reconstituição do relacionamento.⁶⁶⁶

A mediação narrativa circular pressupõe, de saída, que todas as pessoas vivem por meio de discursos e histórias, de maneira que são estabelecidas por meio de relações verbais, de modo a não entender que as pessoas são naturalmente violentas ou bondosas.

Conforme Juliana Aun, Maria José Vasconcellos e Sônia Coelho, por meio dessa metodologia, o profissionalia abstrair suas relações com o sistema. Essas distinções possibilitam promover a constituição de *sistemas de interconstituição de segunda ordem*. Constitui um modelo focado em desestabilizar os relatos e opções trazidas pelas partes em conflito.⁶⁶⁷

⁶⁶⁴ COBB, Sara. **Speaking of violence**: the politics and poetics of narrative in conflict resolution. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 37-81.

⁶⁶⁵ NASCIMENTO, Isabela Moreira Antunes do. Mediação circular-narrativa e teoria da identidade narrativa: aportes para uma interseção prática. **Anais do CIDIL**: colóquio internacional de direito e literatura, Porto Alegre, p. 119, 2019.

⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 119.

⁶⁶⁷ AUN, Juliana Gontijo; VASCONCELLOS, Maria José Esteves de; COELHO, Sônia Vieira. **Metodologia de atendimento sistêmico**. Belo Horizonte: ComArte, 2013. v. 2: o processo de

Por meio da *cocriação* de um contexto reflexivo, autônomo e colaborativo, viabiliza a formulação de relatos e opções ampliadas, transpondo a formulação de acordos, demonstrando ser um processo comprometido com o aprimoramento da qualidade da relação.⁶⁶⁸

Configura, portanto, a fase demonstrativa de que, para a mediação circular-narrativa, os comportamentos são desenvolvidos. Assim, a *escuta dual* das histórias procura ressignificar as condutas das partes, com vistas a constituir uma *nova história*.

A principal técnica da mediação circular-narrativa, que, inclusive, sintetiza seus objetivos, é a narração de uma *história alternativa*, com suporte na qual se busca estabelecer um acordo por meio de opções componentes da narrativa e da avaliação das vantagens e das desvantagens, procurando-se uma solução inovadora.

Sara Cobb entende que a *escalada de conflitos* é uma simplificação narrativa, que visa a *ganhar a si mesma*, visando a manter o fechamento de uma narrativa, que se fecha por meio de sua simplicidade, refutação ou recusa de recontextualização, assim como suas ameaças em relação ao descumprimento.⁶⁶⁹

É importante notar que as narrativas não estão nas cabeças de cada um, mas, sim, são práticas materiais. As pessoas chegam à resolução de conflitos para contar suas histórias, ser ouvidas, relatar seu sofrimento e abordar injustiças.⁶⁷⁰

Dirige-se, portanto ao inter-relacionamento, não à análise isolada de uma situação de conflito, determinando a investigação das causas remotas do litígio⁶⁷¹. Essa técnica se aplica em duas fases consecutivas, sendo uma *interrogativa* e outra *afirmativa*.

Ainda conforme Juliana Aun, Maria José Vasconcellos e Sônia Coelho, isso ocorre porque qualquer mudança é imediata e operacionalmente determinada pela

atendimento sistêmico; t. 1: o processo de atendimento sistêmico de famílias e redes sociais, p. 16.

⁶⁶⁸ AUN, Juliana Gontijo; VASCONCELLOS, Maria José Esteves de; COELHO, Sônia Vieira. **Metodologia de atendimento sistêmico**. Belo Horizonte: ComArte, 2013. v. 2: o processo de atendimento sistêmico; t. 1: o processo de atendimento sistêmico de famílias e redes sociais, p. 16-42.

⁶⁶⁹ COBB, Sara. **Speaking of violence: the politics and poetics of narrative in conflict resolution**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 86-92.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 86-177.

⁶⁷¹ NASCIMENTO, Isabela Moreira Antunes do. Mediação circular-narrativa e teoria da identidade narrativa: aportes para uma interseção prática. **Anais do CIDIL: colóquio internacional de direito e literatura**, Porto Alegre, p. 119, 2019.

maneira mediante a qual interagem as propriedades de seus elementos, resultando das interações das propriedades dos elementos componentes do sistema.⁶⁷²

Essas interações acontecem em conformidade com seu envolvimento na composição do sistema, pois o agente externo apenas consegue desencadear a mudança no sistema, não a determinar, pois nada que seja externo é capaz de especificar aquilo que acontece a um sistema.⁶⁷³

Desse modo, a fase interrogativa diz respeito às perguntas ligadas à informação e outras dirigidas a desestabilizar o conflito, buscando-se, como resultado da utilização dessas técnicas, a reformulação do conflito, dar-lhe conotação positiva, legitimar uma nova história e recontextualizá-la.

A interação com o conflito engloba certas técnicas que compreendem a externalização dos conflitos, a elaboração de resumos e o trabalho de uma *equipe reflexiva*, que deve condensar e *nominalizar* o problema, bem como separá-lo de aspectos ou relações pessoais.

O conflito intensifica a certeza e reduz a complexidade. São duas tendências que se combinam explosivamente para ensejar e perpetuar a violência. Demonstra-se uma sensibilidade complexa e multifacetada, pois sabe-se que as coisas não são como parecem. Demonstra-se, assim, que a violência, por natureza, é narrativa.⁶⁷⁴

Deve-se perceber, pois, a conotação negativa do problema e, após, internalizá-lo por intermédio do protagonismo das partes, utilizando suas falas e, após, reformulações da história, entretanto, mediante conotações positivas, contudo, posicionando os “mediandos” positivamente.

Isabela Nascimento entende que, no contexto da referida técnica, os mediadores se tornam *poetas*, capazes de recombina as narrativas, enfatizando a beleza contida em cada ser humano, priorizando a relação e a complexidade do ser humano. O acordo, assim, é uma consequência, não o objetivo.⁶⁷⁵

⁶⁷² AUN, Juliana Gontijo; VASCONCELLOS, Maria José Esteves de; COELHO, Sônia Vieira. **Metodologia de atendimento sistêmico**. Belo Horizonte: ComArte, 2013. v. 2: o processo de atendimento sistêmico; t. 1: o processo de atendimento sistêmico de famílias e redes sociais, p. 42.

⁶⁷³ *Ibid.*, p. 42.

⁶⁷⁴ COBB, Sara. **Speaking of violence**: the politics and poetics of narrative in conflict resolution. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 197-198.

⁶⁷⁵ NASCIMENTO, Isabela Moreira Antunes do. Mediação circular-narrativa e teoria da identidade narrativa: aportes para uma interseção prática. **Anais do CIDIL**: colóquio internacional de direito e literatura, Porto Alegre, p. 119, 2019.

O fato de a técnica pender para o acordo “[...] não indica permissividade à produção em série de acordos, muitas vezes artificiais, apenas para chegar a bons resultados estatísticos pois na mediação segue-se à lógica da complexidade”.⁶⁷⁶

A obtenção do acordo, entretanto, passa pela tentativa de se produzir a recontextualização. Por isso é que a equipe reflexiva, inicialmente, somente ouve as histórias contadas pelos “mediandos” para somente após iniciar com eles alguma conversação.

Na conceição de Juliana Aun, Maria José Vasconcellos e Sônia Coelho não há interações instrutivas quanto a sistemas, pois a situação-problema emerge de relações entre as pessoas. Assim, constituem um sistema em torno de uma situação definida como problemática por todas elas como dificuldade comum.⁶⁷⁷

Esta consigna uma *situação-problema nosso*, componente de um sistema autônomo, ou seja, que se organiza em torno de transformações recíprocas entre seus componentes, de maneira que as interações desencadeiam mudanças na participação dos agentes nas interações transformativas.⁶⁷⁸

Por isso é que, após a escuta, os “mediandos” passam a ser instados a ouvir aquilo que a equipe reflexiva diz acerca do conflito. Ocorre que os membros da equipe reflexiva dialogam apenas entre si e com o mediador, não se dirigindo, portanto, aos “mediandos”.

Ao final do processo de mediação, é ideal que os componentes do sistema se constituam reciprocamente, quanto às suas relações, legitimando a interlocução das partes. Acontece que a formalização do procedimento compromete a interação das partes.

Sara Cobb entende que as pessoas devem ser capazes de propagar as normas que usam para guiar suas ações, desvendando algo que se encontrava oculto. Cria, nesse mesmo sentido, uma base teórica para a prática narrativa na resolução de conflitos que a liga à teoria crítica.⁶⁷⁹

⁶⁷⁶ NASCIMENTO, Isabela Moreira Antunes do. Mediação circular-narrativa e teoria da identidade narrativa: aportes para uma interseção prática. **Anais do CIDIL**: colóquio internacional de direito e literatura, Porto Alegre, p. 119, 2019.

⁶⁷⁷ AUN, Juliana Gontijo; VASCONCELLOS, Maria José Esteves de; COELHO, Sônia Vieira. **Metodologia de atendimento sistêmico**. Belo Horizonte: ComArte, 2013. v. 2: o processo de atendimento sistêmico; t. 1: o processo de atendimento sistêmico de famílias e redes sociais, p. 46-64.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 64.

⁶⁷⁹ COBB, Sara. **Speaking of violence**: the politics and poetics of narrative in conflict resolution. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 220-227.

Constitui-se uma estrutura normativa na qual se é capaz de criar e descrever uma ética para a prática narrativa crítica, fazendo com que os quadros morais surjam da criação da melhor história, que, por sua vez, assegura que o sistema de valores é mais diverso.⁶⁸⁰

Esses julgamentos, todavia, são complicados, em decorrência das múltiplas maneiras pelas quais pessoas são boas ou más. As partes são legítimas e passam a elaborar o outro como legítimo⁶⁸¹.

Nesse sentido, considera que, na natureza humana, encontra-se o binômio “[...] razão e emoção, o passado e o futuro, os sentimentos e as necessidades; enfim, as causas e os contextos que o geraram. Aqui não se trabalha quantidade, mas, sim, qualidade”.⁶⁸²

De se notar, portanto, a complexidade inerente à técnica de que se trata, mediante a qual acordos devem ser constituídos em direção à colaboração, embasados na confiança. Esse contexto é que, por sua vez, define a *Interconstituição de Segunda Ordem*, que representa a dissolução do sistema por onde circula a situação litigiosa.

Para Juliana Aun, Maria José Vasconcellos e Sônia Coelho, tal instituto se refere às conversações por meio das quais as pessoas se constituem reciprocamente como legítimas interlocutoras de suas relações, pelo simples fato de estarem envolvidas nas relações sobre as quais dialogam.⁶⁸³

Com efeito, representa uma *metaconversação*, ou seja, uma *conversação sobre as conversações*. Por isso é que a Mediação Sistêmica é uma *Tecnologia Social Sistêmica* para resolver conflitos ou reduzir o sofrimento humano, viabilizando a constituição de *sistemas de interconstituição de segunda ordem*.⁶⁸⁴

A dinâmica dos referidos sistemas seria capaz de promover e potencializar transformações éticas nas relações e conversações entre as partes envolvidas na

⁶⁸⁰ COBB, Sara. **Speaking of violence**: the politics and poetics of narrative in conflict resolution. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 227.

⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 227.

⁶⁸² NASCIMENTO, Isabela Moreira Antunes do. Mediação circular-narrativa e teoria da identidade narrativa: aportes para uma interseção prática. **Anais do CIDIL**: colóquio internacional de direito e literatura, Porto Alegre, p. 119, 2019.

⁶⁸³ AUN, Juliana Gontijo; VASCONCELLOS, Maria José Esteves de; COELHO, Sônia Vieira. **Metodologia de atendimento sistêmico**. Belo Horizonte: ComArte, 2013. v. 2: o processo de atendimento sistêmico; t. 1: o processo de atendimento sistêmico de famílias e redes sociais, p. 95.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 95.

constituição dessa modalidade de sistema⁶⁸⁵, demonstrando, assim, um amplo espectro de atuação.

Por isso é que, no que tange aos conflitos entre a Administração Pública e os administrados, referida metodologia é aplicável à mediação ambiental, incluindo-se na narrativa o convencimento do “mediando” acerca da gravidade das lesões ocasionadas ao meio ambiente.

3.1.4 Terapia Narrativa em John Winslade e Gerald Monk

Embora a mediação circular-narrativa tenha sido constituída para tentar recriar a história do conflito com suporte nas impressões das partes, o mediador, no contexto da referida técnica, tem um papel bastante reduzido, limitando-se à exposição da narrativa substitutiva.

A extração da narrativa a ser substituída por uma contra história parte de uma escuta dupla, preocupada com os sentimentos, impressões e efetivos interesses das partes, com base na qual, após o mapeamento dos efeitos do conflito, será reconstituída e expressa uma narrativa substitutiva.

Torna-se indispensável, portanto, o estudo da terapia narrativa em John Winslade e Gerald Monk, desde suas origens e premissas básicas, tratando-se os conceitos de escuta dupla, conversa de externalização, mapeamento dos efeitos do conflito e contra história.

Apesar de guardar algumas similaridades com o modelo circular-narrativo de Sara Cobb, a terapia narrativa insere uma diversidade de elementos psicológicos e linguísticos nos conflitos, de maneira semelhante ao que ocorre no tocante às vertentes transformadoras, entretanto, com elas não se confundido.

Para Elizabeth Brígida, Inês Araújo e Wanderley Jacob, a modalidade utiliza estruturas de outras ciências sociais, majoritariamente da terapia familiar sistêmica, considerando que problema e solução estão no mesmo *sistema*. Assim, o problema é capaz de possibilitar a própria solução, desde que modificada sua percepção.⁶⁸⁶

⁶⁸⁵ AUN, Juliana Gontijo; VASCONCELLOS, Maria José Esteves de; COELHO, Sônia Vieira.

Metodologia de atendimento sistêmico. Belo Horizonte: ComArte, 2013. v. 2: o processo de atendimento sistêmico; t. 1: o processo de atendimento sistêmico de famílias e redes sociais, p. 95.

⁶⁸⁶ BRIGIDA, Elizabeth; ARAÚJO, Inês Guillhon de; JACOB, Wanderley José. Diferentes modelos: mediação narrativa. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.).

Surgem, assim, possibilidades de solução. Também se utiliza da *teoria do observador*, da *teoria da comunicação*, para identificar o contexto das pessoas, de modo a aprimorar suas mensagens, e da *teoria narrativa*, ao pregar que as pessoas reagem a um mundo *percebido, não objetivo*.⁶⁸⁷

Isso demonstra que a narrativa de cada cal se encontra imbuída pela cultura e pelo contexto social. Assim, a narrativa exposta por parte de cada uma das pessoas deve ser entendida como o resultado de valores, percepções de mundo e características de cada parte.⁶⁸⁸

Deve, assim, ser *redimensionada* por meio da identificação de fatos que não foram *trazidos* pelo narrador, e interesses e necessidades ocultas do discurso. Emprega a cibernética de primeira e segunda ordens, em relação aos sistemas de observação.⁶⁸⁹

Direciona-se, portanto, à situação na qual um observador interfere no sistema que observa, descrevendo-o com base em suas crenças e experiências de vida⁶⁹⁰. O modelo, portanto, busca dar oportunidade aos opositores para verbalizarem as respectivas demandas.

Ambos, John Winslade e Gerald Monk, são professores da *College of Education* da *California State University*. Referido modelo também trabalha com as dimensões simbólicas do litígio, entretanto, buscando harmonizar os desejos extraídos de uma percepção simbólica da experiência.

Para os referidos autores, a mediação narrativa é uma abordagem diferenciada da mediação, que se utiliza de ideias da terapia familiar narrativa, para solucionar conflitos, e vem sendo aplicada na resolução das disputas em famílias, organizações laborais, de saúde, na justiça restaurativa e nas relações comunitárias.⁶⁹¹

Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivum, 2017. p. 215-216.

⁶⁸⁷ BRIGIDA, Elizabeth; ARAÚJO, Inês Guilhon de; JACOB, Wanderley José. Diferentes modelos: mediação narrativa. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.).

Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivum, 2017. p. 216.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 217-218.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 216.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 216.

⁶⁹¹ WINSLADE, John; MONK, Gerald. Mediação narrativa: uma abordagem diferenciada para a resolução de conflitos. **Nova Perspectiva Sistêmica**, Rio de Janeiro, n. 54, p. 7, abr., 2016.

A abordagem narrativa, na resolução de conflitos também é utilizada por líderes civis e jovens em contextos internacionais, tendo sido recentemente incorporados nos treinamentos em negociações com líderes étnicos, para dar-lhes habilidades na resolução de conflitos internacionais.⁶⁹²

É um formato inovador, fundado sobre base teórica robusta, incorporando ideias dos mais variados movimentos do pensamento, como a Filosofia pós-estruturalista, a Psicologia construcionista social, a Teoria Narrativa e as políticas feministas.⁶⁹³

Do ponto de vista narrativo, “[...] o propósito da mediação é auxiliar as partes conflitantes a se separarem da história do conflito e a cultivarem uma história de cooperação, baseada momentaneamente, e às vezes aparentemente, em incidentes isolados de respeito, colaboração e apoio”.⁶⁹⁴

Referido propósito se embasa “[...] na premissa de que, nos conflitos, os participantes ficam reféns de narrativas dolorosas e ninguém está feliz com a situação”, de modo que prefeririam que o relacionamento com o outro estivesse em uma *narrativa diferente*.⁶⁹⁵

Destaca-se a ideia de que a mediação não precisa ser uma manobra de mudança da narrativa do conflito, mas, sim, um deslocamento do relacionamento entre as partes para uma *contranarrativa* que incorpore as esperanças e preferências dos participantes sobre algo melhor.⁶⁹⁶

Tal *contranarrativa* contrasta com a história do conflito que criou uma vida própria e induz as partes a uma discórdia cada vez maior. Dessa perspectiva, a força da narrativa do conflito deveria cair em favor da *contranarrativa* menos dolorosa, que se enquadra melhor naquilo que as pessoas prefeririam.⁶⁹⁷

Essa técnica tem certos pressupostos. Inicialmente, as pessoas vivem suas vidas por meio das histórias que contam a si mesmas e, também, daquelas “[...] que

⁶⁹² WINSLADE, John; MONK, Gerald. Mediação narrativa: uma abordagem diferenciada para a resolução de conflitos. **Nova Perspectiva Sistêmica**, Rio de Janeiro, n. 54, p. 7, abr., 2016.

⁶⁹³ *Ibid.*, p. 7.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 7.

⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 7.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 7.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, p. 7.

contam para e sobre os outros, tomando decisões, agindo, construindo discursos, formando relacionamentos e desenvolvendo comunidades.⁶⁹⁸

Utilizam um repertório maior do que o pessoal, pois o mundo cultural provê uma conjunção de narrativas da qual também se apropriam, pois é “[...] rico o mundo das práticas ou discursos culturais”, fazendo com que, com arrimo nesses preceitos-padrão, as pessoas se tornem membras de uma comunidade.⁶⁹⁹

Esse contexto faz com que as pessoas esperem algo dos outros e desenvolvam aspectos de sua identidade, sem a necessidade de constituir pensamentos originais. A prática narrativa entende que esses fatores tornam tudo fluido e aberto a uma negociação contínua.⁷⁰⁰

Dessa maneira, não se encontram atados a interesses ou necessidades humanas. Ocorre que nem todas as histórias são iguais, de modo que “[...] as partes em conflito raramente estão em posição de igualdade uma em relação à outra”.⁷⁰¹

No relato de suas histórias no contexto da mediação, “[...] algumas histórias terão a vantagem de serem mais coerentes que outras, algumas serão mais ensaiadas e outras se beneficiarão por ressonarem os discursos dominantes do mundo em que vivem, inclusive o discurso da lei”.⁷⁰²

Assim, um desafio constante para qualquer prática de mediação é gerenciar o poder entre as pessoas, por intermédio de “[...] histórias competitivas que elas mesmas contam”, de modo que a mediação narrativa ajuda as partes a se separarem de sua íntima identificação com uma história de conflito.⁷⁰³

Não se há de encorajar as pessoas a se *apossarem do conflito*, pois este já se encontra grandemente possuído pelo discurso dominante ou pelo desenvolvimento da própria narrativa, para que se incentive o desenvolvimento de uma contra história no lugar da história de conflito.⁷⁰⁴

Essa contra-história deverá ser uma narrativa do relacionamento das partes incompatível em relação ao conflito em tela. Estabelecida, “[...] é possível mover-se

⁶⁹⁸ WINSLADE, John; MONK, Gerald. Mediação narrativa: uma abordagem diferenciada para a resolução de conflitos. **Nova Perspectiva Sistêmica**, Rio de Janeiro, n. 54, p. 7, abr., 2016.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁰² *Ibid.*, p. 7.

⁷⁰³ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 7.

em direção a uma negociação de acordo, como em outras abordagens da mediação”.⁷⁰⁵

A negociação de um acordo é alcançada por meio do espírito dessa contra história, que facilita a negociação, pois “[...] o pressuposto da narrativa é que sempre existem elementos subjacentes em uma história esperando serem reconhecidos”.⁷⁰⁶

No contexto da terapia narrativa, o mediador tem o dever de estimular as partes à elaboração ou reelaboração de laços emocionais, possibilitando a elas a constituição de uma relação harmoniosa, contudo, sob amparo de uma história de discordância, respeitante a uma pauta objetiva ou subjetiva.

No contexto da mediação, por vezes, uma pessoa fala mais acerca do tema, enquanto outra faz referências aos sentimentos. Ocorre que as duas pautas devem ser aproveitadas com pesos semelhantes, de modo a reduzir os desentendimentos. Trata-se, nesse sentido, de uma *escuta dupla*.

No entendimento de Cristina Rufino, a escuta dupla equivale ao “[...] processo pelo qual o mediador, além de escutar a história do conflito trazida pelos mediados, ouve a contra-história. Quando os mediados trazem a história do conflito, oferecem muitos fatos que a corroboram e fortalecem”.⁷⁰⁷

Tangencia, entretanto, a história narrada, possibilitando-se identificar aquilo que não é posto como figura, mas que aparece como fundo, por exemplo, contando a história de conflito e desesperança que os carrearem à mediação, possibilitando questionar se sua vinda traduz uma esperança de mudança.⁷⁰⁸

Nesses casos, “[...] a esperança, negligenciada na história inicial, aparece no contraste que o mediador nomeia na contra-história”⁷⁰⁹, que, por sua vez, precisa validar as duas abordagens da narrativa. Ao mediador cabe demonstrar sua percepção acerca de ambas.

Para John Winslade e Gerald Monk, assim como os relacionamentos, a vida é complexa, de modo que “[...] sempre há histórias múltiplas que podem ser reunidas para representar os eventos no relacionamento. Qualquer história é uma seleção de

⁷⁰⁵ WINSLADE, John; MONK, Gerald. Mediação narrativa: uma abordagem diferenciada para a resolução de conflitos. **Nova Perspectiva Sistêmica**, Rio de Janeiro, n. 54, p. 7, abr., 2016.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁰⁷ RUFFINO, Cristina. Mediação narrativa no contexto judiciário atual. **Nova Perspectiva Sistêmica**, São Paulo, n. 55, p. 113, ago. 2016.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 113.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 113.

elementos do enredo e cada seleção deixará de fora aqueles que não se encaixam”.⁷¹⁰

Sempre haverá aquilo que não se encaixa em uma história de conflito, que “[...] podem ser espaços em branco na história, exceções que não são consistentes com ela, expressões de resistência à lógica do conflito, tentativas de fazer alguma coisa melhor ou esperar que algo mude”.⁷¹¹

Nesse espaço é que adentra a *escuta dupla na prática*, para “[...] ouvir possíveis aberturas para a contra-história”, escutando-se, simultaneamente, a história do conflito e a contra história: “[...] é uma disciplina que precisa ser aprendida”.⁷¹²

Isso porque a dupla escuta permite inquirir “[...] não apenas nas razões da raiva, mas também nas razões por detrás da calma subsequente”, já que prescrua “[...] o significado de ambas, ao invés de permitir que a história dominante capture nossa atenção”.⁷¹³

Além disso, alerta os mediadores para as exceções à história de conflito, em uma diversidade de situações que representam lacunas na dominância da história do conflito, contradizendo a lógica inexorável da escalada do conflito, cada uma sendo uma abertura para a contra história.⁷¹⁴

Dessa maneira, ao contrário do que se observa no modelo tradicional-linear, os sentimentos das partes não são apenas um meio por intermédio do qual são descobertos seus interesses, mas, sim, fatores relevantes para que seja reconstituída a história do conflito.

A terapia narrativa pressupõe que as pessoas vivem com base na maneira como narram fatos acerca de si e do mundo que as cerca, sendo que é nesses fatores que embasam suas ações, decisões, discursos e relacionamentos interpessoais.

De acordo com Cristina Rufino, as pessoas que se encontram em conflitos se comparam ao motorista que atola o carro, pois entra no atoleiro inadvertidamente, e,

⁷¹⁰ WINSLADE, John; MONK, Gerald. *Mediação narrativa: uma abordagem diferenciada para a resolução de conflitos*. **Nova Perspectiva Sistêmica**, Rio de Janeiro, n. 54, p. 7, abr., 2016.

⁷¹¹ *Ibid.*, p. 7.

⁷¹² *Ibid.*, p. 7.

⁷¹³ WINSLADE, John; MONK, Gerald. *Mediação narrativa: uma abordagem diferenciada para a resolução de conflitos*. **Nova Perspectiva Sistêmica**, Rio de Janeiro, n. 54, p. 7, abr. 2016.

⁷¹⁴ *Ibid.*, p. 7.

ao perceber que se “enroscou”, começa a tentar manobras já conhecidas, que só vão piorando a situação.⁷¹⁵

São espécies de manobras legítimas, que, por sua vez, “[...] já produziram resultados em outras situações, com outro tipo de solo, mas que para aquela situação são danosas. Quanto mais o motorista insiste, mais afunda”.⁷¹⁶

Justamente porque lhes parece que o que estão fazendo é o “natural”, continuam a fazer e cada vez se atolam mais no conflito, sem se darem conta do porquê. Atoleiros também são constituídos pelas histórias que as pessoas vão repetindo para si mesmas e para os outros.⁷¹⁷

Assim, “[...] a riqueza da mediação narrativa é justamente a de oferecer recursos para a criação de um espaço relacional onde a construção de pais participativos e colaborativos se torna possível”, pois é necessário considerar que a mudança de narrativa não decorre de uma “boa vontade” inicial.⁷¹⁸

Resulta, sim, do “[...] trabalho realizado pelo mediador narrativo que conduz a conversa de forma a identificar na narrativa de vida em comum episódios de cooperação, respeito, colaboração e apoio que já tenham vivenciado”, possibilitando que tais descrições componham a história futura.⁷¹⁹

Demonstra-se, portanto, que a terapia narrativa se dirige a extrair as histórias das partes acerca do conflito, enfatizando, contudo, as questões que possam ser transformadas em instrumentos para sua superação, por intermédio de sua conversão em narrativas alternativas.

A mediação narrativa se apoia na *escuta dupla*, entretanto, por intermédio da prática de *conversas de externalização*, consistentes em, após ouvir as partes, contar as histórias, o mediador começa a falar sobre o conflito como a terceira parte, em vez de identificá-lo com qualquer das partes.⁷²⁰

Essa tarefa “[...] envolve o mediador em um modo de falar que coloca o conflito, gramaticalmente, na terceira pessoa. Ele, o conflito, está causando danos a

⁷¹⁵ RUFFINO, Cristina. Mediação narrativa no contexto judiciário atual. **Nova Perspectiva Sistêmica**, São Paulo, n. 55, p. 113, ago. 2016.

⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 113.

⁷¹⁷ *Ibid.*, p. 113.

⁷¹⁸ *Ibid.*, p. 113.

⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 113.

⁷²⁰ WINSLADE, John; MONK, Gerald. Mediação narrativa: uma abordagem diferenciada para a resolução de conflitos. **Nova Perspectiva Sistêmica**, Rio de Janeiro, n. 54, p. 7, abr. 2016.

eles. Ele tem uma vida própria e está literalmente separado de cada um dos indivíduos”.⁷²¹

Se o conflito for personificado e tratado como se fosse a terceira parte, “[...] novas possibilidades são introduzidas sobre como o conflito pode ser abordado”, de modo que a externalização cria uma pequena distância do problema.⁷²²

Desse modo, auxilia as pessoas a obterem maior clareza quanto ao que o conflito está causando a elas e está diminuindo algum dos aspectos de suas vidas: “[...] o mediador toma o tempo necessário para descobrir os temas subjacentes centrais à emergência da história de conflito”.⁷²³

É possível externalizar questões relacionadas a traição, desrespeito, desconfiança ou abuso, por meio da narrativa do mediador, fazendo com que tais descrições ressoem mais especificamente com o conflito, auxiliando as partes a manterem o foco no tema.⁷²⁴

Por intermédio da narração, portanto, as partes se focam no problema, não mais na caracterização interna do outro como “indigno”, usando a palavra acordada e fazendo perguntas sobre o que ela causa às partes, “[...] não o que eles têm feito um ao outro”.⁷²⁵

É possível pedir que as partes contem detalhadamente como o conflito as aprisionou em sua escalada crescente, “[...] traçada através do tempo, do passado até o presente, e inclusive até o futuro”. Essa linguagem auxilia o mediador “[...] a evitar ser pego no jogo de imputar um juízo ou culpa”.⁷²⁶

Desse modo, separa-se a pessoa do problema, ajudando as partes na “[...] des-identificação com o conflito propriamente dito”, não se pede para que as pessoas se responsabilizem pelo conflito, mas, sim, convida-as a expressar o que pensam sobre o que ele causa.⁷²⁷

A externalização prepara o terreno para uma exploração dos custos do conflito para as partes, usando as descrições externalizadas desenvolvidas na

⁷²¹ WINSLADE, John; MONK, Gerald. Mediação narrativa: uma abordagem diferenciada para a resolução de conflitos. **Nova Perspectiva Sistêmica**, Rio de Janeiro, n. 54, p. 7, abr. 2016.

⁷²² *Ibid.*, p. 7.

⁷²³ *Ibid.*, p. 7.

⁷²⁴ RUFFINO, Cristina. Mediação narrativa no contexto judiciário atual. **Nova Perspectiva Sistêmica**, São Paulo, n. 55, p. 113, ago. 2016.

⁷²⁵ WINSLADE, John; MONK, Gerald. Mediação narrativa: uma abordagem diferenciada para a resolução de conflitos. **Nova Perspectiva Sistêmica**, Rio de Janeiro, n. 54, p. 7, abr. 2016.

⁷²⁶ *Ibid.*, p. 7.

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 7.

narrativa do conflito, convidando as partes a prestarem atenção àquilo que o conflito tem tirado delas.⁷²⁸

Essa é a prática de *mapear os efeitos do conflito*, fazendo com que as pessoas se tornem mais familiarizadas “[...] com os efeitos comprometedores da história do problema sobre o seu bem-estar e essa compreensão, geralmente visceral, afrouxa as amarras da narrativa conflitiva”.⁷²⁹

Há alguns pressupostos para tanto. Inicialmente, “[...] as pessoas imersas em um conflito estão preocupadas com o que a outra pessoa fez a ela e as injustiças perpetradas”, estando menos propensas a considerar sua contribuição à miséria recíproca no contexto de uma situação conflituosa.⁷³⁰

Ocorre que “[...] o foco está nas ações dolosas do outro e nas injustiças que esta pessoa está perpetuando”, de modo que os indivíduos ficam “[...] cegos às fontes e habilidades criativas que eles próprios poderiam criar para levar o conflito a um fim”.⁷³¹

O hábito de formular descrições internas demonizadas daqueles com os quais uma pessoa se encontra em conflito “[...] desloca a responsabilidade de mudança para a outra pessoa, levando à paralisia”. Em segundo lugar, o mapeamento “[...] provê uma resposta valiosa para os indivíduos”.⁷³²

Nesse sentido, consegue convidar “[...] a pessoa vitimada pelo conflito a prestar atenção nos efeitos negativos do conflito não resolvido e procrastinado”, pois o reconhecimento identifica que tais efeitos dependem das mudanças nas ações do alegado perpetrador.⁷³³

O exame da extensão dos contínuos efeitos negativos “[...] tende a galvanizar os indivíduos a considerar novos cursos de ação que o foco míope na história do conflito problemático que havia fechado. O mediador pergunta às partes o que o conflito tem feito por eles”, explorando diversas áreas afetadas.⁷³⁴

Dentre estas estão “[...] emoções, pensamentos, sensações físicas, bem-estar financeiro, relações contínuas com familiares e amigos, espiritualidade e metas de

⁷²⁸ WINSLADE, John; MONK, Gerald. Mediação narrativa: uma abordagem diferenciada para a resolução de conflitos. **Nova Perspectiva Sistêmica**, Rio de Janeiro, n. 54, p. 7, abr. 2016.

⁷²⁹ *Ibid.*, p. 7.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 7.

⁷³¹ *Ibid.*, p. 7.

⁷³² *Ibid.*, p. 7.

⁷³³ *Ibid.*, p. 7.

⁷³⁴ *Ibid.*, p. 7.

vida”. Após, as partes devem estar mais preparadas para pensar sobre os prejuízos financeiros, sociais, espirituais e emocionais do conflito.⁷³⁵

Referidos custos, como regra geral, passam despercebidos às partes, “[...] enquanto focam exclusivamente na maldade e erro do outro. Agora, a angústia pessoal deles se torna ostensivamente reconhecida como um subproduto da história do conflito”.⁷³⁶

Se as pessoas conseguirem ver mais claramente “[...] que parte do sofrimento no conflito é resultado de suas narrativas, elas se tornam muito mais motivadas a considerarem formas alternativas de seguir adiante em relação ao problema”.⁷³⁷

Desde aí, as partes se abrem para contemplar passos alternativos a fim de lidar com o conflito e diminuir custos pessoais. Alcançada a mudança, as pessoas começam a escutar as possibilidades que se encontram nos fragmentos das experiências que levam à elaboração da contra-história.⁷³⁸

Dessa maneira, o modelo se dirige a reinterpretar as histórias das partes e reconstituir sua percepção acerca do conflito, por intermédio de questionamentos acerca de preconceitos, impressões e contextos socioculturais. Diferentemente da mediação circular-narrativa, observa-se a participação ativa do mediador.

Haja vista que o mediador, na terapia narrativa, não é um sujeito neutro no processo, deve questionar os estereótipos narrados pelas partes, bem como seus condicionamentos sociais e culturais. Aliás, tem um papel crucial no procedimento, qual seja, a formulação da contra história.

Ainda para Cristina Rufino, a contra história oferece “[...] uma narrativa preferível que permite alternativas de confiança e colaboração”. Para que possa sustentar ações, “[...] não basta ser tecida, precisa ter sua trama fortalecida por experiências passadas de sucesso e cooperação”.⁷³⁹

Trata-se, portanto, de um “[...] método conversacional que propicia aos mediados a oportunidade de retomarem o diálogo e juntos constroem ou

⁷³⁵ WINSLADE, John; MONK, Gerald. Mediação narrativa: uma abordagem diferenciada para a resolução de conflitos. **Nova Perspectiva Sistêmica**, Rio de Janeiro, n. 54, p. 7, abr. 2016.

⁷³⁶ *Ibid.*, p. 7.

⁷³⁷ *Ibid.*, p. 7.

⁷³⁸ *Ibid.*, p. 7.

⁷³⁹ RUFFINO, Cristina. Mediação narrativa no contexto judiciário atual. **Nova Perspectiva Sistêmica**, São Paulo, n. 55, p. 113, ago. 2016.

recuperarem condições de colaborar na solução de questões atuais e futuras”, ajudando no resgate de experiências de colaboração e respeito.⁷⁴⁰

Após esse resgate é que são constituídas narrativas atualizadas para possibilitar ajustes e acordos constantes, sem as quais “[...] os acordos não ganham consistência e firmeza para subsistirem aos desafios que a criação conjunta dos filhos exigirá do novo casal parental”.⁷⁴¹

Note-se que o referido modelo parece adequado para lidar com qualquer tipo de conflito, embora seja mais útil em conflitos de maior grau de complexidade, a exemplo de questões que envolvam direitos fundamentais socialmente sensíveis, como os relacionados à personalidade ou à família.

Ocorre que o instrumento central da referida técnica, qual seja, a *contra história*, demonstra notável complexidade, de maneira que sua utilização deve se dar em contextos especificamente aptos a se beneficiar dele, inclusive quanto à Administração Pública.

Para John Winslade e Gerald Monk, a denominada *contra história*, por sua vez, “[...] pode ser desenvolvida sobre as linhas submersas do enredo identificadas anteriormente pela escuta dupla. Nenhuma história jamais poderá conter todas as experiências vividas pelos indivíduos em conflito”.⁷⁴²

As histórias acerca do conflito ignoram “[...] eventos ocorridos com e entre os indivíduos”, inclusive os ocorridos durante as sessões de mediação, “[...] que ilustram momentos de respeito, cooperação, metas comuns, aspirações e, mesmo, entendimentos mútuos”.⁷⁴³

Se as partes sofrem com sentimentos feridos e angústia, “[...] podem não pedir diretamente um relacionamento baseado no respeito, confiança e justiça, mas efetivamente esse pedido está implícito na procura de ajuda de um mediador”. Trata-se de uma rica fonte de identificação da *contra história*.⁷⁴⁴

Nesse contexto o mediador deve “[...] extrair de qualquer evento aquilo que está implícito, mas ainda não foi dito”. Vários relacionamentos se tornam conflitos

⁷⁴⁰ RUFFINO, Cristina. Mediação narrativa no contexto judiciário atual. **Nova Perspectiva Sistêmica**, São Paulo, n. 55, p. 113, ago. 2016.

⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 113.

⁷⁴² WINSLADE, John; MONK, Gerald. Mediação narrativa: uma abordagem diferenciada para a resolução de conflitos. **Nova Perspectiva Sistêmica**, Rio de Janeiro, n. 54, p. 7, abr. 2016.

⁷⁴³ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 7.

por meio de momentos diversos de conexão, interações e pensamentos não expressos.⁷⁴⁵

Se as coisas vão bem, conecta-se uma seleção de eventos em um relato aceitável sobre o que ocorre; se, ao contrário, não vão bem, as partes geralmente abandonam o reconhecimento de experiências importantes, significativas e desejáveis, concentrando-se nos eventos negativos.⁷⁴⁶

Na medida em que o conflito continua, “[...] apenas eventos negativos são percebidos e agregados à história do conflito, mas sempre há eventos externos a essa trajetória negativa”, de sorte que o mediador deve destacar “[...] os elementos do enredo que estão sendo deixados de fora da história”.⁷⁴⁷

Esse é o efeito da escuta dupla, pois os elementos do enredo são representados como apartes ou encobertos, mas têm importantes informações sobre ações de cooperação, que devem ser tecidos “[...] em uma contra história viável de diálogo, propósitos comuns e acordos”.⁷⁴⁸

Se o mediador atentar para as expressões implícitas de respeito e cooperação, “[...] os participantes podem construir uma história sobre esses resultados”, por meio de uma “[...] gama de perguntas cuidadosamente construídas”.⁷⁴⁹

Esses questionamentos “[...] podem construir uma nova narrativa que até então havia sido negligenciada como um dos resultados da dominância da história do conflito”. Algumas perguntas diretas, também, hão de ser feitas, convidando as partes “[...] a ilustrar exceções à história de conflito”.⁷⁵⁰

Assim, o mediador deve trabalhar com as partes para costurar um número de resultados nas sessões de mediação e “[...] incluir as experiências acumuladas num passado recente a fim de criar uma história significativa de cooperação”.⁷⁵¹

Essa linha de investigação “[...] pode produzir uma história alternativa que se torna presente no tempo e torna-se uma alternativa substancial à história de

⁷⁴⁵ WINSLADE, John; MONK, Gerald. Mediação narrativa: uma abordagem diferenciada para a resolução de conflitos. **Nova Perspectiva Sistêmica**, Rio de Janeiro, n. 54, p. 7, abr. 2016.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 7.

conflito”, pois as perguntas “[...] podem apontar significativamente a diferença entre a história do problema e a contra história”.⁷⁵²

Além disso, são passíveis de “[...] criar novos significados para a relação diante de nossos olhos. Quando uma contranarrativa quanto ao relacionamento é desenvolvida, então é possível para a mediação mover-se em direção à negociação de acordos que podem ser necessários”.⁷⁵³

Novamente nesse ponto, “[...] a mediação narrativa converge novamente com a abordagem de resolução de problemas. As opções para a resolução podem ser geradas e então avaliadas e negociadas. A diferença está no espírito no qual essa negociação acontece”.⁷⁵⁴

Caso se situe espírito de cooperação criado pela contra história, “[...] é muito mais provável que essa seja muita mais frutífera e mais facilmente negociada do que se fosse tentada logo após as partes terem contado suas versões da história do conflito”.⁷⁵⁵

A complexidade desse modelos permite o uso em mediações envolvendo a Administração Pública, por exemplo, na formulação das propostas de acordos de não persecução cível em casos de improbidade, fazendo-se com que o agente ímprobo tenha reconstituído o caminho objetivo e subjetivo até o ato danoso.

3.2 As possibilidades da mediação no aprimoramento do acesso à Justiça

Tratada a mediação sob suas perspectivas gerais, faz-se necessário, desde agora, abordar alguns aspectos específicos, partindo-se, entretanto, de suas possibilidades como mecanismo de aprimoramento da concretização do direito fundamental de acesso à Justiça.

Nesse sentido, impõe-se reconstituir os principais aspectos do acesso à Justiça, como instituto indispensável ao devido processo legal e tendo como um dos seus componentes indispensáveis o direito fundamental de acesso a uma ordem jurídica justa.

⁷⁵² WINSLADE, John; MONK, Gerald. Mediação narrativa: uma abordagem diferenciada para a resolução de conflitos. **Nova Perspectiva Sistêmica**, Rio de Janeiro, n. 54, p. 7, abr. 2016.

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, p. 7.

Por tal pretexto, são estudadas as possibilidades da mediação no aprimoramento do acesso à Justiça. De início, se cuida do acesso à Justiça na Constituição de 1988, sua ligação com o direito fundamental às técnicas processuais adequadas e com a responsabilidade do Judiciário em sua promoção.

Estudam-se, também, as diferenças entre o acesso à Justiça e o acesso à jurisdição e o direito à resolução extrajudicial como dimensão do acesso à Justiça. Após, ensaia-se acerca da inafastabilidade da jurisdição, da proibição do *non liquet* e das possibilidades de sua relativização, especialmente quanto à conciliação.

Na sequência, vêm o estudo da Proposta de Emenda Constitucional 108, de 2015, e do *Multi-door Courthouse System*, as origens da teoria, seu modelo ideal e seu sistema. Ao final, reportam-se à mediação como “porta”, sua informalidade, a excepcionalidade do provimento jurisdicional, a informalidade e o papel dos CEJUSCs.

3.2.1 Acesso à Justiça na Constituição de 1988

O acesso à Justiça não se restringe à inafastabilidade da jurisdição ou à possibilidade de se propor uma ação ou de se contestar uma demanda proposta em desfavor de alguém. No mesmo sentido, encontra-se em uma infinidade de tratados internacionais relacionados aos direitos humanos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, já o declarava, bem como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu Artigo VIII, e a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, denominada Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969.⁷⁵⁶

Acontece que tais convenções centram-se nos aspectos criminais do acesso à Justiça, embora garantam que todos têm o direito de se manifestar perante uma Corte, de maneira a fazer prova acerca de seu direito. Demonstra-se, entretanto, tratar-se de direito que deve se adaptar ao tempo no qual é exercido.

Nesse sentido, o aumento das possibilidades de a Administração Pública acionar os tribunais em desfavor dos cidadãos faz surgir a necessidade de ampliação do acesso dos jurisdicionados à jurisdição, preservando-se tanto o interesse público quanto os direitos individuais.

⁷⁵⁶ SLAIBI FILHO, Nagib. Declarações internacionais e o direito fundamental de acesso aos tribunais. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 48, p. 17–32, 2009.

De efeito, transpondo os vários tipos de ação, também os instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos são componentes indispensáveis desse direito fundamental, notadamente em um contexto caracterizado por uma aguda crise da jurisdição.

Desse modo, é necessário tratar do acesso à Justiça e das técnicas processuais, da responsabilidade do Judiciário na promoção desse direito fundamental, de suas relações com o acesso à jurisdição e do direito à resolução extrajudicial como uma de suas dimensões.

O acesso à Justiça é um dos direitos fundamentais que demonstra o maior número de dimensões e de garantias necessárias para sua concretização mínima, sendo considerado uma cláusula aberta, a exemplo do próprio devido processo legal.

Maur Paroski afirma que o acesso à Justiça determina o rompimento de barreiras e a introdução de mecanismos de facilitação não apenas de ingresso em juízo, como também de fornecimentos de meios materiais e financeiros adequados durante o desenvolvimento do procedimento.⁷⁵⁷

Determinam-se, assim, redução de custos, encurtamento de distâncias, duração razoável do processo, diminuição das oportunidades de impugnação às decisões jurisdicionais, otimização do sistema recursal e efetiva participação na relação processual, dentre vários outros aspectos.⁷⁵⁸

Um efetivo acesso à Justiça não depende apenas de ser possibilitado o ajuizamento da demanda, pois a prestação jurisdicional deve assegurar a participação do jurisdicionado, assim como uma análise adequada de cada caso concreto e a igualdade entre os litigantes.⁷⁵⁹

É nesse contexto que se destaca a definição da atividade jurisdicional como aquela apta a alcançar a Justiça no caso concreto, por intermédio da aplicação do ordenamento jurídico à situação fática sob o crivo do julgador, no que toca a uma série de direitos.

Mauro Cappelletti e Byant Garth apontam vantagens para as partes e para o sistema jurídico se o litígio for resolvido sem a necessidade de julgamento. Essas

⁷⁵⁷ PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008. p. 138.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 138.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 138.

decisões são mais facilmente aceitas do que os decretos judiciais unilaterais, pois se fundam em um acordo já estabelecido entre as partes.⁷⁶⁰

É significativo, de tal modo, que um processo dirigido para a conciliação possibilite que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e, após, de procure restaurar um relacionamento complexo e prolongado entre as partes do litígio.⁷⁶¹

Existe uma grande demanda pelos serviços oferecidos pelos conciliadores locais⁷⁶². A mediação é, todavia, um método complexo de tratamento de conflitos, que vem sendo estudado há algumas décadas pelos teóricos das ciências sociais aplicadas, o que resultou em uma multiplicidade de teorias relacionadas ao tema.

A mediação não apenas é uma técnica extrajudicial de resolução de conflito, como, também, uma técnica processual hábil e adequada à solução de determinadas lides, demonstrando-se compatível com a necessidade de concretização do direito fundamental de acesso à Justiça.

Ocorre que a jurisdição, assim como a mediação, desse modo, no contexto do acesso à Justiça, volta-se à perspectiva da adequação, tendo em vista serem técnicas processuais aptas a resolver litígios, substituindo ou não a vontade das partes pela sentença judicial.

A criação de técnicas adequadas à concretização do direito fundamental de acesso à Justiça é, em última instância, do Poder Legislativo, pois é do legislador o dever de regulamentar as garantias constitucionais. Ao Judiciário, entretanto, caber a tarefa de aplicar esses dispositivos regulamentadores.

De acordo com Ferraz Júnior, o Judiciário precisa decidir em conformidade com a lei e a Constituição, de modo que suas decisões são *programadas*, não *programantes*. A clássica teoria de separação de poderes se construiu para eliminar a concepção unitária de sistema político.⁷⁶³

Nesse sentido, propicia a crescente separação entre Política e Direito, regulando a influência daquela, neutralizando-a no Judiciário. Constitui uma

⁷⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 5.

⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 31.

⁷⁶² *Ibid.*, p. 31.

⁷⁶³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 9, p. 40-41, jan./mar., 1995.

característica do Estado Liberal burguês, que determina a importância da imparcialidade do juiz e o apartidário de suas funções.⁷⁶⁴

Essa situação altera a função do Judiciário, ao qual passa a se impor o julgamento baseado na lei, mas, especialmente, de examinar se o exercício discricionário do poder legiferante conduz à concretização dos resultados objetivados, por meio da responsabilização finalística do juiz - situação que o “repolitiza”.⁷⁶⁵

Tal responsabilidade é alcançada por meio da demonstração do sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelo Estado⁷⁶⁶, de maneira que a função jurisdicional tem um raio de atuação limitado, malgrado a infinita gama de litígios que é capaz de resolver.

A referida limitação, entretanto, não seria observável em relação ao Poder Legislativo, porquanto a originalidade que caracteriza sua atividade naquilo que concerne à criação do direito é limitável apenas por normas hierarquicamente superiores - sua condição de validade.

Conforme Paulo Ruffia, a função legislativa predispõe a tutela geral e abstrata de vários interesses em jogo na comunidade estatal. A executiva serve para o Estado perseguir os próprios interesses sob as leis vigentes. A jurisdicional se volta à tutela concreta e individualizada de proveitos alheios insatisfeitos.⁷⁶⁷

Esta, porém, atua mediante a comprovação definitiva, por via da eficácia de coisa julgada, e a conseqüente atuação da norma jurídica em situações concretas⁷⁶⁸, limitações que não permitiriam à jurisdição atuar de maneira eficiente em todos os casos submetidos à sua tutela.

Tal restrição à atividade jurisdicional foi pensada em um contexto no qual era imperioso limitar, ao máximo, a intervenção estatal, devendo o Poder Público concentrar-se em garantir e reforçar as liberdades individuais, inclusive, em detrimento da sobrevivência do povo.

Castanheira Neves observa uma sociedade individualista e sem valores, interessada política e estrategicamente em reivindicar liberdades que se tornam

⁷⁶⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 9, p. 41, jan./mar., 1995.

⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 45.

⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 45.

⁷⁶⁷ RUFFIA, Paulo Biscaretti Di. **Derecho constitucional**. Madrid: Tecnos, 1982. p. 504.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 504.

direitos subjetivos sem deveres, por intermédio tanto da Política quanto da Ciência, da Economia e da racionalização de interesses.⁷⁶⁹

Nesse mesmo contexto, o Direito se transforma, de um *autossustentado de sentido e normatividade*, em um instrumento finalístico e, simultaneamente, um meio a serviço de teleologias que, externamente, o convocam, condicionam e, conseqüentemente, sobrepujam.⁷⁷⁰

Ocorre que as possibilidades de intervenção do Estado nas liberdades públicas aumentaram com a superveniência do Estado Social, estabelecendo-se, assim, que as diferenças estruturais havidas entre esse modelo e o liberalismo não se limitam à seara econômica.

Para Avelãs Nunes, tal sucedeu com suporte no ideário revolucionário que se direcionou à destruição da base econômica feudal para abolir privilégios de classes então dominantes, fonte de desigualdade arbitrária, de maneira a promover mudanças necessárias ao surgimento de uma *nova ordem*.⁷⁷¹

Esta seria favorável a um livre desenvolvimento do capitalismo, fundado, entretanto, em uma *desigualdade pretensamente legítima*. Em decorrência disso é que o Estado Social não há de ser compreendido como uma seqüência do liberalismo, mas, sim, como um *projeto acima de classes*.⁷⁷²

A concretização do referido projeto dependeria, entretanto, de uma revisão acerca das funções estatais, não apenas quanto à sua difusão entre os órgãos de poder, quanto, especialmente, no que se relaciona à sua profundidade, determinando-se a obrigatoriedade da intervenção judicial.

Assim é que a Constituição de 1988 proíbe que a lei retire da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a um direito, determinando infinitas possibilidades de demandas a serem eventualmente apreciadas, muitas das quais são resolvíveis de maneira injusta.

A inafastabilidade da apreciação jurisdicional se relaciona à indispensabilidade de um provimento acerca de questões de fato que demonstrem,

⁷⁶⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1, p. 44-45.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 52.

⁷⁷¹ AVELÃS NUNES, António José. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 33.

⁷⁷² *Ibid.*, p. 33.

eventualmente, consequências jurídicas relevantes, a serem determinadas, concretamente, pelo julgador.

Conforme Pedro Lessa, o Poder Judiciário tem a missão de aplicar contenciosamente a lei aos casos particulares, como se fosse um árbitro em uma contenda. Além disso, somente se pronuncia acerca de casos concretos, não em abstrato. No mais, não tem iniciativa, agindo apenas se provocado.⁷⁷³

Conquanto seja essa atuação típica do Poder Judiciário, as atividades estatais, quaisquer que sejam, de modo geral, são, em maior ou menor grau, criadoras de direitos, seja no que se relaciona à função legiferante, à administração estatal ou, até mesmo, à jurisdição.

Mauro Cappelletti entendeu que tanto a redação da lei quanto a aplicação do direito ao caso concreto são atividades criativas, de maneira que, em relação à jurisdição, identifica-se um problema concernente ao grau de criatividade, modos, limites, aceitabilidade da criação do direito pelo Judiciário.⁷⁷⁴

Ocorre que é ilusória a ideia de que o juiz se encontraria em posição apta a somente declarar o direito por meio da lógica dedutiva, sem envolver qualquer sorte de valoração pessoal, notadamente no contexto da legislação social, que permite que o Estado supere os limites das tradicionais funções protetiva e repressiva.⁷⁷⁵

Nesse contexto é que surge a preocupação no que se relaciona à possibilidade de se controlar a atividade jurisdicional em transposição ao caso concreto, notadamente naquilo que concerne à tendência de aumento qualitativo da intervenção judicial sobre a atividade executiva.

O crescimento do controle judiciário sobre a Administração Pública seria capaz de influenciar a opinião pública, fazendo surgir uma contradição entre valores democráticos relacionados ao dever de prestar contas e a garantia de independência judicial.⁷⁷⁶

Cappelletti, então, delineia três modelos para a responsabilização dos julgadores. O modelo *repressivo ou da sujeição* torna o Judiciário dependente do

⁷⁷³ LESSA, Pedro Augusto Carneiro. **Do poder judiciário**: direito constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915. p. 1.

⁷⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 21.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 33-41.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 33-47.

governo, possibilitando sua responsabilização por órgãos políticos, anulando a independência judicial, por meio de um controle político repressivo da magistratura.

Já no modelo, *autônomo-corporativo ou do isolamento*, a independência judicial seria absoluta, permitindo a separação do Poder Judiciário do restante da organização estatal, isolando-os e tornando-os imunes a controles internos e até externos, salvo em casos excepcionalíssimos.⁷⁷⁷

O modelo da *responsabilização social*, por sua vez, se dirige a evitar os excessos identificáveis em relação aos outros modelos, em direção ao equilíbrio entre a independência e a responsabilidade, compatibilizando a politização da função judicial e a sua abertura à sensibilização.⁷⁷⁸

Este é o sistema apontado por Cappelletti como aquele que mais se aproxima do ideal, inclusive em decorrência do fato de resultar de um movimento que percebe o Direito e a Justiça além da concepção tradicional ou oficial dos legisladores, administradores, julgadores e, especialmente, dos “consumidores”.⁷⁷⁹

Referido modelo é capaz de preservar a amplitude do acesso à tutela jurisdicional, limitando o poder dos juízes de maneira racional e suficiente, sem, entretanto, exigir que sua atividade se limite à exegese e à subsunção de regras ao caso concreto.

Não é possível considerar que o direito fundamental de acesso à Justiça se esgota na mera possibilidade de alguém propor uma demanda a ser processada pelo foro judicial. Em decorrência de sua amplitude, necessita ao menos de uma ideia de concretização.

Conforme André Azevedo, o acesso à Justiça não se confunde com acesso ao Judiciário, pois não visa apenas a levar as demandas dos necessitados ao conhecimento judicial, mas, sim, “[...] incluir os jurisdicionados que estão à margem do sistema para que possam ter seus conflitos resolvidos”.⁷⁸⁰

Nesse mesmo sentido é que a tutela jurisdicional não representaria a única modalidade de concretização do acesso à Justiça, pois há uma imensa gama de meios de se satisfazer o referido direito fundamental, alguns, inclusive, externos aos

⁷⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 83-84.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 84.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, p. 84-87.

⁷⁸⁰ AZEVEDO, André Gomma. **Manual de mediação judicial**. 5. ed. Brasília: CNJ, 2015. p. 29.

institutos usuais da jurisdição, capazes de ampliar o espectro de inclusão dos cidadãos.

A crise de litigiosidade que atinge o Judiciário brasileiro prejudicou imensamente as possibilidades de os cidadãos efetivamente acessarem a Justiça efetivamente, de maneira que o legislador compreendeu a necessidade de regulamentação de caminhos alternativos à jurisdição.

Marie-Thérèse Meuders-Klein expressa que a ideia de “alternatividade” é empregada para definir técnicas de resolução de conflitos, especialmente quanto às modalidades procedimentais tendentes à resolução negociada. No lugar de “alternativas”, são exemplos de uma “deformalização” e de uma “dejudicialização” da própria Justiça.⁷⁸¹

Esses meios alternativos, desde os anos 1960, expandiram-se para todos os países da *common law* e, após, para a Europa Ocidental, em um movimento inicialmente denominado *Acesso à Justiça*, cuja preocupação inicial fora, especialmente, tornar a Justiça acessível aos vulneráveis e hipossuficientes.⁷⁸²

Ocorre que esse movimento no sentido da concepção e do uso de meios de resolução de conflitos alternativos à jurisdição deriva de uma concepção jurídica para superar ideia anteriormente relacionada à própria teoria do Direito.

Para Boaventura de Sousa Santos, tal atitude teórica, prática e epistemológica, componente de um *novo senso comum jurídico*, tem como uma de suas bases a crítica ao monopólio estatal e científico do Direito, que demanda o desvelamento de opções ao dogmatismo e à teoria positivista do Direito.⁷⁸³

Far-se-ia necessário, então, apostar em uma concepção forte de pluralismo jurídico e uma concepção política relacionada a um *direito plural*, composto por uma legalidade cosmopolita, contexto no qual se faz possível “[...] utilizar instrumentos hegemônicos para fins não hegemônicos”.⁷⁸⁴

Tal situação é possível no caso de a ambiguidade conceptual que é própria de tais instrumentos ser “[...] mobilizada por grupos sociais para dar credibilidade a

⁷⁸¹ MEUDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale. Analyse Comparative. **Revue Internationale de Droit Comparé**, [S. l.], p. 383, Avr./Juin 1997.

⁷⁸² *Ibid.*, p. 385.

⁷⁸³ SANTOS, Boaventura de. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 7.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 7-22.

concepções alternativas que aproveitem as brechas e as contradições do sistema jurídico e judiciário”.⁷⁸⁵

Por isso é que o movimento de acesso à justiça expande a concepção clássica de resolução judicial de litígios, “[...] desenvolvendo um conceito amplo de justiça em que os tribunais fazem parte de um conjunto integrado de meios de resolução de conflitos”, a incluir a resolução alternativa de litígios.⁷⁸⁶

Dessa maneira, o surgimento das opções à jurisdição coincide com o surgimento do próprio conceito moderno de acesso à Justiça, agrilhado a um pluralismo jurídico contemporâneo. Ocorre que o movimento levou algumas décadas para se concretizar no Brasil e conduzir a uma efetiva regulamentação.

Aliás, uma das principais diferenças observáveis entre os Códigos de 1973 e 2015, é o fato de que este prevê não apenas o incentivo a esses meios extrajudiciais de conflitos, como tem os agentes com formação específica para a mediação e a conciliação como agentes do Poder Judiciário.

3.2.2 A inafastabilidade da jurisdição

Malgrado sua complexidade evidente, assim como sua característica de cláusula aberta, o direito fundamental de acesso à Justiça tem como uma de suas principais dimensões a inafastabilidade da jurisdição, consistente na impossibilidade de se retirar do Judiciário a apreciação de uma lesão ou ameaça a um direito.

No interior dessa dimensão, encontra-se o denominado princípio da proibição do *non liquet*, que afirma a impossibilidade de um julgador ao qual tenha sido submetida uma demanda deixe de decidir em razão da ausência de norma regulamentadora.

Conquanto sua relevância para a integridade do ordenamento jurídico, referido princípio encontra algumas exceções, especialmente no que se relaciona à possibilidade de composição extrajudicial dos conflitos, independentemente do provimento jurisdicional.

Desse modo, é preciso trabalhar a inafastabilidade da jurisdição, com amparo no princípio da proibição do *non liquet*, nas possibilidades de sua relativização, suas

⁷⁸⁵ SANTOS, Boaventura de. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 22-33.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 33.

relações com a inafastabilidade da jurisdição e com a presunção do desejo de conciliação no Código de Processo Civil de 2015.

Em paralelo ao direito de acesso à Justiça se encontra o denominado princípio da proibição do *non liquet*, ao determinar que um juiz não há que deixar de decidir acerca de uma questão posta sob sua tutela, mesmo que não exista dispositivo legal especificamente atinente ao tema.

Franco Montoro afirmou ser impossível conceber a sociedade humana sem uma ordem jurídica, mesmo se se tratar de um Estado rudimentar, fato que se exprime no brocardo *Ubi societas, ibi jus*, ou seja, *onde há sociedade, há direito*⁷⁸⁷, não se admitindo que o direito não seja dito no caso concreto.

Conforma um efeito lógico do monopólio estatal da violência legítima, concretizado, especialmente, pela jurisdição, que, em sentido paralelo, proíbe terminantemente a vingança particular e, em regra, a tutela privada, salvo nas situações especificamente determinadas pela legislação.

O juiz não deixa de julgar, mesmo que nada tenha ficado provado ou que não saiba quem tem razão ou qual das partes é vítima ou algoz, mesmo que ignore qual das partes o engana. Ou seja, em qualquer hipótese, tem o dever de julgar.⁷⁸⁸

Malgrado a proibição de o *non liquet* ser uma regra quase absoluta no sistema jurídico-processual brasileiro, afirmação confirmada por seus diplomas mais basilares, existem certas exceções determinadas pela própria lógica ou em decorrência de situações específicas.

Além disso, a proibição do *non liquet* não é uma simples norma jurídica, pois deriva da própria lógica da Teoria Geral do Direito, como contraparte da proibição da vingança privada e da autotutela e o correspondente monopólio estatal da violência legítima.

Conforme José Fonseca, é uma norma de máxima amplitude, atingindo não apenas a lei em sentido estrito, como, também, os próprios atos dos agentes públicos, “[...] que tencionem obstar o acesso à justiça”. Não é possível, contudo, fixar novo modelo de solução de litígios ou instância alternativa.⁷⁸⁹

⁷⁸⁷ MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 33. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 54.

⁷⁸⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958. p. 265.

⁷⁸⁹ FONSECA, José Arnaldo da. Jurisdição estatal e jurisdição arbitral: conflito aparente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Campinas, ano 6, n. 23, p. 52, out./dez. 2009.

Ocorre que, além da teoria do Direito, inclusive em decorrência da histórica tendência de transformar até mesmo os princípios jurídicos basilares em regras legisladas, o ordenamento jurídico-positivo brasileiro tratou de fixar a proibição do *non liquet* de maneira expressa.

Conforme Rafael Koatz, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e o Código de Processo Civil vedam o *non liquet*, sendo que aquela, em seu Art. 4º, estabelece que, se a lei for omissa, “[...] o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.⁷⁹⁰

Desse modo, o julgador não há de se esquivar de julgar uma causa sob a alegação de que não há comando legal regente da situação concreta a ele submetida por ter dúvidas a respeito de quem deve sair vitorioso: “[...] a proibição do *non liquet* é um axioma raramente contestado ou debatido no direito brasileiro”.⁷⁹¹

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já confirmaram a proibição do *non liquet* sem maiores indagações quanto ao acerto ou equívoco dessa conclusão. Doutrina e jurisprudência costumam apontar como seu fundamento constitucional, o Art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988.⁷⁹²

Afirma-se que “[...] a proibição é importante para resguardar o sistema jurídico do colapso”; aduzindo-se que a vida em sociedade demanda que o Estado disponha de instrumentos jurídicos para a pacificação social, em decorrência do fato de que o Estado proibiu o exercício da autotutela.⁷⁹³

Desse mesmo modo, tendo o Estado tomado para si o dever de prestar a jurisdição em qualquer hipótese, “[...] se o juiz pudesse deixar de decidir, os conflitos sociais não seriam solucionados e a própria configuração do Estado restaria comprometida”.⁷⁹⁴

Especialmente quanto à segurança jurídica, a proibição do *non liquet* exerce importante papel nas sociedades contemporâneas, “[...] marcadas por desacordos morais e pela constante submissão de julgar casos difíceis que impossibilitam a vida em comunidade”.⁷⁹⁵

⁷⁹⁰ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 172, set./dez., 2015.

⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 172-173.

⁷⁹² *Ibid.*, p. 173.

⁷⁹³ *Ibid.*, p. 173-174.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 174.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 174-175.

Ocorre que é possível o *non liquet* acontecer em algumas situações, pois o Art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, busca proibir que o Estado-Juiz se abstenha de decidir a maior parte das questões que lhe são submetidas, mas não necessariamente todas.⁷⁹⁶

São, porém, de situações específicas e excepcionais em relação à lógica do sistema jurídico brasileiro, em decorrência da evidente contradição demonstrada pelo ato de se proibir uma conduta ontologicamente legítima como a autotutela e não substituir a ação do cidadão nesse sentido.

Ainda assim, a proibição do *non liquet* é corroborada, no ordenamento jurídico nacional, pela inafastabilidade da jurisdição, correspondente à impossibilidade de a lei retirar da tutela jurisdicional a apreciação de lesão efetiva ou potencial a qualquer direito, salvo raras exceções.

Ainda para Rafael Koatz, há temas que não se sujeitam à intervenção judicial, como questões políticas “[...] e outras em relação às quais as partes podem dispor como bem entenderem”, como as patrimoniais; assim como recorrem a métodos alternativos de solução de conflitos, que afastam a possibilidade da decisão judicial.⁷⁹⁷

Assim, a intervenção judicial “[...] é obrigatória de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas subjacentes”. A inafastabilidade do controle jurisdicional é passível de ceder a outros valores, a exemplo da autonomia da vontade que, por sua vez, é um direito fundamental.⁷⁹⁸

De efeito, “[...] a garantia fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional tem natureza principiológica”, devendo ser aplicado “[...] na medida de suas possibilidades fáticas e jurídicas”. Faz-se necessário, portanto, identificar o âmbito de proteção da norma.⁷⁹⁹

O art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, não esclarece a extensão de sua proteção ou as hipóteses nas quais a formulação de exigências legais é suscetível

⁷⁹⁶ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 175, set./dez., 2015.

⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. 175-176.

⁷⁹⁸ *Ibid.*, p. 176.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, p. 176-177.

de violar seu âmbito de garantia, pois “[...] a norma é bem aberta e confere ao legislador ampla margem de conformação”.⁸⁰⁰

Desse modo, “[...] o âmbito de proteção do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é normativo”, de maneira que “[...] o efetivo exercício do direito depende de um processo de conformação legislativa, por meio da edição de leis que permitam o gozo desse direito”.⁸⁰¹

O legislador ordinário tem papel relevante quanto a “[...] viabilizar o exercício desse direito, por meio da definição de procedimentos, ritos, ações, recursos, competências etc.”. No mesmo sentido, restringe sua amplitude, entretanto, não há que “[...] desvirtuar ou desnaturar a proteção assegurada”.⁸⁰²

Embora a intervenção legislativa seja necessária, não há de restringir sua profundidade de modo a afetar ou comprometer a proteção judicial efetiva, mas identificar “[...] um limite para a atividade conformadora e restritiva dos direitos fundamentais, que é o seu núcleo essencial”.⁸⁰³

Assim, é necessário estabelecer se o *non liquet* é “[...] um desvirtuamento do âmbito de proteção ou uma agressão ao núcleo essencial do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”⁸⁰⁴. Ocorre que o interdito da rejeição ao julgamento não é absoluto, encontrando determinadas e expressas exceções.

Aparentemente, entretanto, o *non liquet* desvirtuaria o âmbito de proteção do direito fundamental de acesso à Justiça, haja vista que, caso agredisse o núcleo essencial da inafastabilidade do controle judicial, não conviveria com qualquer sorte de exceção.

Para Nelson Nery Júnior, não se tolera a inconstitucionalidade correspondente à exclusão legal da apreciação de lesão a direito pelo Judiciário. No juízo arbitral, entretanto, exclui-se apenas o acesso à via judicial, não à jurisdição, pois a lide será resolvida pela justiça arbitral, que, no limite, é atividade jurisdicional.⁸⁰⁵

⁸⁰⁰ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 177, set./dez., 2015.

⁸⁰¹ *Ibid.*, p. 177-178.

⁸⁰² *Ibid.*, p. 178.

⁸⁰³ *Ibid.*, p. 178-179.

⁸⁰⁴ *Ibid.*, p. 179.

⁸⁰⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 162.

Seria inconstitucional se a Lei da Arbitragem vedasse à parte o acesso ao Judiciário, por exemplo, por intermédio de arbitragem obrigatória: “[...] como não o fez, não há nenhuma inconstitucionalidade em permitir às partes a escolha entre o juiz estatal e o arbitral para solucionar a lide existente entre elas”.⁸⁰⁶

Dessa maneira, embora a lei não exclua da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito, a legislação é passível de criar *alternativas à jurisdição*, desde que estas sejam utilizadas por via da *vontade* das partes, uma vez que a autonomia privada, assim como a inafastabilidade, é um direito fundamental.

A proibição do *non liquet*, como corolário da inafastabilidade da jurisdição, encontra sua principal relativização na autonomia da vontade, notadamente em decorrência da pactuação da arbitragem. Ocorre que o ordenamento jurídico-processual, desde o Código de Processo Civil de 1973, faz referência à conciliação.

O art. 125, IV, determinava que ao juiz competia, a qualquer tempo, conciliar as partes. Conforme art. 277, o juiz designaria audiência de conciliação a ser realizada em trinta dias, citando-se o réu com, no mínimo, dez dias de antecedência, “[...] determinando o comparecimento das partes”.⁸⁰⁷

Seu art. 447 determinava que, se o litígio versasse sobre “[...] direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinaria o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento”. O art. 448, por sua vez, demandava que “[...] antes de iniciar a instrução, o juiz tentaria conciliar as partes”.⁸⁰⁸

A cultura da conciliação, especialmente na última década, resulta cada vez mais privilegiada, notadamente por intermédio da mediação. O Código de Processo Civil de 2015, entretanto, determina que os instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos devem ser incentivados.

Para Fernanda Tartuci, referida mudança de paradigma não carece apenas da regulamentação legal, pois é indescartável que o profissional do Direito compreenda que uma de suas principais funções, além de representar e patrocinar o

⁸⁰⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 162.

⁸⁰⁷ BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

⁸⁰⁸ *Ibid.*

cliente, é a de “[...] conceber o *design* de um novo enquadre que dê lugar a esforços colaborativos”.⁸⁰⁹

A boa-fé é essencial à mediação, pois, “[...] se um dos contendores não crê que o outro esteja imbuído de probidade e lealdade, dificilmente vai querer dedicar tempo e recursos para negociar com quem não merece confiança postura, aliás, compreensível”.⁸¹⁰

Um diploma legal não teria o condão, de per se, de “[...] levar advogados e jurisdicionados a buscarem esse interessante mecanismo consensual”, mas é preciso “[...] considerar ser um ponto importante de nossa cultura e do nosso ensino jurídico o foco em leis escritas e em sua interpretação”.⁸¹¹

Na Inglaterra e no País de Gales, a *Law Society* lançou, em 2005, uma orientação de práticas, que recomendava aos *solicitors* que considerassem, rotineiramente, “[...] se os conflitos de seus clientes seriam adequados para as ADRs”, relembrando acerca da necessidade de boa-fé e lealdade.⁸¹²

No início da vigência do atual CPC, vários juízes passaram a desconsiderar a norma que determinava a designação da audiência consensual em todos os processos, sob a alegação de inviabilidade prática e falta de pessoal. Ocorre que essa disposição se dirigia ao estímulo, inclusive do Judiciário, para sua utilização.⁸¹³

A capacidade de se trabalhar com os meios consensuais “[...] tem se tornado um fator competitivo importante entre os advogados”, estimulando-se, assim, “[...] o desenvolvimento de suas habilidades nesta área”, realidade aferível pelo “[...] considerável aumento da demanda por cursos de mediação e negociação”.⁸¹⁴

Constitui um fator positivo, pois “[...] a principal função do operador do Direito é ajudar a solucionar problemas”, de modo que “[...] este desiderato demanda a ampliação da concepção sobre as formas que melhor atende o cliente em seus anseios jurídicos e existenciais”.⁸¹⁵

Sucedem que a mudança cultural no sentido da resolução pacífica de conflitos em detrimento do provimento jurisdicional excepciona a proibição do *non liquet*,

⁸⁰⁹ TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. **Revista de Processo**, Brasília, DF, v. 258, p. 502, 2016.

⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 502.

⁸¹¹ *Ibid.*, p. 502.

⁸¹² *Ibid.*, p. 502.

⁸¹³ *Ibid.*, p. 502.

⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 502.

⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 502.

promovendo algo como uma mutação na interpretação do princípio da inafastabilidade, demandando sua ampla relativização.

3.2.3 A PEC 108/2015 e o *Multi-door Courthouse System*

Em decorrência do fato de o sistema jurídico brasileiro ter sido formado há poucos séculos, a doutrina e a jurisprudência nacionais constantemente recepcionam institutos e teorias criadas e institucionalizadas no contexto do Direito comparado.

Nos últimos anos, a teorização denominada *Multi-door Courthouse System*, criada nos anos de 1970, na Universidade de Harvard, nos Estados Unidos da América, é cada vez mais celebrada e estudada pela doutrina processual civil brasileira.

Seu influxo nos estudos jurídico-processuais nacionais foi tamanho que, no ano de 2015, exsurgiu a Proposta de Emenda Constitucional 108, destinada a incluir, na Constituição de 1988, um direito fundamental ao incentivo à utilização de instrumentos extrajudiciais de composição de conflitos, com arrimo na referida teoria.

Este segmento da Tese, então, se dirige a estudar a Proposta de Emenda Constitucional 108, de 2015, e o *Multi-door Courthouse System*, desde suas origens históricas e teóricas, seu papel de modelo ideal, assim como sua operabilidade sistêmica.

Referido sistema, para Elaine Macedo e Marina Damasceno, aflorou no contexto da diminuição do poder do legislador e do conseqüente aumento do poder do juiz, a estabelecer uma contraposição importante quanto ao reequilíbrio do exercício do poder, privilegiando múltiplos espaços ao lado do tradicional Poder Judiciário.⁸¹⁶

No *sistema de justiça multiportas*, agentes não necessariamente públicos objetivam o fim do conflito de interesses e a pacificação social, como alternativa ao exercício do poder público, concernente à retomada de tal poder pelos próprios cidadãos.⁸¹⁷

⁸¹⁶ MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina. Sistema de justiça multiportas e o processo de execução: uma análise a partir dos meios autocompositivos. In: MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina (org.). **Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2018. p. 107.

⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 107.

Tal descentralização do poder jurisdicional é uma tática para aumentar o controle sobre seu exercício e de atender com maior eficiência as exigências da sociedade atual, atribuindo-se a outros agentes e por meio de outros instrumentos o mesmo objetivo do processo comum, de resolver ou superar conflitos.⁸¹⁸

Assim, referido sistema não exclui a codificação, tampouco a jurisdição pública, mas, sim, busca reuni-las ao redor de um eixo comum, quais sejam, “[...] os vetores constitucionais que regem a vida em sociedade”, em direção a um modelo ideal de resolução de conflitos.⁸¹⁹

Nesse sentido, o *Multi-door Courthouse System* é uma teorização estadunidense explorada em uma diversidade de estudos sobre Direito processual civil comparado e, notadamente, de pesquisas concernentes aos instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos.

Frank E. A. Sander, professor da Faculdade de Direito de Harvard, no ano de 1976, durante a *Global Pound Conference*, realizada em Minneapolis, Minnesota, discursou no sentido de que os juristas tendem a pensar de maneira absoluta no que concerne à resolução de conflitos.⁸²⁰

Acreditam que os tribunais devem ser a única possibilidade de solucionar conflitos. Sander, entretanto, identificou uma tendência à resolução comunitária das disputas fora das cortes, que não se responsabilizam pelas demandas que necessitam de solução rápida, fazendo surgir a necessidade de soluções alternativas.⁸²¹

As diversas modalidades de se resolver conflitos de interesses compreenderiam os instrumentos extrajudiciais de pacificação, inclusive, a eles se dando preferência sobre a substituição da vontade das partes pela decisão judicial, dentre eles se encontrando a mediação.

As questões difusas tendem a ser solucionadas de modo mais eficiente pelas partes do que por terceiro, possibilitando utilizar opções como a mediação,

⁸¹⁸ MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina. Sistema de justiça multiportas e o processo de execução: uma análise a partir dos meios autocompositivos. In: MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina (org.). **Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2018. p. 109.

⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 110.

⁸²⁰ SANDER, Frank. The multi-door courthouse: settling disputes in the year 2000. **HeinOnline**, [S. l.], v. 3, n. 18, p. 9. 1976.

⁸²¹ *Ibid.*, p. 9-10.

especialmente nos casos em que se identifica uma relação continuada entre os litigantes.⁸²²

Nesses casos, devem atuar conjuntamente a fim de encontrar soluções que garantam uma composição duradoura para conservar o relacionamento. A mediação, entretanto, é preferível. É necessário, também, considerar os custos de resolução da disputa quanto ao acordo.⁸²³

Em que pese o próprio Sander não ter feito referência direta às “portas”, a nomenclatura conferida à teoria surge de imagens para tentar explicar, visualmente, a que se referia o conceito por ele construído. Estas fizeram referência a uma multiplicidade de portas.

Rafael Almeida, Tânia Almeida e Mariana Crespo noticiam que a Revista da *American Bar Association* (ABA) postou em sua capa uma ilustração com diversas portas, de modo a simbolizar o artigo publicado sobre o discurso de Sander, na Conferência Roscoe Pound, fazendo surgir a expressão *Tribunal Multiportas*.⁸²⁴

Sucedo que o nome utilizado pelo palestrante foi *centro abrangente de justiça*. A implantação do conceito contribuiu de maneira importante para a ampliação e o aprimoramento do sistema de solução de conflitos, especialmente no restabelecimento do diálogo entre sociedade civil e comunidade jurídica.⁸²⁵

Assegurou, então, maior eficiência à Justiça, permitindo e incentivando a participação dos envolvidos na tomada de decisões⁸²⁶. Configura, portanto, algo como um prédio público cujas portas, cada uma, conduz a um instrumento de solução de conflitos jurídicos.

Para Leonardo Cunha, a expressão *multiportas* decorre de uma metáfora, de que o sistema seria como o átrio do fórum com várias portas, de modo que, “[...] a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal”.⁸²⁷

⁸²² SANDER, Frank; GOLDBERG, Stephen. Fitting the fórum to the fuss: a user-friendly guide to selecting an adr procedure. **Negotiation Journal**, [S. l.], v. 10, p. 51, 1994.

⁸²³ *Ibid.*, p. 51-52.

⁸²⁴ ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tânia; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 32.

⁸²⁵ *Ibid.*, p. 32.

⁸²⁶ *Ibid.*, p. 32.

⁸²⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 637.

Diferentemente, portanto, “[...] do modelo de justiça tradicional, que é autocentrado e interventivo, o modelo multiportas considera também as soluções extrajudiciais”, especialmente as autocompositivas, como mediação, conciliação e negociação direta, e heterocompositivas, a exemplo da arbitragem.⁸²⁸

O Judiciário deixa de ser um lugar de julgamento “[...] para ser um local de resolução de disputas. Trata-se de uma importante mudança paradigmática”, a partir da qual não mais basta que o caso seja julgado, sendo necessário conferir solução adequada “[...] que faça com que as partes saiam satisfeitas com o resultado”.⁸²⁹

O sistema multiportas, portanto, vai ao encontro do direito fundamental de acesso à Justiça, especialmente no que concerne ao denominado princípio da tutela jurisdicional adequada, tendo em vista que propõe a disponibilização de uma infinidade de instrumentos para a resolução de conflitos.

Malgrado a metáfora para definir o sistema multiportas, este não se refere, realmente, ao prédio de um fórum com uma infinidade de portas a serem acessadas após uma meticolosa triagem para determinar qual o instrumento mais efetivo a fim de se resolver uma demanda.

Sander afirmou tratar-se de um modelo ideal que inclui um centro que oferece serviços de admissão e várias atividades de resolução de disputas, após uma unidade de triagem diagnosticar as disputas e encaminhar os litigantes à “porta” adequada. É, portanto, algo como um *Tribunal multitarefa*.⁸³⁰

Nele, várias agências, desde a política, o Ministério Público, os promotores, tribunais e serviços sociais se encontram juntas, de modo que os responsáveis pela triagem deveriam resolver tais problemas no contato inicial. Caso essa solução não ocorra, os cidadãos seriam encaminhados ao mecanismo mais apropriado.⁸³¹

Assim, conquanto a metáfora definidora da referida teoria fazer referência a um Tribunal, trata de incentivar os instrumentos extrajudiciais de conflitos, desde que estes sejam adequados ao seu tratamento, deixando o provimento jurisdicional reservado às hipóteses nas quais se demonstram indispensáveis.

⁸²⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 637.

⁸²⁹ *Ibid.*, p. 637.

⁸³⁰ SANDER, Frank; GOLDBERG, Stephen. Fitting the fórum to the fuss: a user-friendly guide to selecting an adr procedure. **Negotiation Journal**, [S. l.], v. 10, p. 9, 1994.

⁸³¹ *Ibid.*, p. 9.

Para Gladys Kessler e Linda Filkenstein, Sander percebeu o valor da disposição de formas alternativas de resolver disputas, esperando que, por meio de um tribunal de portas múltiplas, os cidadãos pudessem encontrar uma justiça mais acessível, inclusive na impossibilidade de se custear ou entender o sistema judicial.⁸³²

Os cidadãos, de efeito, se beneficiariam dessas técnicas, elaborando seus acordos, bem como possibilitaria um processo mais célere, ensejando aos juízes se dedicarem aos casos que realmente demandam a intervenção jurisdicional.⁸³³

Por meio de um tribunal de portas múltiplas, espera-se que os cidadãos encontrem uma justiça mais acessível. Os cidadãos deveriam se beneficiar por técnicas de incentivo para os litigantes, elaborando os próprios acordos e se beneficiando da avaliação precoce dos casos.⁸³⁴

Dessa maneira, os processos se tornariam mais compreensíveis aos cidadãos, sendo possível aos litigantes resolver suas disputas com menores gastos, mais satisfação e menos dificuldades, por meio das opções acessíveis e viáveis ao processo adversarial.⁸³⁵

Reduz-se grandemente o número de julgamentos e, por via de consequência, a superlotação nos calendários dos tribunais, dando tempo para os juízes se dedicarem aos casos mais complexos⁸³⁶, enquanto as demandas simples seriam autocompostas.

De igual modo, a jurisdição se reservaria apenas às questões que, efetivamente, necessitassem do provimento jurisdicional, em decorrência de sua complexidade ou da completa indisponibilidade dos direitos envolvidos, representando economia ao Estado.

A teoria do tribunal multiportas não é somente uma ideia, mas, sim, um modelo ideal, que propõe um sistema dotado de diversas etapas, sintetizáveis em duas fases consecutivas. A primeira consiste em uma *triagem*, para determinar a “porta” correta para resolver o conflito.

⁸³² KESSLER, Gladys; FILKENSTEIN, Linda. The evolution of a multi-door courthouse. **Catholic University Law Review**, [S. l.], n. 37, p. 578, 1988.

⁸³³ *Ibid.*, p. 578.

⁸³⁴ *Ibid.*, p. 578.

⁸³⁵ *Ibid.*, p. 578.

⁸³⁶ *Ibid.*, p. 578.

Durval Hale, Humberto Pinho e Trícia Cabral assinalam que o sistema concebido por Sander se referia à possibilidade de que a jurisdição fosse reservada aos casos nos quais se mostrasse mais apropriada, evitando-se sua sobrecarga e a paralisação dos tribunais com casos nos quais suas habilidades específicas não fossem necessárias.⁸³⁷

Assim, após a primeira fase, segue-se o encaminhamento do conflito à “porta” correta, um dos instrumentos extrajudiciais de resolução ou a própria tutela jurisdicional; tratando-se, portanto, de algo como um sistema de *filtragem* dos vários tipos de litígios.

Para Fernanda Tartuce, o sistema multiportas é um complexo de opções que cada pessoa deve ter à disposição para buscar soluções a um conflito, com base em métodos articulados ou não pelo Estado, heterocompositivos e autocompositivos, de modo que aqueles que busquem o Judiciário encontrem várias opções.⁸³⁸

A sentença judicial deve ser apenas uma delas, pois uma precisa dispor de vários mecanismos de tratamento de conflitos, bem como de uma diversidade de escolhas sobre como lidar com a disputa.⁸³⁹

Dessa maneira, no contexto das sociedades em constante e ininterrupta evolução, já que o conflito não é simplesmente eliminado ou extinto, faz-se necessário seu tratamento e, como consequência, a manutenção da consciência de sua utilidade para o processo civilizatório, inclusive, no âmbito social.

O sistema multiportas tornou-se uma teoria mundialmente conhecida, inspirando diversas legislações no mundo, inclusive no Brasil, que expressamente se embasou em suas premissas no que concerne aos vários diplomas normativos mais atuais.

Para Francisco Cahali, a Resolução 125, de 2010, já havia implantado o Sistema Multiportas, por meio do qual “[...] o Estado coloca à disposição da sociedade, alternativas variadas para se buscar a solução mais adequada de

⁸³⁷ HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2016. São Paulo: Atlas, 2016, p. 42-43.

⁸³⁸ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 6. ed. São Paulo: Método, 2020. p. 71.

⁸³⁹ *Ibid.*, p. 71-72.

controvérsias, especialmente valorizando os mecanismos de pacificação (meios consensuais)”.⁸⁴⁰

Desse modo, não mais se restringe à oferta do processo clássico de decisão imposta pela sentença judicial: “[...] cada uma das opções (mediação, conciliação, orientação, a própria ação judicial contenciosa etc.) representa uma ‘porta’, a ser utilizada de acordo com a conveniência do interessado”.⁸⁴¹

Cada uma faz referência a uma maneira mais apropriada de administração e resolução do conflito⁸⁴², premissas amplamente encampadas não apenas pela Resolução 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, mas também pelo Marco Legal da Mediação e pelo Código de Processo Civil de 2015.

Malgrado o entendimento do referido autor, em 2015, sobreveio a tentativa de inserção do sistema multiportas na própria Constituição, como um direito fundamental de acesso aos instrumentos extrajudiciais de resolução pacífica dos conflitos.

A Proposta de Emenda Constitucional 108, de 2015, do Senador Vicentinho Alves, *in hoc sensu*, buscava inserir o inciso LXXIX, no art. 5º, da Constituição Federal, determinando ao Estado a adoção dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos.⁸⁴³

Justificou-se a proposta em decorrência da afirmação de que a estrutura do Poder Judiciário, a despeito do esforço de seus integrantes, não acompanha o crescimento dos conflitos, pois se identifica algo como um culto ao litígio no Brasil, decorrência da falta de comunicabilidade entre os litigantes.⁸⁴⁴

Com efeito, a efetivação do acesso à Justiça demanda o fomento estatal à utilização de meios extrajudiciais de solução de conflitos. Nesse sentido é que se inspirou no *Sistema Multiportas (Multi-door Courthouse System)*, surgido nos EUA, em 1976, em uma conferência proferida por Frank Sander, em Harvard.⁸⁴⁵

⁸⁴⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação - conciliação - resolução CNJ 125/2010. 6. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 53.

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 53.

⁸⁴² *Ibid.*, p. 53.

⁸⁴³ BRASIL. Senado Federal. **Proposta de emenda Constitucional 108**. Acrescenta inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para estabelecer o emprego de meios extrajudiciais de solução de conflitos como um direito fundamental. Brasília, DF, 2015.

⁸⁴⁴ *Ibid.*

⁸⁴⁵ *Ibid.*

Referido sistema seria capaz de disponibilizar diversas opções de solução de conflitos ao Judiciário⁸⁴⁶ e converter as premissas do sistema multiportas em um direito fundamental ao estímulo à adoção de métodos extrajudiciais de resolução de conflitos.

Embora a referida Proposta de Emenda Constitucional tenha sido arquivada em decorrência do término da legislatura anterior, sua superveniência demonstra que o direito fundamental de acesso à Justiça é, tal qual o devido processo legal, uma *cláusula aberta*, cujos corolários surgem, progressivamente, no decorrer da história.

3.2.4 A mediação como “porta”

Como foi estudado imediatamente antes, o *Multi-door Cousthouse System*, como modelo ideal, equivale a um sistema no qual ocorre uma necessária triagem inicial, para descobrir qual o instrumento jurídico-processual adequado para a solução de determinado litígio.

Após a primeira etapa, entende-se que a melhor possibilidade de se resolver a demanda seja o provimento jurisdicional substitutivo da vontade das partes ou um dos vários procedimentos extrajudiciais de resolução de conflitos, dos mais simples aos mais complexos.

Dentre os referidos meios de solução pacífica de litígios está a mediação de conflitos que, no Brasil, é intensivamente incentivada há alguns anos, notadamente a partir de 2010, quando entrou em vigor a Resolução 125, do Conselho Nacional de Justiça.

Assim, convém trabalhar a mediação como “porta”, apta a tornar o provimento jurisdicional uma exceção à regra da solução pacífica, bem como as premissas para uma política de tratamento adequado dos conflitos, o papel dos núcleos e centros de tratamento de conflitos, bem como a informalidade da mediação.

Nem sempre a Justiça é acessada por intermédio de uma demanda jurisdicional, pois, muitas vezes, a eliminação do conflito não é a melhor maneira de

⁸⁴⁶ BRASIL. Senado Federal. **Proposta de emenda Constitucional 108**. Acrescenta inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para estabelecer o emprego de meios extrajudiciais de solução de conflitos como um direito fundamental. Brasília, DF, 2015.

tratar uma demanda, em decorrência da possibilidade de que outros pleitos derivem do primeiro.

Conforme José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Spengler, o conflito é inevitável e salutar, especialmente em uma sociedade democrática. Assim, importante é encontrar meios autônomos de manejá-lo, escapando da ideia de que seja um fenômeno patológico, encarando-o como um evento fisiológico importante, positivo ou negativo.⁸⁴⁷

Essa definição se daria conforme os valores insertos na contextura social analisada. Embora existam na doutrina análises e comentários sobre as etapas do procedimento de mediação, os estudos são apenas sugestões de como utilizar o método mais adequadamente.⁸⁴⁸

Estas se embasam em análises empíricas capazes de demonstrar que a observância de uma sequência ou a prática de certos atos tornam a mediação mais eficaz. Os mecanismos consensuais atuam como outra justiça, na qual existe uma apropriação pelos envolvidos do poder de administrá-los.⁸⁴⁹

Caracteriza-se pela proximidade, oralidade, ausência/diminuição de custos, rapidez e negociação. Na discussão do conflito, são evidenciados os aspectos que o envolvem, não apenas os dados deduzidos na inicial e contestação.⁸⁵⁰

O procedimento se divide em distintos estádios, que não são fixos ou invariáveis, diferenciando-se de acordo com o modelo seguido, em consonância com o andamento do procedimento, de modo que não há como definir previamente a duração de cada período, apenas esboçá-los.⁸⁵¹

Alteram-se conforme os entendimentos e reações das partes a cada atividade, de modo que os estádios não precisam ser perfeitamente definíveis, mas sobrepondo-se uns aos outros. É possível, também, retomar um estágio já encerrado, se isso for útil para a efetiva concretização do processo.⁸⁵²

Há, todavia, um consenso acerca da sequência de atos e de estádios. Aposta em uma matriz autônoma, cidadã e democrática, que resulta em um salto qualitativo,

⁸⁴⁷ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 47.

⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 107.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 107.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, p. 121.

⁸⁵¹ *Ibid.*, p. 139.

⁸⁵² *Ibid.*, p. 139.

ultrapassando a dimensão de resolução adversarial de disputas baseadas no litígio e apoiadas na cientificidade que determina o descobrimento da verdade.⁸⁵³

Aliás, *alternativa* não resulta na ideia de *justiça alternativa*, mas, sim, de *alternativa para a jurisdição*. Uma sociedade sem conflitos é estática. Ocorre que há uma diferença essencial entre *disputa* e *conflito*. Naquela, o conflito não é mais uma incompatibilidade limitada às partes.⁸⁵⁴

Passa, assim, a manifestar efeitos aparentes, envolvendo terceiros que atuarão como *agentes de entendimentos*.⁸⁵⁵ A compreensão da verdadeira natureza do conflito, antes oculta pela litigiosidade inerente ao Direito processual civil brasileiro, faz com que a mediação demonstre vantagens diante dos procedimentos litigiosos.

Nesse contexto, surgiria a relevância da mediação de conflitos, até mesmo no que concerne aos seus reflexos na sociedade, amenizando-se a própria litigiosidade contida, prevenindo-se surgimento de relações de inimizade e, ao mesmo tempo em que admite que o conflito é inerente à própria ideia de sociedade.

De acordo com Andrea Maia, Angela Bianchi e José Garcez, a mediação tem vantagens como celeridade, economia financeira e melhora geral no convívio entre as pessoas. Em decorrência da maior adequação das respostas aos interesses e necessidades, alinha-se a uma visão abrangente de acesso à Justiça.⁸⁵⁶

Contribui, portanto, para estabelecer uma sociedade igualitária, pacífica e ética⁸⁵⁷, haja vista que se propõe tratar o conflito, não a eliminá-lo por intermédio da decisão judicial, instalando a pacificação social em detrimento da cultura do litígio.

Já para Ana Rosenblatt e André Martins, a mediação de conflitos complementa a atuação do Judiciário, potencializando o acesso à Justiça como *ordem jurídica justa*, promovendo soluções mais justas, pareadas às percepções dos “mediandos”, que passam a ser os coautores da composição final.⁸⁵⁸

⁸⁵³ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 157.

⁸⁵⁴ *Ibid.*, p. 47-48.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, p. 47-48.

⁸⁵⁶ MAIA, Andrea; BIANCHI, Angela Andrade; GARCEZ, José Maria Rossani. Origens e norteadores da mediação de conflitos. *In*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 52.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, p. 52.

⁸⁵⁸ ROSENBLATT, Ana; MARTINS, André. Mediação e transdisciplinaridade. *In*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 144.

De tal maneira, em vez de buscar eliminar o conflito, procura tratá-lo, de modo que os instrumentos extrajudiciais de resolução pacífica de conflitos, apesar de sua normatização, devem ser amplamente incentivados, inclusive, pelo Poder Judiciário, de acordo com o que determina a parte geral do atual Código de Processo Civil.

Kazuo Watanabe ensina que os meios alternativos devem ser corretamente utilizados, tornando-se efetivo modo de assegurar aos jurisdicionados um verdadeiro e adequado acesso à Justiça e à ordem jurídica justa, e há a necessidade de estabelecer uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses.⁸⁵⁹

A generosa ideia de uma abrangente política pública de tratamento de conflitos adotada pela primeira Carta Política, “[...] fruto da inteligência e sabedoria dos homens de visão que então detinham o poder, sucumbiu por razões políticas e pela falta de critério adequado em sua implementação”.⁸⁶⁰

Essa política pública será capaz de criar um *filtro da litigiosidade*, estimulará o nascimento de uma nova cultura, não apenas entre os profissionais do Direito, mas, também, entre os próprios jurisdicionados, de solução negociada e amigável dos conflitos.⁸⁶¹

Essa cultura terá reflexos imediatos, dando maior coesão social e determinando mudanças importantes na sociedade, influenciando na mudança de conteúdo e orientação do ensino universitário na área de Direito, passando a formar profissionais com visão mais ampla e social.⁸⁶²

Surgiria a consciência de que lhes cabe atuar na orientação, pacificação, prevenção e composição amigável, além da solução contenciosa dos conflitos de interesses. É uma transformação revolucionária, quanto à natureza, qualidade e quantidade dos serviços judiciários.⁸⁶³

⁸⁵⁹ WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (org.).

Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 6.

⁸⁶⁰ *Ibid.*, p. 6.

⁸⁶¹ *Ibid.*, p. 6-9.

⁸⁶² *Ibid.*, p. 9.

⁸⁶³ WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (org.).

Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 12-13.

Resultaria, portanto, em um maior índice de pacificação das partes em conflito, não apenas solução dos litígios, reduzindo-se a carga de serviços do Judiciário, conhecidamente excessiva, e em uma maior celeridade das prestações jurisdicionais, substituindo-se *cultura da sentença* pela *cultura da pacificação*.⁸⁶⁴

Nesse contexto do pluriprocessualismo é que se procura firmar um ordenamento jurídico-processual no qual as características de cada litígio sejam utilizadas na redução da ineficiência dos mecanismos de solução de disputas, escolhendo-se um procedimento que possibilite a melhor solução para a disputa.

Para Niceto Zamora y Castillo, passa-se a considerar características e aspectos relacionados a esses litígios quando da seleção do instrumento adequado à resolução da disputa, considerando-se, por exemplo, o custo financeiro, a celeridade, o sigilo, a flexibilidade procedimental, dentre outros.⁸⁶⁵

Note-se que a política para o incentivo e a consequente instalação de instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos segue uma lógica similar àquela idealizada para o tribunal multiportas, assim como corrobora o direito fundamental à tutela adequada.

Em tal contexto, entretanto, percebe Jânia Saldanha que a inexorabilidade da emergência dos novos direitos, bem como a consciência de sua existência ocasionaram uma explosão de demandas, agudizando a crise do modelo de justiça imposta e colocando-o em questão.⁸⁶⁶

Desde então, se buscou, em muitos países, uma saída pelos meios alternativos de solução, sendo essa a primeira razão para o início do movimento em direção à mudança, tendo seduzido empresas que buscavam resolver conflitos de maneira mais rápida, menos custosa e mais previsível.⁸⁶⁷

Percebe-se, portanto, que a passagem do modelo de justiça imposta à negociada acompanhou a dinâmica do modelo econômico neoliberal, pois o modelo

⁸⁶⁴ *Ibid.*, p. 12-13.

⁸⁶⁵ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. **Proceso, autocomposição y autodefensa**. México: Universidad Autónoma Nacional de México, 1991. p. 238.

⁸⁶⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da ordem da justiça imposta à ordem da justiça negociada: em busca de um modelo "ideal" de justiça. In: MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina (org.). **Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2018. p. 159.

⁸⁶⁷ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da ordem da justiça imposta à ordem da justiça negociada: em busca de um modelo "ideal" de justiça. In: MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina (org.). **Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2018. p. 159.

de justiça ritual, concernente às formalidades procedimentais, depende imensamente do juiz.⁸⁶⁸

Ocorre que, mesmo quanto a outras modalidades de solução de conflitos, passaram a concorrer com o modelo tradicional e herdado do processo, fazendo surgir mais atores para confrontar a busca pela sentença e a habilidade de negociar, transigir e acordar.⁸⁶⁹

Nesse mesmo ritmo, é que se faz necessário prevenir tanto a transferência da formalização excessiva da justiça imposta à justiça negociada, quanto é imperioso impedir a excessiva informalidade desses procedimentos, preservando-se um mínimo rigor processual.

Não seria salutar que a solução consensual fosse, de qualquer maneira, imposta às partes em litígio, tornando-se algo como um *consenso repressivo*, situação capaz de desnaturar até mesmo os objetivos primordiais da justiça negociada.

Antes de 2010, as experiências com a mediação existiam, entretanto, não eram efetivamente regulamentadas no ordenamento jurídico-processual brasileiro. Com a Resolução 125, do Conselho Nacional de Justiça, iniciou-se um marco histórico nessa normatização.

Muitos estudiosos têm no tribunal multiportas o *Big Bang* da moderna teoria de resolução de conflitos. No Brasil, contudo, essa ideia só foi recepcionada plenamente em 2010, com a Resolução 125, do CNJ, determinando que os tribunais precisariam ter mais de uma “porta” para receber as contendas instauradas.⁸⁷⁰

Regulamentados pela Resolução 125, de 2010, do *Conselho Nacional de Justiça, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs)* integram, de maneira necessária, a política estatal dirigida ao incentivo e à instalação dos instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos.

São indispensáveis para a concretização da política pública direcionada ao tratamento adequado dos conflitos e aperfeiçoamento das instituições, bem como

⁸⁶⁸ *Ibid.*, p. 159.

⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 159-160.

⁸⁷⁰ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 6. ed. São Paulo: Método, 2020. p. 183-184.

para permitir o direcionamento das práticas autocompositivas e, conseqüentemente, do aprimoramento do serviço judicial.⁸⁷¹

Os CEJUSCs se concentram em vários serviços prestados pelo Judiciário, disponibilizados por intermédio de variados mecanismos de solução de conflitos, enfaticamente, porém, a conciliação e a mediação.⁸⁷²

Além dos CEJUSCs, no que se relaciona à Administração Pública, demonstra-se a importância da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), parte da estrutura da Advocacia-Geral da União. Ocorre que os instrumentos de resolução não ficam engessados pela normatização.

Malgrado a evidência da relação direta entre a mediação e o acesso à Justiça, faz-se necessário identificar o papel desse instrumento de resolução extrajudicial de conflitos naquilo que se relaciona à efetivação do referido direito fundamental.

De acordo com Emetério de Oliveira Neto e Juvêncio Viana, o acesso à Justiça é um direito fundamental em sentido amplo, demandando interpretação sempre atualizada, não podendo ser reduzido ao mero acesso ao Judiciário, materializando-se no contexto de uma ordem jurídica justa, célere e efetiva.⁸⁷³

Faz-se necessária, assim, efetividade, equivalente à utilidade prática do processo, de modo que a confusão entre acesso à Justiça e simples acesso ao Judiciário equivale a “[...] adversar a essência da própria justiça, uma vez que esta nega veementemente a injustiça, o seu oposto”.⁸⁷⁴

Faz-se necessária a amplificação do conceito de acesso à Justiça, já que o puro direito ao processo não mais o supre. A atuação da Administração Pública é suscetível de ser mais apta a proporcionar um acesso à Justiça rápido, equânime e efetivo do que a atuação do Judiciário.⁸⁷⁵

⁸⁷¹ NOGUEIRA, Mariella Ferraz de Arruda Pollice. Dos núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos. *In*: PELUSO, Antonio Cesar; RICHA, Morgana de Almeida (org.). **Conciliação e mediação**: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 253.

⁸⁷² *Ibid.*, p. 43.

⁸⁷³ OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Acesso à justiça e o novo código de processo civil: um olhar crítico. *In*: TAVARES NETO, José Querino; ÁVILA, Flávia de; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio (coord.). **Acesso à justiça**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 170.

⁸⁷⁴ *Ibid.*, p. 178.

⁸⁷⁵ OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Acesso à justiça e o novo código de processo civil: um olhar crítico. *In*: TAVARES NETO, José Querino; ÁVILA, Flávia de; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio (coord.). **Acesso à justiça**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 178.

Ocorre que a mediação demonstra ser capaz de aumentar qualitativa e quantitativamente a efetividade do direito fundamental de acesso à Justiça, especialmente em decorrência da informalidade que a caracteriza, de maneira que, apesar de ser necessária sua normatização, esta não deve ser excessiva.

Fernanda Tartuce afirma que a “procedimentalização” da mediação é criticável, pois “[...] ela seria prejudicial ao desenvolvimento de um mecanismo informado, sobretudo, pela informalidade e pela independência do mediador”, não sendo “[...] um procedimento com regras fixas, nem há forma exigível para sua condução”.⁸⁷⁶

A mediação se desenvolve por meio de conversas entre as partes, mediante a contribuição de terceiro imparcial, que utiliza técnicas para “[...] clarificar situações, percepções, afirmações e possibilidades aventadas pelas próprias pessoas em suas interações”.⁸⁷⁷

A intervenção do mediador é matizada, pois há vertentes que entendem que o terceiro sequer é capaz de intervir na condução do procedimento, deixando que as partes sigam a própria dinâmica de comunicação. Outros entendem que não se deve introduzir qualquer “processualismo” na mediação.⁸⁷⁸

Entende-se, nesse sentido, que a “procedimentalização” excessiva da mediação sobrecarregaria o procedimento e comprometeria a igualdade entre as partes, “[...] pois aquela com melhores condições técnicas e financeiras está em posição de vantagem”.⁸⁷⁹

Compreendem que a complexidade e a multiplicidade de regras “[...] abrem caminho para que o diálogo se transforme em uma batalha de regras, o que é letal para o equilíbrio democrático”, mas os diplomas relacionados não comprometem a informalidade ao ponto de causar desníveis técnicos entre as partes.⁸⁸⁰

Dessa maneira, “[...] a Lei de Mediação direciona a atuação do mediador, por exemplo, ao dispor que no início da primeira reunião, e sempre que julgar

⁸⁷⁶ TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. **Revista de Processo**, Brasília, DF, v. 258, p. 502, 2016.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, p. 502.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, p. 502.

⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 502.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 502.

necessário, ele deva alertar as partes sobre as regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento”.⁸⁸¹

As técnicas de mediação não estão ou poderiam estar previstas na Lei, pois “[...] são abertas e flexíveis, dependendo muito mais de preparação, atenção e sensibilidade das pessoas envolvidas do que de regras”. Além disso, a habilidade do mediador “[...] não se adquire mediante o simples estudo dogmático de normas”.⁸⁸²

Em sendo assim, “[...] o estudo das normas sobre mediação, apesar de chamar a atenção para seu uso, de pouco valerá se não for acompanhado de uma formação mais ampla do operador do direito, que contemple aspectos de sua prática”, inclusive em uma vertente prática.⁸⁸³

Desse modo, além da preparação relacionada às normas regulamentadoras dos instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos, uma das partes essenciais da formação de um mediador é conhecimento amplo dos principais modelos e teorias relacionadas à mediação.

Ocorre que a flexibilidade no que concerne às regras atinentes à mediação, entretanto, não há que dispensar as formalidades essenciais, notadamente no que concerne à formulação de instrumento conclusivo dos trabalhos, capaz de materializar os termos do acordo firmado.

3.3 As possibilidades de emprego da mediação nos conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos

Tendo sido trabalhados os aspectos históricos, teóricos e procedimentais da mediação, inclusive no que concerne à sua regulamentação legal, procedimentos, teorias e técnicas, impende, doravante, cuidar de suas efetivas possibilidades no que tange aos conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos.

O Poder Público entretém uma infinidade de relações com as pessoas físicas e jurídicas de Direito privado, das mais variadas naturezas jurídicas, seguindo regimentos jurídicos de Direito público, Direito privado ou mistos, estabelecendo vínculos efetivos, precários, permanentes e temporários.

⁸⁸¹ TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. **Revista de Processo**, Brasília, DF, v. 258, p. 502, 2016.

⁸⁸² *Ibid.*, p. 502.

⁸⁸³ *Ibid.*, p. 502.

Conforme Rojas Pozo, para se chegar a um meio-termo, é necessário que o julgamento de probabilidade e conveniência seja efetuado pelas duas partes, permitindo um ponto de encontro que evite o conflito, demandando, para tanto, um instrumento eficaz de mediação administrativa para evitar a judicialização do conflito.⁸⁸⁴

A Administração não tem, em si, *autonomia de vontade* para decidir como dirimir a controvérsia, apenas para satisfazer o interesse geral por pura e simples oportunidade e comodidade, não legalidade. Se a análise conclui pela possibilidade da vitória, o interesse geral levará a rejeitar qualquer acordo.⁸⁸⁵

Se a análise conclui pela existência de margem razoável de derrota, surgirá a possibilidade de análise da conveniência do acordo, devendo-se verificar se é possível reduzir a reclamação inicial dos cidadãos, tentar um acordo que seja aceito em termos de interesse geral, equilibrando oportunidade e conveniência.⁸⁸⁶

Desse modo, a atual hermenêutica da autonomia da vontade, que permite a utilização de opções de resolução de conflitos, deve contaminar a própria noção de interesse público, tanto primário quanto secundário, no sentido de compatibilizá-los com a concretização dos direitos fundamentais.

A gama de possibilidades de aplicação pontual da mediação de conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos é impossível de ser delimitada, em decorrência de sua notória amplitude, de sorte que apenas algumas hipóteses são tratadas com alguma profundidade neste contexto.

Assim, é convém trabalhar as possibilidades de recorrer à mediação entre a Administração Pública e os cidadãos nas parcerias público-privadas, nos processos administrativos disciplinares, nos ajustamentos de conduta e nos acordos de não persecução cível nos atos de improbidade.

3.3.1 Parcerias público-privadas

Notadamente com a falência do modelo de Estado de Bem-Estar Social, e seguindo-se os modelos da gestão pública estadunidenses, a Administração Pública

⁸⁸⁴ ROJAS POZO, Casiano. La mediación administrativa; **Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales**, n. 98, p. 183-200, maio-ago., 2016, p. 189.

⁸⁸⁵ *Ibid.*, p. 189-194.

⁸⁸⁶ *Ibid.*, p. 194-195.

passou a se dirigir à incorporação de elementos do Direito privado, na busca pela economicidade da atividade administrativa.

Esses mecanismos incluem a contratação de cidadãos para a construção de obras e para a prestação de serviços públicos, a terceirização de atividades administrativas que não demandam a atuação de servidores públicos, bem como as diversas modalidades de parceria.

Uma delas, reservada para investimentos milionários em obras públicas, é a parceria público-privada, consistente na contratação de empresas ou grupos organizacionais para a atuação junto à Administração Pública. Essa modalidade, em decorrência dos valores contratuais, tem uma relevância econômica considerável.

Faz-se necessário, assim, estudar as possibilidades de empregar a mediação nos conflitos travados no contexto das parcerias público-privadas, com base nas cláusulas obrigatórias e facultativas dos contratos a elas referentes, na necessidade de um ambiente institucional cooperativo e atuação da comissão técnica.

As parcerias público-privadas (PPPs) constam de entidades da Administração Pública, teoricamente direcionadas a aumentar a eficiência, a rapidez e a economicidade na construção de obras públicas de grande vulto e na prestação de serviços custosos e complexos.

De acordo com Cruz Villalón, o objeto de partida mais natural dos procedimentos extrajudiciais situa-se no campo da *interpretação*, fazendo-se indescartável a consolidação dos sistemas de negociação coletiva entre os próprios funcionários públicos.⁸⁸⁷

A Administração Pública, na qualidade de poder estatal, é baseada no princípio da repartição de poderes, o que implica que não atua como poder plenamente autônomo. Pelo contrário, feito poder estatal, está sujeita à intervenção do Poder Legislativo, como expressão da soberania do Estado, de maneira que o Poder Executivo, para determinados tipos de medidas, deve ter o aval, autorização ou delegação prévia do Parlamento.⁸⁸⁸

⁸⁸⁷ CRUZ VILLALÓN, Jesús. La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública. *In*: GAMERO CASADO; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. (coord.). **Mediación para la resolución de conflictos de personal en las administraciones públicas**. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006, p. 27.

⁸⁸⁸ CRUZ VILLALÓN, Jesús. La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública. *In*: GAMERO CASADO; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. (coord.). **Mediación para la resolución de conflictos de personal en las administraciones públicas**. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006, p. 27.

Constitui um princípio informativo do sistema, no qual tudo aquilo que as partes alcançam como resultado de um acordo, transferem para a mediação. Inversamente, tudo aquilo que limita a negociação coletiva também é fronteira intransponível para a mediação.

Para Rogério Thamer e Sérgio Lazzarini, em contraste com uma visão dicotômica, observa-se a tendência mundial relacionada à conciliação de interesses públicos e privados em projetos de alto influxo. As parcerias público-privadas (PPPs) “[...] visam aumentar o alcance e a magnitude das ações do governo”.⁸⁸⁹

Aproveitam-se, nesse sentido, das competências de execução do setor privado, diferindo de outras modalidades de aquisição de serviços públicos “[...] por sua natureza cooperativa e de divisão de riscos. Seu conceito é difuso e varia de acordo com a legislação do país em estudo”.⁸⁹⁰

Note-se que é um sistema a fazer com que a Administração Pública e a iniciativa privada se penetrem, por intermédio de um regime de Direito público que, contudo, extrai as melhores características de ambas, em prol da eficiência e da economicidade.

O ponto em comum entre essas iniciativas é “[...] seu posicionamento na região intermediária do espectro de possibilidades de contratação de serviços públicos”, relativamente à divisão de responsabilidades entre público e privado e à transferência de riscos entre os parceiros.⁸⁹¹

Por isso, “[...] a criação de novos modelos e parcerias entre entes públicos e privados trouxe a necessidade de criação de novos formatos de governança e revisão dos existentes”, pois o espaço de governança entre a hierarquia privada e a burocracia pública não é ocupado apenas por via de regulação.⁸⁹²

Há uma “[...] série de formas público-privadas híbridas que diferem”, em decorrência de *laços diretos e sem mediação* entre os atores públicos e privados,

⁸⁸⁹ THAMER, Rogério; LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. Projetos de parceria público-privada: fatores que influenciam o avanço dessas iniciativas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, p. 820, jul./ago. 2015.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, p. 820.

⁸⁹¹ THAMER, Rogério; LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. Projetos de parceria público-privada: fatores que influenciam o avanço dessas iniciativas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, p. 820, jul./ago. 2015.

⁸⁹² THAMER, Rogério; LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. Projetos de parceria público-privada: fatores que influenciam o avanço dessas iniciativas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, p. 822, jul./ago. 2015.

regidos por uma “[...] extensa gama de modelos de contratos”, diferentes entre si “[...] pela alocação de responsabilidades e riscos”.⁸⁹³

Similaridades e diferenças entre os padrões mais comuns em curso noutros países respeitam a divisão de responsabilidade no ciclo de vida dos projetos; “[...] assunção, transferência ou compartilhamento de riscos”; e “[...] transferência ou manutenção de propriedade pós-contratual”.⁸⁹⁴

No Brasil, os contratos administrativos, caracterizados pelas denominadas *cláusulas exorbitantes*, colocam o cidadão em posição vertical em relação à Administração Pública. A Lei das PPPs permite a inserção de dispositivos contratuais para resolução pacífica de conflitos.

No contrato para formalizar uma parceria público-privada, a legislação aplicável determina, expressamente, a existência de algumas cláusulas indispensáveis, que se somam àquelas previstas pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Conforme Margaret Bilhalva, são indispensáveis: a qualificação das partes; a identificação precisa do seu objeto; o estabelecimento de prazos de execução de medidas de implementação; e “[...] que este é celebrado com força de título executivo extrajudicial ou judicial, conforme o caso”.⁸⁹⁵

Há, entretanto, “[...] cláusulas não tão intuitivas, como a estipulação de cláusula penal para casos de seu descumprimento”, que deverá ser proporcional à parcela inadimplida e da obrigação de dar publicidade ao instrumento. São, entretanto, de disposições recomendáveis.⁸⁹⁶

Além dessas cláusulas, inclui-se disposição atinente à utilização da arbitragem ou de outros mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos, dentre os quais, malgrado a falta de especificação textual, encontra-se a mediação.

A cláusula de resolução pacífica, no entanto, é controversa, pois se refere a *direitos patrimoniais disponíveis*, cujo conteúdo é indeterminado. Assim, deveria ter

⁸⁹³ *Ibid.*, p. 822.

⁸⁹⁴ *Ibid.*, p. 822.

⁸⁹⁵ BILHALVA, Margaret Mitchels. Questões práticas para celebração de TAC e TC em matéria ambiental. In: GONÇALVES, Albenir Itaboraí Querubini; BURMANN, Alexandre; ANTUNES, Paulo de Bessa (org.). **Direito ambiental e os 30 anos da Constituição de 1988**. Londrina: Thoth, 2018, p. 374.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 374.

a lei delimitado essas possibilidades, “[...] restringindo a discricionariedade do poder concedente na elaboração do edital”.⁸⁹⁷

A lei “[...] deixou larga margem de discricionariedade para a elaboração do edital”, de modo que cabe à autoridade decidir acerca da inclusão ou não de certos itens. Dentre eles se encontram exigência de garantia, e o “[...] emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas”, dentre outras.⁸⁹⁸

Pelo fato de serem “[...] decisões discricionárias do poder concedente e derogando a legislação vigente sobre licitação, a ausência de qualquer dessas possibilidades no instrumento convocatório significará que não poderão ser adotadas posteriormente”.⁸⁹⁹

Desse jeito, a inclusão da cláusula de resolução pacífica de conflitos, especialmente no que se relaciona à mediação, é altamente recomendável, mesmo que seja uma tentativa precedente à propositura de ações judiciais relacionadas ao contrato.

De acordo com Swartzendruber, a mediação resolve disputas em muitas áreas, ao permitir que todas as partes tenham sua opinião. Na Administração Pública, isso é particularmente benéfico, pois o processo ajuda a melhorar as relações entre o governo e o eleitorado.⁹⁰⁰

Dá-se voz às pessoas e as empoderando por meio de um processo colaborativo. Além disso, são economizados custos ao evitar litígios e ao limitar o atrito e o estresse, passíveis de vir com a abordagem adversarial do conflito. À medida que o custo do litígio aumenta, novas técnicas expandem ainda mais o campo.⁹⁰¹

Desse modo, é necessário entender a mediação com o Poder Público não apenas como maneira de resolver demandas individuais e coletivas sem a intervenção do Poder Judiciário, mas, também, como um instrumento de aprimoramento da própria democracia.

⁸⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 291.

⁸⁹⁸ *Ibid.*, p. 292.

⁸⁹⁹ *Ibid.*, p. 292.

⁹⁰⁰ SWARTZENDRUBER, Amanda. Mediation in public administration. *In*: FARAZMAND, Ali. (ed.). **Global encyclopedia of public administration, public policy, and governance**. Boca Raton: Springer, 2018, p. 3962.

⁹⁰¹ *Ibid.*, p. 3962.

A inclusão da cláusula de resolução pacífica de conflitos nos contratos para formalização de parcerias público-privadas é recomendável, inclusive, em decorrência da necessidade de constituir um *ambiente institucional cooperativo* entre a Administração Pública e os cidadãos contratados.

Peter Häberle ensina que o *momento participativo* da cooperação tem um lado processual jurídico-formal, corporificado por meio de ajustes, bem como por um lado material, composto por objetivos solidários, como a “justiça social” e os direitos humanos.⁹⁰²

O dissenso relacionado aos objetivos é significativo, situação a fazer com que seja valorizado o aspecto “formal”, de sorte que a cooperação começa por contatos pontuais, como negociação para celebrar um contrato.⁹⁰³

As parcerias público-privadas relacionam-se à cooperação entre entidades da Administração Pública no sentido de objetivos que sejam, de alguma maneira, comuns, entretanto, sempre precedidas de procedimentos administrativos dirigidos a firmar pactos.

Conforme Jânia Saldanha, este representa um exemplo de modificação do sentido da palavra “soberania”, que passa de “solitária” a “solidária”, em sentido oposto aos discursos oficiais, concernindo à obrigação de instituições públicas como Estados e organizações internacionais.⁹⁰⁴

As PPPs caminham em direção à divisão de responsabilidades concernentes a objetivos comuns, sendo capazes de relativizar o entendimento estrito acerca das competências legislativas e executivas de cada uma das pessoas jurídicas que entram em acordo.

Uma soberania solidária é uma preocupação central da teoria crítica, em relativamente a uma dimensão normativa, que tenha uma extensão mundial, transformando-a, assim, em uma *solidariedade cosmopolita*, que pressupõe uma sociedade internacional justa.⁹⁰⁵

⁹⁰² HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 8.

⁹⁰³ *Ibid.*, p. 8.

⁹⁰⁴ SALDANHA, Jânia Maria. O *oxi grego*: da soberania solitária à soberania solidária. **Justificando**, [S. l.], 6 jul. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/07/06/o-oxi-grego-da-soberania-solitaria-a-soberania-solidaria/>. Acesso em: 26 jun. 2021.

⁹⁰⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cosmopolitismo jurídico**: teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 56.

Malgrado a relevância de seus aspectos materiais, notadamente no que concerne à consecução de objetivos relacionados à solidariedade não apenas entre as pessoas, como, também, entre os povos, seus aspectos formais são indispensáveis em relação a questões jurídico-institucionais.

De acordo com Erika Savi, as experiências com PPPs na Irlanda e no Chile demonstram que seu sucesso depende da qualidade do ambiente institucional, caracterizada pelo compromisso público quanto a honrar suas obrigações contratuais e adequadamente repartir os riscos.⁹⁰⁶

Além disso, é absolutamente necessária a existência de um arcabouço jurídico adequado para a mediação de conflitos⁹⁰⁷. No Brasil, entretanto, existe a possibilidade expressa de o referido método de pacificação de litígios constar dos mencionados contratos, confirmando a afirmação de que essa cláusula é recomendável.

De acordo com Fernanda Guimarães, a legislação nacional autoriza a previsão de modo amigável para solução de divergências contratuais na concessão nas PPPs, remetendo à mediação e à arbitragem. Caso prevista no contrato, “[...] a mediação tem sido utilizada como forma de solução de controvérsias pontuais”.⁹⁰⁸

Estas se associam a temas específicos, “[...] geralmente realizada por meio de perito ou de comissão técnica indicada no contrato. É comum que muitas definições futuras alusivas à execução ou fim da concessão dependam de decisões consensuais previstas no contrato”.⁹⁰⁹

Em tais hipóteses, “[...] eventual impasse poderá ser superado por meio da mediação, estabelecida em contrato como um mecanismo para superar divergências e permitir que tais definições sejam estabelecidas sem que a controvérsia se estenda para outros foros”.⁹¹⁰

Quanto à posição do poder concedente, é viável adotar a mediação especialmente quanto à “[...] parcela de direitos e obrigações que se insiram no

⁹⁰⁶ SAVI, Erika Monteiro de Souza e. **Parcerias Público-Privadas (PPPs) na Irlanda e no Chile:** alternativa de alavancagem para o desenvolvimento em infraestrutura no cenário brasileiro. 2006. f.132. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) -- UFSCAR, São Carlos, 2006.

⁹⁰⁷ *Ibid.*, p. 132.

⁹⁰⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessões e parcerias público-privadas:** guia para o gestor público. Brasília, DF: CBIC, 2016. p. 92.

⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 92.

⁹¹⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessões e parcerias público-privadas:** guia para o gestor público. Brasília, DF: CBIC, 2016. p. 92.

âmbito da disponibilidade de interesses, tal como se passa em relação à arbitragem⁹¹¹, de maneira que é possível sua utilização no referido contexto.

Há pontos ordinariamente suscitados no concernente à execução dos contratos administrativos que não podem ser tratadas pelos mediadores preparados para lidar com a generalidade dos casos, em decorrência de seu cariz técnico que, constantemente, envolve aspectos econômicos complexos.

As parcerias público-privadas, especialmente em decorrência das dimensões financeiras dos casos para os quais foram criadas, dependendo da captação de recursos gigantescos e orçamentos milionários, trazem à baila questionamentos técnicos e econômicos só devidamente tratados por profissionais habilitados.

Para Rogério Thamer e Sérgio Lazzarini, a teoria acadêmica relacionada aos modelos de colaboração público-privada concentra-se nos aspectos normativos, descritivos e instrumentais: “[...] a abordagem normativa/descritiva apoia-se na ideia de criação de valor em função dos objetivos das políticas públicas”.⁹¹²

Já a noção de valor como o somatório dos benefícios obtidos na relação considera “[...] o potencial de criação de valor desses laços diretamente ligado a externalidades positivas, complementariedade dos recursos envolvidos na transação e melhor eficiência comparativa”.⁹¹³

Os gestores das PPPs devem considerar “[...] que a presença de agências públicas especializadas no modelo traz transparência e eficiência ao processo”, situação que mostra a importância de investimento em recursos humanos especializados.⁹¹⁴

Essa possibilidade tem influxos diretos na redução de custos de coordenação e transação surgidos no desenvolvimento desses projetos⁹¹⁵, demonstrando-se, portanto, a complexidade das questões que podem atingir a execução de um contrato de Parceria Público-privado.

⁹¹¹ *Ibid.*, p. 92.

⁹¹² THAMER, Rogério; LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. Projetos de parceria público-privada: fatores que influenciam o avanço dessas iniciativas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, p. 823, jul./ago. 2015.

⁹¹³ *Ibid.*, p. 823.

⁹¹⁴ *Ibid.*, p. 840.

⁹¹⁵ THAMER, Rogério; LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. Projetos de parceria público-privada: fatores que influenciam o avanço dessas iniciativas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, p. 840, jul./ago. 2015.

Apesar disso, quanto às hipóteses nas quais os conhecimentos de mediador (mesmo que se trate de um profissional do Direito) não bastem para tratar de conflitos desse tipo, faz-se necessário chamar pessoas especializadas e, portanto, aptas a tratá-los, inclusive, no contexto da mediação.

De acordo com André Junqueira, Mariana Oliveira e Michelle Santos, na solução de divergências técnicas, é recomendável a adoção do *modelo de Comissão Técnica*, “[...] considerando-se que com o parecer proferido, a Administração Pública terá mais subsídios para celebrar um acordo do que numa simples mediação”.⁹¹⁶, pois “[...] os fundamentos que embasarão o acordo são importantes para a Administração em sede de eventual controle”, possibilidade corroborada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, a partir de “[...] princípios constitucionais como o da moralidade e impessoalidade”.⁹¹⁷

Apesar de, aparentemente, as questões mais complexas serem, preferencialmente, resolvidas judicialmente, até mesmo nessas situações, a mediação é preferível à judicialização dos conflitos contratuais no contexto das PPPs, especialmente em decorrência da economia de tempo e dinheiro.

Nesses casos, aparentemente, o método mais eficaz seria o tradicional-linear, tendo em vista seu cariz negocial e mais objetivo do que os outros procedimentos, permitindo-se a preservação da impessoalidade, especialmente em um contexto no qual grandes somas financeiras se encontram em jogo.

3.3.2 Processos administrativos disciplinares

A Administração Pública brasileira se embasa em um sistema hierarquizado, que funciona de maneira escalonada, desde a chefia máxima até o derradeiro escalão. É o chamado princípio hierárquico, que determina uma cadeia vertical de comando.

O controle do cumprimento das funções atribuídas a cada um dos agentes dá-se por intermédio de um sistema disciplinar caracterizado pela possibilidade de se

⁹¹⁶ JUNQUEIRA, André Rodrigues; OLIVEIRA, Mariana Beatriz Tadeu de; SANTOS, Michelle Manaia. Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 77-78, p.291, jan./dez. 2013.

⁹¹⁷ *Ibid.*, p. 291.

punir os agentes transgressores, por via de penas adequadas à gravidade do descumprimento de suas funções.

Esplugues Barona expõe que, na Espanha, a Lei 30, de 1992, acerca do Regime Jurídico das Administrações Públicas e o Procedimento Administrativo Comum incorporou, no Art. 88.1, a possibilidade de a Administração celebrar acordos, pactos ou contratos com pessoas jurídicas públicas e privadas.⁹¹⁸

O Art. 107.2 incluiu a possibilidade de substituir recursos e outros procedimentos de impugnação por conciliação, mediação e arbitragem. Tais procedimentos, entretanto, não poderiam ser utilizados em relação a todas as leis administrativas ou quaisquer disputas.⁹¹⁹

Existe, nesse contexto, a mediação *intrajudicial* dentro do processo contencioso-administrativo, aplicável em conflitos na interpretação e execução dos contratos, acordos entre as administrações públicas, concessão de ajudas e subsídios públicos, dentre outros.⁹²⁰

Desse modo, referido ordenamento jurídico, desde o início dos anos de 1990, prevê a possibilidade de utilização de procedimentos de resolução de conflitos entre os cidadãos e a Administração Pública, demonstrando-se, portanto, que a reinterpretção do interesse público não é algo recente.

Configura o chamado poder disciplinar, corporificado por intermédio de processos administrativos para determinar a existência da transgressão assim como a sua relevância, bem como para punir o infrator, por intermédio de sanções correspondentes à advertência, à suspensão ou à demissão.

Faz-se necessário, portanto, o emprego da mediação nos processos administrativos disciplinares, desde as premissas do Direito administrativo sancionador e da pacificação social, no contexto de uma administração pública consensual.

Para Belando Garín, a incorporação da mediação ao Direito Administrativo tem por objetivo incorporar uma resolução dos conflitos jurídicos, complementando a

⁹¹⁸ ESPLUGUES BARONA, Carla. *Op. Cit.*, p. 67-69.

⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 69.

⁹²⁰ *Ibid.*, p. 70-74.

justiça administrativa. Caso existam interesses de terceiros, permite não só encerrar o conflito atual, como, também, lançar bases para uma convivência pacífica.⁹²¹

Em determinados contextos, a lei não resolve, porém, agrava as disputas. A mediação torna-se instrumento eficaz para resolver conflitos, ao mesmo tempo em que permite concretizar outros interesses públicos, como a responsabilização do agressor, a educação ou a ressocialização.⁹²²

Além disso, a mediação adentra a esfera judicial, apesar das limitações significativas da regulamentação atual. Na Espanha, a mediação intrajudicial é *sui generis*, pois o mediador é geralmente o próprio juiz. Uma regulamentação mais alinhada com o contexto judicial permitiria uma aplicação mais ampla.⁹²³

Divisa-se claro, portanto, o fato de que a mediação junto à Administração Pública, na Espanha, é buscada até mesmo por meio da intervenção do juiz, que deve incorporar a imparcialidade do mediador, o qual, por sua vez, deve substituir a ideia de atuação imparcial do magistrado.

O Direito administrativo sancionador é uma das modalidades de demonstração do denominado poder de império da Administração Pública. Ocorre que, nos processos administrativos na estrutura administrativa, relaciona-se, especificamente, aos poderes hierárquico e disciplinar.

Na interpretação de Guerra Velázquez e Alfaro Matos, a Administração Pública se realiza por intermédio de um *diálogo transformador* que reconheça direitos e interesses legítimos, cumprindo obrigações, identificando erros, revisando suas ações e, em última instância, afastando-se da indesejável figura do silêncio administrativo.⁹²⁴

Nesse contexto, descobre e pactua legítimas e estratégicas propostas. Volta-se a atingir o *equilíbrio ponderado* entre o princípio da legalidade administrativa e o

⁹²¹ BELANDO GARÍN, Beatriz. La mediación administrativa: una realidad jurídica. In: LÓPEZ RAMÓN, Fernando. (coord.). **Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015, p. 271.

⁹²² *Ibid.*, p. 271-272.

⁹²³ *Ibid.*, p. 272.

⁹²⁴ GUERRA VELÁZQUEZ, Zaimí; ALFARO MATOS, Marvelio. La mediación en el ámbito de la administración pública. Una alternativa para la solución de conflictos. **Mikarimin**, v. 3, n. 1, p. 37-46, 2017, p. 43.

da boa administração. As maneiras alternativas de solução de controvérsias permitem o desenvolvimento de novos procedimentos consensuais.⁹²⁵

A introdução da mediação enquadra-se, portanto, em uma nova concepção de organização e de funcionamento da Administração Pública, assente, por sua vez, no aumento da transparência, participação e intervenção cidadã, dentre outros.⁹²⁶

Por isso é que, com amparo no conceito de mediação, aflorou o procedimento de criação e funcionamento das câmaras, assim como diversas outras possibilidades de resolução de conflitos fora do âmbito contencioso, seja administrativo ou jurisdicional.

Conforme Tauã Rangel, os mecanismos de controle administrativo disciplinar empregados pela Administração Pública “[...] eram considerados dotados de cunho unicamente sancionatório, moldando-se a compreensão de um direito dotado de ordem punitiva”.⁹²⁷

Notadamente após a superveniência do Marco Legal da Mediação, a Administração Pública vê-se compelida a promover e a incentivar os instrumentos consensuais de resolução de conflito, inclusive, no âmbito de sua estrutura hierárquica interna.

De acordo com Laurence Boulle e Miryana Nesic, as definições de mediação são importantes, pois os governos promovem programas de mediação. No mesmo sentido, há razões de *marketing* para definir e limitar o conceito, que requer explicação e justificação sobre o que faz e não faz.⁹²⁸

Definições apropriadas beneficiam usuários e aqueles que os orientam e os encaminham à mediação. O debate de definições, todavia, é significativo, pois distintas profissões e organizações definem a mediação em termos do interesse próprio de seus membros.⁹²⁹

Assim, uma definição de *trabalho social* determina a necessidade de que os mediadores tenham habilidades de aconselhamento. Já uma definição legal

⁹²⁵ *Ibid.*, p. 43.

⁹²⁶ *Ibid.*, p. 43.

⁹²⁷ RANGEL, Tauã Lima Verdán. Cultura do diálogo e mediação na administração pública: a consensualidade e o empoderamento na condução do processo administrativo e disciplinar. **Juris Plenum Direito Administrativo**, São Paulo, v. 1, p. 125, 2018.

⁹²⁸ BOULLE, Laurence; NESIC, Miryana. **Mediation: principles, process, practice**. Londres: Butterworths, 2001. p. 6.

⁹²⁹ BOULLE, Laurence; NESIC, Miryana. **Mediation: principles, process, practice**. Londres: Butterworths, 2001. p. 6.

implicaria que o conhecimento da lei é essencial. A definição particular de mediação prevalente é politicamente significativa.⁹³⁰

Por exemplo, na extensão do contato prévio entre mediador e partes e o conhecimento anterior sobre a disputa, o mediador tem interesse no resultado substantivo, no modo como a mediação é conduzida. Já a imparcialidade se refere à objetividade e à justiça para com as partes.⁹³¹

As mudanças temporais e circunstanciais ocorridas no Direito administrativo em direção aos instrumentos consensuais, inclusive no que se relaciona aos processos administrativos disciplinares, representaram uma revolução nesse contexto.

A quantidade de procedimentos dessa espécie em andamento no Brasil configura algo relevante, tendo em conta não apenas os gastos estruturais decorrentes da persecução administrativa, como, também, eventuais efeitos concernentes aos próprios servidores.

De conformidade com dados disponibilizados pela Corregedoria-Geral da União, há, somente na Administração Direta da União, mais de oitenta mil processos administrativos disciplinares em andamento, afora a Administração Indireta.⁹³²

Como possibilidade de se amenizar o problema, as definições legais e administrativas concernentes aos procedimentos de mediação aplicáveis ao Processo Administrativo Disciplinar, notadamente por intermédio do Marco Legal da Mediação, de 2015, determinam uma gigantesca gama de possibilidades de sua utilização.

Por isso é que, conforme Maria Tereza Dias e Taiz Rogério, ao se conceber, “[...] em decorrência das contemporâneas inovações no sistema processual, a possibilidade de empregar a mediação, o PAD sofre substancial modificação em sua concepção tradicional”⁹³³; permite-se inovar.

A formação da via dialógica entre os participantes da disputa evita o surgimento de outras desavenças, pois estariam predispostos ao diálogo como primeira. Esse método traria, em longo prazo, a redução do número de reclamações

⁹³⁰ *Ibid.*, p. 6.

⁹³¹ *Ibid.*, p. 17.

⁹³² BRASIL. Controladoria Geral da União. **Dados abertos**: processos disciplinares. Brasília, DF, 2021.

⁹³³ RANGEL, Tauã Lima Verdan. Cultura do diálogo e mediação na administração pública: a consensualidade e o empoderamento na condução do processo administrativo e disciplinar. **Juris Plenum Direito Administrativo**, São Paulo, v. 1, p. 125, 2018.

e custos, aprimorando a eficiência administrativa no campo da gestão de pessoas”.⁹³⁴

O papel da mediação seria amadurecer, no servidor, um senso de responsabilidade ética e também moral, tornando-o mais consciente de seu papel como funcionário público. Assim, dentro ou fora do processo administrativo disciplinar, aproximaria os envolvidos a esclarecer sobre o conflito do qual são participantes.⁹³⁵

Para tanto, contudo, é necessária a transformação, ainda que paulatina, do modelo imperial em um modelo cooperativo de Estado. Apesar de as possibilidades de utilização da mediação nos processos administrativos disciplinar se encontrarem legalmente estabelecidas, ainda resta a necessidade de preservação da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, consubstanciado na punição do infrator.

Para Esplugues Barona, a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos no âmbito do Direito público sempre foi mais complexa, por exemplo, na seara penal, notadamente com a justiça restaurativa, proteção das vítimas e a ressocialização do acusado. No mesmo sentido estão os conflitos administrativos.⁹³⁶

O século XXI trouxe transformações que foram incorporadas às estruturas administrativas e às relações dos cidadãos com a Administração, incluindo no ordenamento jurídico administrativo a busca de novas modalidades de lidar com os conflitos administrativos.⁹³⁷

Desse modo, a atual Administração Pública não se compatibiliza com a litigiosidade pura e simples, justificável apenas com base no interesse público secundário, devendo, sim, adotar maneiras não litigiosas para resolver seus conflitos com os cidadãos.

Uma Administração Pública consensual, tendida à pacificação social como um dos elementos necessariamente integrantes do interesse público primário, produziu a necessidade de incorporação das soluções extrajudiciais no âmbito de seus conflitos internos, porque os objetivos da mediação e dos princípios norteadores da Justiça Administrativa fazem com que o Processo Administrativo Disciplinar

⁹³⁴ DIAS, Maria Tereza Fonseca; ROGERIO, Taiz. A mediação como instrumento de eficiência e consensualidade do processo administrativo disciplinar. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 134, p. 54, 2012.

⁹³⁵ *Ibid.*, p. 54.

⁹³⁶ ESPLUGUES BARONA, Carla. Mediación en derecho administrativo. **Revista jurídica UANDES**, v. 2, n. 2, p. 65-79, 2018, p. 67.

⁹³⁷ *Ibid.*, p. 67.

ultrapasse “[...] o aspecto meramente de controle e passando a ceder espaço para uma visão negocial, fincada na pacificação social”.⁹³⁸

Por isso é que a mediação transformativa é utilizada no contexto das punições disciplinares, de maneira a assegurar que o servidor, ainda que seja punido, por exemplo com a pena de suspensão, permaneça fiel à sua missão institucional e aos seus deveres legais.

Será necessário, contudo, que as supostas faltas tenham natureza menos gravosa, cabendo às comissões processantes avaliar a possibilidade da composição do conflito pela mediação, bem como que participantes concordem com a prática da mediação para a solução do conflito.⁹³⁹

A escolha pelo método deve acarretar a suspensão da sindicância ou do PAD, até sua conclusão. Não há de ser subtraído da Administração Pública o poder-dever de intervir para reinício ou conclusão do processo. Da conclusão da mediação poderá resultar o arquivamento da sindicância ou PAD, ante a composição do conflito⁹⁴⁰.

Além desses resultados, o reestabelecimento do diálogo durante o procedimento é determinante para a manutenção do bom relacionamento profissional e o aumento da satisfação de pessoa alheia à administração na prestação do serviço público.⁹⁴¹

Em maior escala, por meio da mediação, a Administração realizaria a pacificação social. Primeiramente, para a adequação da mediação ao processo administrativo disciplinar, é preciso que os conflitos passíveis de mediação sejam definidos no Estatuto.⁹⁴²

É possível, por exemplo, limitar sua amplitude de acordo com a gravidade ou impossibilitar sua extensão a pessoa alheia à Administração Pública⁹⁴³, assim como

⁹³⁸ RANGEL, Tauã Lima Verdán. Cultura do diálogo e mediação na administração pública: a consensualidade e o empoderamento na condução do processo administrativo e disciplinar. **Juris Plenum Direito Administrativo**, São Paulo, v. 1, p. 125, 2018.

⁹³⁹ DIAS; ROGERIO, *op. cit.*, p. 24.

⁹⁴⁰ DIAS, Maria Tereza Fonseca; ROGERIO, Taiz. A mediação como instrumento de eficiência e consensualidade do processo administrativo disciplinar. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 134, p. 54, 2012.

⁹⁴¹ *Ibid.*, p. 54.

⁹⁴² DIAS, Maria Tereza Fonseca; ROGERIO, Taiz. A mediação como instrumento de eficiência e consensualidade do processo administrativo disciplinar. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 134, p. 54, 2012.

⁹⁴³ *Ibid.*, p. 54.

proibir sua utilização caso a infração disciplinar represente, simultaneamente, uma figura tipificada criminalmente.

O emprego da mediação nos processos administrativos disciplinares corrobora uma série de princípios constitucionais implícitos e explícitos relacionados à Administração Pública, especialmente a eficiência, no sentido da economicidade necessária à gestão contemporânea.

Relacionam-se, portanto, a temas como alocação de tempo, a facilitação do processo de comunicação e a necessidade de se evitar qualquer demonstração de favoritismo, preconceito ou conduta adversária em palavras ou ações, destacando-se a comunicação transparente e bilateral.⁹⁴⁴

Esta, ora se encontra centrada no *outro* (ou a ele dirigida), ora *em si mesmo*. Só depois é que se abre ao outro, conferindo, portanto, relevo a todos os formatos dialógicos⁹⁴⁵, inclusive àqueles firmados no contexto de um procedimento dirigido à punição.

Assim, o diálogo entre a comissão processante ou de sindicância e o servidor acusado, caso seja mediado da maneira correta, inclusive, o conduz a agir de modo mais comprometido no futuro, não apenas em decorrência do temor de nova sanção, como, também, da transformação de suas impressões quanto ao serviço público.

Por intermédio da mediação, pois, se reconhece o servidor como cidadão, identificando-o como sujeito de direitos, dissociado do Estado, possuindo interesses individuais. No mesmo sentido, “[...] sua participação terá reflexos na decisão pela comissão ao final do PAD”.⁹⁴⁶

Aliás, mesmo que a mediação não resulte na composição do conflito, “[...] os envolvidos terão amadurecido para o problema e para o processo”, fatores que tornarão legítimo o processo administrativo disciplinar⁹⁴⁷, promovendo até mesmo a aceitação de uma punição proporcional pelo servidor.

A viabilização da mediação no contexto do processo administrativo disciplinar é algo historicamente recente, de maneira que não se faz possível demonstrar

⁹⁴⁴ BOULLE, Laurence; NESIC, Miryana. **Mediation**: principles, process, practice. Londres: Butterworths, 2001. p. 17.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 189-190.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 62.

⁹⁴⁷ BOULLE, Laurence; NESIC, Miryana. **Mediation**: principles, process, practice. Londres: Butterworths, 2001. p. 62.

exemplos concretos de sucesso, apesar do fato de que algumas legislações já previssem tal possibilidade.

No Distrito Federal, a Lei Complementar 840, de 2011, em seu Art. 211, permite que os conflitos entre servidores sejam resolvidos por intermédio de *mesa de comissão de mediação*, que deverá obedecer a princípios e regras ditadas pela mediação.⁹⁴⁸

Constitui solo fértil para uso da *mediação transformativa*, inclusive da terapia do reencontro, para que seja possível demonstrar ao agente infrator a necessidade de se preocupar em servir a sociedade, esclarecendo a relevância da função que exerce.

3.3.3 Os ajustamentos de conduta

Uma das maneiras de se eliminar conflitos envolvendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos é a formulação dos acordos de ajustamento de conduta que, por sua vez, são formalizados por intermédio do instituto denominado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

Esse mecanismo é utilizado pelos representantes do Ministério Público desde os anos de 1970 para adequar a atuação de cidadão e de agentes públicos à legalidade e à moralidade, demonstrando-se um poderoso instrumento de resolução extrajudicial de conflitos.

Nesse contexto, a mediação, teoricamente, seria utilizada para facilitar a formulação de acordos de ajustamento de conduta, delimitando seu conteúdo de maneira vantajosa ou menos prejudicial ao infrator, ao mesmo tempo em que preserva, em máxima medida, o interesse público.

O módulo capitular ora relatado labora nas possibilidades da mediação na formulação de acordos de ajustamento de conduta, com suporte nos conceitos relacionados ao Termo de Ajustamento de Conduta como alternativa à jurisdição e instrumento de desjudicialização e a indisponibilidade do interesse público.

⁹⁴⁸ DISTRITO FEDERAL. **Lei complementar n. 840, de 23 de dezembro de 2011**. Dispõe sobre o regime jurídicos dos servidores públicos civis do Distrito Federal, das autarquias e das fundações públicas distritais. Disponível em: <http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=840&txtAno=2011&txtTipo=4&txtParte=>. Acesso em: 28 jun. 2021.

Um dos primeiros instrumentos de resolução extrajudicial de conflitos entre a Administração Pública e os administrados, assim como no que se relaciona aos próprios agentes públicos acusados do cometimento de infrações, é o *ajustamento de conduta*.

De acordo com Tatiana Silva, os métodos alternativos de resolução de conflitos tornaram-se uma opção para solucionar as lides, porém, “[...] do meio ambiente, por sua característica, difusa, transindividual, coletiva e indisponível, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC)”.⁹⁴⁹

Assim é que o TAC ocupa lugar de destaque na pacificação de conflitos, pois “[...] aquele que causou o dano se compromete a adequar-se à lei ou em reparar a lesão junto àquele que o sofreu, sob o manto mediador dos órgãos públicos legitimados”, conforme Art. 5º da Lei da Ação Civil Pública.⁹⁵⁰

Referido instrumento encontra-se vigente no Brasil desde 1970, situação que comprova, ao menos parcialmente, a sua eficiência no que se refere à prevenção da judicialização de conflitos, ou, ao menos, a necessidade de processos de conhecimento.

O Art. 5º, § 6º, da Lei de Ação Civil Pública determina que os órgãos públicos legitimados tomarão compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais⁹⁵¹, tratando-se, portanto, de um ato voluntário, tanto da parte da Administração Pública quanto do agente acusado.

Embora exista certa discricionariedade no que se relaciona à possibilidade de firmá-lo, o Termo de Ajustamento de Conduta deve, antes de sua elaboração e formalização, passar pelo teste de sua adequação lógica ao interesse público.

Conquanto a evidente discricionariedade envolvida na formulação e formalização de um termo de ajustamento de conduta, além da necessária vinculação à legalidade, é preciso que a parte legitimada para sua propositura ou seu acatamento verifique sua adequação ao interesse público.

⁹⁴⁹ SILVA, Tatiana Fernandes Dias da. O termo de ajustamento de conduta como forma alternativa a jurisdicalização na solução dos conflitos ambientais. **Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo**, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 24, jan./jun., 2016.

⁹⁵⁰ *Ibid.*, p. 26.

⁹⁵¹ BRASIL. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

Com efeito, conforme Geisa Rodrigues, o compromisso somente alcança plena utilidade se for econômico, breve e justo para solucionar uma questão transindividual, assim como não limita o acesso à Justiça nem renuncia ao direito objeto do ajuste ou faz qualquer concessão sobre seu atendimento.⁹⁵²

O ajustamento deve ser “[...] procedido de uma investigação mínima, que será formulada no procedimento administrativo, inclusive, para ensejar o seu controle social”⁹⁵³, corroborando, assim, a supremacia do interesse público e preservando sua indisponibilidade.

Necessário é esclarecer, por mais evidente que seja, que o acordo de ajustamento de conduta segue um regime de Direito público, agrilhado de maneira estrita às possibilidades legais quanto à sua propositura, sua formulação e, especialmente, sua formalização.

Nesse sentido, para Hugo Mazzili, o compromisso não tem natureza contratual, pois os órgãos públicos não têm poder de disposição, não se havendo de considerá-lo transação *stricto sensu*, porquanto a disponibilidade, nesse caso, se resume ao conteúdo processual da lide, não alcançando o direito material.⁹⁵⁴

O acordo é uma declaração de vontade do Poder Público que coincide com a dos cidadãos, não se dispensando, contudo, direitos ou obrigações, ou renunciando a direitos, limitando-se a tomar obrigação de fazer ou não fazer relacionada à defesa de interesses transindividuais.⁹⁵⁵

Volta a se criar uma garantia coletiva mínima, não aceitando que os colegitimados reduzam ou dispensem exigências constantes de compromisso feito por um colegitimado⁹⁵⁶, de maneira que a preocupação com o interesse público é constante.

De tal modo, a discricionariedade que envolve o acordo de ajustamento de conduta não é passível de ser utilizada em prejuízo dos princípios da Administração Pública. Apesar dessas restrições lógico-jurídicas, mantém-se sua característica de instrumento de resolução extrajudicial de conflitos.

⁹⁵² RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 198-200.

⁹⁵³ *Ibid.*, p. 200.

⁹⁵⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. **Revista de Direito Ambiental**, Brasília, DF, v. 41, p. 98, jan. 2006.

⁹⁵⁵ *Ibid.*, p. 98.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, p. 99.

Malgrado os gigantescos esforços dos componentes do sistema de justiça civil brasileiro, notadamente dos membros do Ministério Público, no sentido de resguardar os direitos transindividuais da população, a complexidade de certos casos impossibilita a formulação de ações que englobem todos os seus aspectos.

Em casos que tais, de acordo com Rodolfo Mancuso, a lide judicializada representaria apenas o ponto central, menor do que a íntegra da controvérsia, fazendo com que os pontos conflitivos periféricos não sejam resolvidos e retornem à Justiça sob o formato de novas lides, em um *perverso círculo vicioso*.⁹⁵⁷

Uma ação civil pública, apesar de ser um mecanismo abstratamente indispensável para a proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, é um procedimento longo e, em especial, financeiramente custoso, assim como o inquérito civil que a precede.

Malgrado a complexidade inerente ao instrumento, conforme Fábio Osório, ao admitir a disponibilidade do direito material, o TAC deve obedecer aos ditames da transação, pois as partes precisam fazer concessões mútuas para evitar ou terminar o litígio. A discussão sobre a disponibilidade do direito material é irrelevante.⁹⁵⁸

O termo precisa se alinhar à supremacia do interesse público sobre os cidadãos, corroborando o fato de que o microssistema de combate à corrupção evoluiu em direção ao consenso, pois a negociação de direitos indisponíveis é possível e, às vezes, indispensável.⁹⁵⁹

No contexto da desjudicialização, portanto, a indisponibilidade do interesse público, apesar de não ser propriamente relativizada, deve se adaptar às necessidades globais do sistema de justiça civil, inclusive, à celeridade e à economicidade processuais.

Até mesmo em decorrência da relativa discricionariedade que o caracteriza, não há razão pela qual não se recorreria à mediação quando da formulação de um termo de ajustamento de conduta. Aliás, configura algo sobejamente recomendável no contexto atual.

⁹⁵⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 47.

⁹⁵⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial. **Migalhas**, [S. l.], 10 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial>. Acesso em: 28 jun. 2021.

⁹⁵⁹ *Ibid.*

Quanto à mediação, de acordo com Márcia Duarte, esta é recomendada para solucionar controvérsias ou conflitos concernentes a “[...] relações jurídicas nas quais é importante a direta e voluntária ação de ambas as partes divergentes”. Nesses termos, referida técnica constitui um mecanismo preventivo.⁹⁶⁰

Permite-se, inclusive, utilizá-la “[...] em caráter incidental judicial, utilizando-se as técnicas do mecanismo de mediação em prol do atingimento do aprimoramento da comunicação e dos relacionamentos”, referendando-se o acordo pelo Ministério Público. Necessária, também, é sua homologação judicial.⁹⁶¹

Desse modo, apesar de o acordo de ajustamento de conduta ser um procedimento formal, em sentido oposto à informalidade que caracteriza a mediação, esta seria utilizada como procedimento preparatório ou concomitante à formulação do competente termo, a ser, posteriormente, formalizado.

Na perspectiva de Rafael Mendonça, entretanto, a mediação de conflitos ambientais, com características peculiares, é um jeito de se acessar a Justiça não adversarial, na qual a prática da colaboração é adequada para solucionar controvérsias, utilizando temas subjacentes ao conflito e aspectos culturais para estabelecer a solução.⁹⁶²

Assim, quanto aos pontos especificamente atinentes à Administração Pública, experiências positivas se demonstram, especialmente, na questão regulatória concernente aos serviços públicos delegados mediante concessão, a exemplo dos TACs firmados quanto à telefonia.

A Agência Nacional de Telecomunicações, desde 2013, estabelece negociações com os principais *players* do mercado de Telecom, como Algar Telecom, Claro, Vivo, TIM, e Oi, assim como outras empresas menores, mediante solicitação à Anatel.⁹⁶³

Por se tratar de instrumento negocial complexo, a Anatel optou por utilizar o TAC em iniciativas de maior vulto, para justificar o empenho adicional das partes na

⁹⁶⁰ DUARTE, Márcia Michele Garcia. Dano ambiental: caracterização e efetividade das medidas adequadas e desjudicializadoras de solução de conflitos. **Revista da FAAR**, Rondônia, v. 4, n. 2, p. 41, maio, 2016.

⁹⁶¹ *Ibid.*, p. 41.

⁹⁶² MENDONÇA, Rafael. **A ética da mediação ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 7-64.

⁹⁶³ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Conheça os Termos de Ajustamento de Conduta (TACs)**. Brasília, DF, 17 nov. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/Anatel/pt-br/regulado/obrigacoes-contratuais/conheca-os-termos-de-ajustamento-de-conduta-tacs>. Acesso em: 28 jun. 2021.

negociação e consecução, enquanto que, para situações menos relevantes, outras medidas são utilizadas.⁹⁶⁴

Em julho de 2020, entretanto, a Anatel efetivamente celebrou seu primeiro Termo de Ajustamento de Conduta (n.º 001/2020) com o Grupo TIM e, em dezembro de 2020, o segundo, com o Grupo Algar, sendo que o Grupo Telefônica se encontra em negociação para a elaboração de um TAC.⁹⁶⁵

Note-se, portanto, que, no caso específico das agências reguladoras, a julgar pelo exemplo da Anatel, os TACs são utilizados para casos especiais, envolvendo ações graves e de grande vulto, junto a empresas de telefonia, que, por sua vez, oferecem serviço essencial à população.

Em relação à Anatel, a instauração da mediação ocorre após a análise do requerimento inicial e, concordando com a demanda, intimará as partes para reunião de acordo. Havendo consenso, celebra-se Termo de Acordo, que se submete à análise da autoridade superior àquela que instaurou o procedimento de mediação.⁹⁶⁶

Com o acordo, segue-se para a homologação. Caso contrário, as partes buscam outro meio de resolução extrajudicial do conflito. Essa experiência se encontra “[...] em compasso com as diretrizes de uma administração gerencial”, solucionando demandas, atendendo interesses das partes e alcançando a pacificação social.⁹⁶⁷

O procedimento de mediação, especificamente determinado pela Anatel, é uma experiência inovadora no Brasil, que mostra resultados suficientes para inspirar novos movimentos, estratégias e procedimentos para resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública.

Na formulação dos TACs, o modelo circular-narrativo parece ser aquele que melhor se aplica, haja vista a necessidade de atendimento à principiologia do ordenamento jurídico brasileiro e, simultaneamente, de convencer o autor da gravidade dos danos que causou ao ambiente.

⁹⁶⁴ *Ibid.*

⁹⁶⁵ *Ibid.*

⁹⁶⁶ MIRANDA, Lara Caxico Martins; KEMPFER, Marlene. Administração pública gerencial e as possibilidades para a solução extrajudicial de conflitos em agências reguladoras no Brasil. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 3, n. 2, p. 37-55, jul.-dez., 2017, p. 52.

⁹⁶⁷ *Ibid.*, p. 52.

3.3.4 O acordo de não persecução cível nos atos de improbidade

Os atos ímprobos praticados pelos agentes públicos, com ou sem a participação dos cidadãos, representam uma preocupação gigantesca de parte das instituições operadoras do microssistema brasileiro de combate à corrupção, especialmente o Ministério Público.

Em decorrência da amplitude das possibilidades legais de se praticar um ato ímprobo, que compreendem até mesmo o descumprimento a princípios da Administração Pública, o número de inquéritos civis e de ações civis públicas de improbidade é gigantesco.

A quantidade de procedimentos para apurar e punir esse tipo de conduta, unido à morosidade judicial, tem feito com que a prescrição quinquenal dessas infrações seja constante, tornando inefetiva a legislação correlata e trazendo a necessidade da criação de mecanismos extrajudiciais de resolução.

Necessário, portanto, é o estudo das possibilidades de aplicar a mediação de conflitos na formulação de acordos de não persecução cível nos atos de improbidade, com espeque nas teorias concernentes à métrica do acordo e aplicabilidade subsidiária da Resolução 179, de 2017, do CNMP a esses casos.

Malgrado sua previsão expressa, na contextura da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), ter surgido apenas no ano de 2019, por intermédio do denominado *pacote anticrime*, a possibilidade de firmar acordos de não persecução cível já existia há alguns anos.

Conforme Humberto Pinho, mesmo com as Lei 12.846 e 12.850, de 2013, a jurisprudência do STJ continuou entender pelo não cabimento do TAC em matéria de improbidade. A Resolução 179, de 2017, do CNMP, o autorizou expressamente⁹⁶⁸, prevendo, inclusive, um procedimento próprio.

No mesmo ritmo, no concernente à utilização dos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei 13.140, de 2015, denominada Marco Legal da Mediação, também previu a utilização do instituto.

O Art. 36, § 4º do Diploma, determina a possibilidade de conciliação nas ações de improbidade administrativa que, entretanto, “[...] dependerá da anuência

⁹⁶⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O consenso em matéria de improbidade administrativa: limites e controvérsias em torno do acordo de não persecução cível introduzido na lei n° 8.429/1992 pela lei n° 13.964/2019. **Revista Interdisciplinar de Direito Curso de Direito do Centro Universitário de Valença (UniFAA)**, Valença, v. 18, n. 1, p. 153-159, jan./jun., 2020.

expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator⁹⁶⁹, contando, portanto, com a chamada Lei da Mediação.

Como parte do microsistema material e processual de combate à corrupção, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por intermédio da Lei 13.655, de 2015, teve introduzida uma série de dispositivos concernentes à Administração Pública.

Conforme Sérgio Guerra e Juliana Palma, referido diploma trouxe uma nova visão para o Direito público, a determinar que qualquer prerrogativa pública era passível de ser pactuada, inclusive, em relação a sanções, sepultando qualquer entendimento relacionado à indisponibilidade do interesse público.⁹⁷⁰

Demonstra-se, portanto, que a possibilidade de se firmar o acordo de não persecução cível em ações de improbidade já se encontrava no ordenamento jurídico-processual brasileiro, apesar da reticência da jurisprudência em permiti-lo. O *pacote anticrime* já previa, expressamente, a possibilidade de se firmar o acordo de não persecução cível, e agora foi concretizado com o advento do art. 17-B da Lei n. 14.230/2021.

Em tais circunstâncias, Tiago Martins afirma que, em decorrência dos diversos vetos, questões fundamentais continuam indefinidas. Entende-se, portanto, que são os mesmos legitimados à propositura da ação⁹⁷¹, enquanto os procedimentos necessários para a formulação do acordo permanecem sem regulamentação.

Parcela significativa da doutrina ressalta, desde o período anterior à vigência do *pacote anticrime*, que é possível extrair do próprio sistema jurídico-administrativo sancionador brasileiro algumas diretrizes essenciais para a formulação do referido acordo.

⁹⁶⁹ BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

⁹⁷⁰ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro-LINDB (Lei 13.655/18), p.140, nov., 2018.

⁹⁷¹ MARTINS, Tiago do Carmo. A lei anticrime e seus reflexos na improbidade administrativa. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**, Porto Alegre, ano 6, n. 14, p. 151, 2020.

Emerson Garcia e Rogério Alves entendem que a celebração do ajuste deve considerar a dosimetria das sanções civis, bem como a reparação integral deve ser computada como atenuante, cuja proposta é suscetível de ser formulada por qualquer legitimado, entretanto, mediante intervenção obrigatória do *parquet*.⁹⁷²

A despeito da referida afirmação fazer sentido no contexto da principiologia do Direito administrativo sancionador brasileiro, a ausência de regulamentação legal seria um obstáculo quanto à homologação de um acordo firmado com apoio na referida dosimetria. Tal controvérsia, porém, foi dissipada com a possibilidade de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa, conforme art. 17-B, § 1º, III, da Lei n. 14.230/2021.

A ausência de regulamentação legal fazia com que parcela significativa da doutrina entendesse que as disposições da Resolução 179, de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, relacionada à formulação de acordos de ajustamento de conduta, devesse ser supletivamente utilizada.

Por isso é que Humberto Pinho compreendia que o compromisso deve seguir as diretrizes da competente Resolução 179, de 2017, do CNMP, podendo ser tentado a qualquer tempo, nos termos do Art. 139, V, combinado com o Arts. 1.046, *caput*, todos do CPC”.⁹⁷³

A aplicabilidade supletiva da referida Resolução, a despeito de ser incabível no caso da superveniência de disposições legais para regulamentar, especificamente o procedimento antecedente ao acordo de não persecução cível, é viável ao menos nos casos nos quais o Ministério Público seja legítimo para firmá-lo.

Em sentido oposto, Patrícia Pizzol entende que a negociação, em relação à qual devem ser feitas concessões recíprocas, precisa demonstrar a adequação da solução, destacando as vantagens do acordo⁹⁷⁴, mesmo que o ressarcimento integral dos danos não faça parte da avença.

⁹⁷² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 618.

⁹⁷³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O consenso em matéria de improbidade administrativa: limites e controvérsias em torno do acordo de não persecução cível introduzido na lei n° 8.429/1992 pela lei n° 13.964/2019. **Revista Interdisciplinar de Direito Curso de Direito do Centro Universitário de Valença (UniFAA)**, Valença, v. 18, n. 1, p. 155, jan./jun. 2020.

⁹⁷⁴ PIZZOL, Patrícia Miranda. **Processo coletivo e técnicas de padronização das decisões**. São Paulo: RT, 2020. p. 192.

Justamente nesse ponto é que a mediação, expressamente permitida e incentivada pelo Art. 14 da Resolução 179, de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, e pelo art. 17-B da Lei n. 14.230/2021, encontram utilidade evidente, haja vista a possibilidade de auxiliar na formulação de acordos que efetivamente preservem o interesse público.

Portanto, não restam dúvidas de que há diplomas legais e normativos que permitem, incentivam e até mesmo determinam o emprego da mediação de conflitos no âmbito da Administração Pública, inclusive no que concerne às suas relações com os agentes estatais e com os administrados.

Na conceição de Humberto Theodoro Júnior, o papel da mediação e da conciliação na atividade jurisdicional sucedeu mais expressivamente no CPC, que, além de prevê-las como instrumentos de pacificação, inclui nos quadros dos órgãos auxiliares da Justiça servidores especializados nessa função.⁹⁷⁵

Como observado há pouco, o Ministério Público é um dos órgãos em relação aos quais a mediação é expressamente incentivada, de maneira que seu uso na formulação dos acordos de não persecução cível em relação a atos de improbidade administrativa compõe o próprio microssistema processual de combate à corrupção.

Para Fernando Miranda Netto e Irineu Soares, *in hoc sensu*, sua aplicação procura evitar que as partes sejam surpreendidas, compreendendo todas as etapas da mediação, inclusive, os contatos prévios, abominando qualquer omissão ou supressão de informações necessárias ao procedimento, ao objeto mediado e às consequências de um potencial acordo.⁹⁷⁶

A lógica da mediação, entretanto, não permite um agrilhoamento total ao procedimento, haja vista que pressupõe certa maleabilidade procedimental, justificável em decorrência da nova percepção concernente à própria indisponibilidade do interesse público.

Por isso é que, no raciocínio de Fernanda Levy, a evolução do instituto da mediação demonstra a maturidade do conceito, decorrente da ampla colaboração de

⁹⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 1: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum, p. 432.

⁹⁷⁶ NETTO, Fernando Gama de Miranda; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios procedimentais da mediação no novo código de processo civil. *In*. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.). **A mediação no novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 109-119.

estudiosos. Assim, não mais haveria necessidade de regulação legal, por se tratar de princípio que dita comportamento humanizado quanto a todos os envolvidos.⁹⁷⁷

Já para Cristo e Ramidoff, conquanto não haja critérios claros e precisos que indiquem objetivamente a vantajosidade do acordo quanto aos percentuais de redução das multas, o que é passível de aportar insegurança jurídica aos atores envolvidos, é direito do administrado a aplicação de penalidade menos gravosa.⁹⁷⁸

Em decorrência, o cidadão precisa ter plena e prévia ciência dos potenciais benefícios, caso resolva firmar o acordo de leniência, sem que fique ao arbítrio do Poder Público aspectos que deveriam ser pormenorizados na lei, pois, em contrapartida, a empresa assume compromissos de grande monta.⁹⁷⁹

É notório, portanto, o fato de que o acordo de leniência no âmbito da improbidade administrativa, consoante aquilo que consta da legislação atual, não é capaz de expressar de maneira suficiente o interesse público, até mesmo em decorrência da falta de dispositivos que especifiquem os termos do consenso.

Em tal contextura, o modelo chamado *terapia narrativa* configura uma técnica útil, especialmente em decorrência da complexidade que abriga, assim como da ampla participação do mediador no processo, permitindo a reconstituição do caminho objetivo e subjetivo percorrido pelo agente ímprobo na prática do ato.

Viana e Viana informam que a Fazenda Pública “[...] é o maior *repeat player* que há no Brasil”, de maneira que releva discutir limites e possibilidades do uso da mediação pelas fazendas públicas, em decorrência da incapacidade do aparelho judicial de responder de maneira minimamente adequada à quantidade e à complexidade crescente de demandas.⁹⁸⁰

Desse modo, além das técnicas específicas para cada uma das situações, seria adequado que todas as teorias há pouco referidas fossem utilizadas quanto a cada uma das necessidades que se apresentem em relação aos conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos.

⁹⁷⁷ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 250.

⁹⁷⁸ CRISTO, Viviane Duarte Couto de; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. Consensualidade na administração pública: uma análise do acordo de leniência previsto na lei anticorrupção. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 3, n. 1, p. 16-35, jan.-jun., 2017, p. 32.

⁹⁷⁹ *Ibid.*, p. 32.

⁹⁸⁰ VIANA, Emilio de Medeiros; VIANA, Iasna Chaves. Conciliação, mediação e a fazenda pública: mudança de paradigma e entraves por superar. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 2, n. 2, p. 21-40, jul.-dez., 2016, p. 22-26.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A verticalidade da relação da Administração Pública brasileira com os cidadãos impede soluções satisfatórias para os litígios. A atuação do Poder Público sucede nos limites da legislação, com estreita margem de decisão por critérios de conveniência e oportunidade. Ainda nesses casos, a atuação é vinculada aos princípios da Administração Pública.

Tal rigor no tratamento da coisa pública é necessário no exercício da função administrativa, especialmente em um cenário de corrupção institucionalizada, como ocorre no Brasil. Limita ainda mais as possibilidades do diálogo entre o Estado e os cidadãos. O regime jurídico administrativo estabelece uma relação verticalizada entre a Administração Pública e as pessoas, caracterizada pelo distanciamento causado pelo poder de império, somado a várias outras questões.

Tal situação se agrava por causa da oposição, na teoria do Estado moderno, entre os três poderes estatais e o exercício de suas funções típicas e atípicas. Notório é que a repartição de funções estatais como se conhece hoje consolidou a separação entre os Poderes Executivo e Judiciário, aproximando-a dos cidadãos, justamente em decorrência de ter possibilitado seu acesso à jurisdição de maneira direta.

Ocorre que referida matriz teórica é incompatível com as demandas mais atuais, especialmente em razão da superveniência dos direitos humanos nos planos nacional e internacional, bem como dos transindividuais, que demandam mudanças de entendimento quanto ao papel da Jurisdição. O surgimento desses novos direitos aumentou as demandas concernentes à sua defesa.

A constante ampliação do rol de pessoas físicas e jurídicas legitimadas à sua defesa em juízo, individual ou coletiva, fez com que a função jurisdicional, sob os auspícios do constitucionalismo pós-moderno, fizesse surgir um sistema jurisdicional cuja atuação se encontra além do simples asseguramento de liberdades públicas, identificando-se uma inevitável politização.

Referidas características têm consequências diretas na relação verticalizada entre a Administração Pública e os cidadãos que, no processo judicial, é esmagado pela estrutura administrativa, caracterizada por várias prerrogativas. Tal quadro se relaciona, intrinsecamente, à história do processo civil brasileiro, em decorrência de

sua origem romana, que determina o apego ao liberal-individualismo difundido junto aos juristas patriais.

Essa perspectiva teórica se encontra na própria constituição do Judiciário brasileiro, cuja estruturação ocorreu no século XVIII, sob as rédeas da Metrópole portuguesa que enviava magistrados para exercer a jurisdição, de modo que o ideário pós-revolucionário chegou ao Brasil por intermédio dos estudiosos portugueses, dos brasileiros que tiveram educação lusitana e, mais tarde, com a aplicação direta da legislação peninsular no Território Nacional, deixando marcas na atuação jurisdicional até hoje.

Tal situação permaneceu até o início do século XX, em decorrência da ideia de que o acesso à Justiça era somente um direito em sentido formal, reservando o Judiciário às pessoas que detinham condições financeiras de custeá-lo ou aos destinatários de benesses estatais.

Assim, mesmo que, no Estado Social, os paradigmas liberal-individualista continuaram a exercer influência sobre o direito processual civil, tal contexto forçou o surgimento de mecanismos dirigidos para o encurtamento da marcha processual, em privilégio de ditames economicistas.

Além disso, o entendimento acerca da natureza estritamente formal do direito de acesso à Justiça foi um dos principais fatores para a manutenção da estrutura verticalizada da relação entre a Administração Pública e os cidadãos, especialmente quanto às demandas jurisdionalizadas.

Esta conforma, pois, uma situação clara e altamente prejudicial à continuidade do processo civilizatório, comprometendo a própria ideia de democracia, que não sobrevive sem a constante elaboração, contestação e reconstituição de conceitos.

Transpondo a ausência de formação jurídica e a influência de Portugal sobre os assuntos internos do Brasil, que desconsiderava as características e problemas nacionais, regionais e locais, a instalação do Judiciário no Brasil trouxe a terna liberal individualista que até hoje a caracteriza.

O liberal-individualismo se reflete até mesmo na perspectiva da economicidade e da conseqüente ideia de celeridade processual, traduzida pela cláusula aberta da duração razoável do processo, carente de sentido e concretude conceitual. No Brasil, entretanto, o Judiciário seguiu preso à exacerbação da segurança demandada pelo neoliberalismo.

O Direito processual civil brasileiro, especialmente com o Código de Processo Civil de 1973, absorveu a perspectiva atomista no sentido do paradigma liberal-individualista da jurisdição. Essa característica liberal-egoística, confirmada pela crise de identidade histórico-estrutural do Poder Judiciário brasileiro, produz a constatação acerca do fracasso (ao menos parcial) do paradigma do Estado Social, acentuando o individualismo característico da jurisdição nacional.

A passagem do paradigma liberal para o social direcionou-se a estabelecer a materialidade do princípio da isonomia, determinando que o Estado não deveria apenas preservar as liberdades públicas, como, também, fixar e concretizar prestações.

Com o fim do Estado social, aumentou ainda mais a litigiosidade entre os cidadãos, assim como entre estes e o Estado, especialmente em países que, como o Brasil, estão na periferia da Modernidade.

Nesses países, as diferenças ainda se concentram no Território Nacional. Conforma outro fator que contribui para o aumento da litigiosidade e para a ausência de concretude do direito de acesso à Justiça. Com a crise do Estado Social e em decorrência do surgimento e da consolidação do ideário neoliberal, que determinou o retorno a paradigmas pós-revolucionários destorcidos e radicalizados, surge uma nova lógica de atuação estatal, entre o público e o privado.

Os instrumentos jurisdicionais surgidos nesse contexto são notoriamente insuficientes e ineficientes no que concerne a atender e satisfazer subjetiva e objetivamente esse conjunto de demandas, haja vista elas estarem inseridas em um *modelo conflitual* de jurisdição, caracterizado pela oposição de interesses entre as partes.

Configura, porém, algo indispensável para o século XXI, sendo necessário superar o modelo judiciário novecentista, focado no litígio, por um novo e atual, com fulcro na solução constituída, efetiva e definitiva dos conflitos, notadamente aqueles relacionados à Administração Pública, pois a lógica adversarial do contencioso se opõe à perspectiva do tratamento do conflito, voltando-se, sim, a resolvê-lo de maneira forçosa, de acordo com aquilo que determina o Direito.

A jurisdição contenciosa, portanto, ignora as perspectivas e anseios das partes e, especialmente, suas aspirações e sentimentos. Em países nos quais as promessas da Modernidade não foram cumpridas, assim como a internacionalização não ocorreu plenamente ou serve somente aos interesses econômicos de uma

pequena parcela da população, a crise do Estado social chegou com força ainda maior.

Os instrumentos de resolução pacífica oferecem uma perspectiva de tratamento de conflitos de interesse que se encontram mais perto das partes da situação adversarial do que aquela demonstrada pelo processo judicial. A atitude produtivista do Judiciário corrobora o paradigma liberal-individualista, de cariz econômico e social, que se instalou de maneira aparentemente irremediável na cultura nacional, obnubilando os comportamentos coletivistas e, até mesmo, a benemerência.

Reformas processuais mais recentes, entretanto, além de reduzir as possibilidades de acesso à Justiça, confirmaram paradigmas neoliberais direcionados ao crescimento da produtividade dos tribunais em detrimento da ideia de preservação do direito material, situação que reflete nas demandas relacionadas à Administração Pública, que, por sua vez, é o principal usuário do Poder Judiciário, com o maior número de processos favoráveis e contrários.

Nota-se a incidência de vários princípios sobre a atividade administrativa, voltados, inclusive, à desburocratização, possibilitando a utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos, baseados no consenso. Constitui uma necessidade contemporânea, pois o processo judicial ainda é a principal modalidade de resolução de conflitos, afirmação corroborada pelo gigantesco acúmulo de processos nos tribunais.

Os métodos alternativos de resolução existem no Brasil desde o Império, passando por vários ordenamentos constitucionais. A abstração típica da atividade jurisdicional, decorrente da obediência estrita à lei, aumenta as possibilidades de as crises do Estado levarem a um quadro de litigiosidade, necessitando-se tratar o conflito como fenômeno social.

Surge aqui a necessidade de que os mecanismos e instrumentos de resolução extrajudicial de conflitos passem, notadamente quanto à sua criação, instalação e ao incentivo relacionado à sua utilização, a compor uma política pública especificamente tendida a esse fim, nomeadamente em um contexto de grave crise institucional, caracterizado pela litigiosidade exacerbada.

Esses fatores ocasionam o acúmulo de processos em todas as instâncias judiciais, fazendo surgir a necessidade urgente de se incorporar ao sistema jurídico-processual um conjunto de instrumentos de resolução extrajudicial de conflitos. Um

dos métodos pacíficos de tratamento dos conflitos que demonstra maiores possibilidades de propiciar seu deslinde saudável é a mediação.

Referido instrumento possibilita um acesso mais igualitário e amplo do que, por exemplo, a arbitragem. Para que seja possível compreender a dinâmica social, o conflito não há de ser meramente eliminado, muito menos extinto, tornando-se necessário seu entendimento para possibilitar seu tratamento e posterior resolução, inclusive, por intermédio de métodos alternativos.

A ideia da *gestão e administração de conflitos* determina uma abordagem relacionada à visão gerencial ou dotada de eficiências, de viés neoliberal, que reflete a utilização do Direito e dos mecanismos do Estado como possíveis meios de organização e controle das relações sociais.

Esta, entretanto, deve ser compreendida em paralelo a uma *nova hermenêutica da autonomia da vontade*, que permitiu a superveniência da mediação como técnica processual. Esses dois paradigmas devem influenciar diretamente a noção de interesse público e, conseqüentemente, dos limites à sua indisponibilidade.

Apesar disso, é evidente que os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos não dispensam a necessidade de uma estrutura jurisdicional contenciosa, pois, malgrado sua capacidade de amenizar a crise judicial, não são, isoladamente, capazes de modificar a cultura do litígio.

Os instrumentos de solução pacífica de conflitos mais relevantes e utilizados no Direito brasileiro são a conciliação, a arbitragem e a mediação. Esta, contudo, é, recorrentemente, objeto de várias regulamentações infraconstitucionais, no âmbito de uma política pública dirigida a desafogar o Judiciário.

No mesmo sentido, na França, passou a ser utilizado um modelo alternativo de resolução de conflitos, denominado *direito colaborativo (droit collaboratif)*. Este envolve as partes e seus procuradores em um período obrigatório de negociações precedente a um eventual pedido de tutela jurisdicional.

No Brasil, porém, apesar do gigantesco aumento das possibilidades de utilização dos instrumentos alternativos de resolução de conflitos, especialmente nos anos de 2010 e 2015, ainda se encontram em processo de aprimoramento e popularização.

Apesar de ser somente um dos instrumentos de autocomposição do conflito, a mediação é diferente dos demais em decorrência de seus fundamentos, bem como de seus objetivos específicos, voltados ao tratamento do conflito, tratando-se, desse

modo, de uma modalidade de *tratamento* das situações de conflito, não de administração, gestão ou eliminação.

É, assim, o método de resolução de conflitos que melhor se adapta à Constituição de 1988, notadamente na perspectiva do Estado Democrático de Direito. A perspectiva horizontalizada e pacificadora do procedimento de mediação permite que seja um meio efetivo de solução de conflitos entre o Estado e seus administrados, especialmente no panorama de complexidade fluente no Século XXI.

No âmbito da mediação, é indispensável que as partes em conflito se voluntariem para o tratamento, sob pena de o procedimento autocompositivo se tornar uma pseudo heterocomposição, portanto, desnaturando-se e perdendo seus objetivos precípuos. Em decorrência disso, é que se destaca o papel do mediador, que, apesar de se por entre as partes, não o faz como julgador ou administrador do processo.

Atua, sim, como um terceiro imparcial, interessado não no sucesso do pleito, mas, sim, no próprio tratamento do conflito, de maneira que a ausência de meios dirigidos a tratar conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos se demonstra especialmente prejudicial, haja vista que tais medidas se encontram em evidente consonância com o interesse público primário.

As atuais teorizações concernentes à evolução do direito administrativo dizem respeito a uma Administração Pública que não mais se foca no poder de império ou mantém relações verticalizadas quanto aos seus administrados. Tal situação agrava a conflituosidade entre a Administração Pública e as pessoas, não apenas quanto aos direitos sociais, como, também, no que tange a questões coletivas e organizacionais.

As situações nas quais tais conflitos se dão, notadamente no que se relaciona à atuação da Administração Pública, são as mais diversas, envolvendo uma infinidade de temáticas, inclusive, determinando que diversas pessoas se encontrem simultaneamente envolvidas.

Determina-se, que a reinterpretação do conceito de interesse público em direção à possibilidade de uso da mediação na resolução de conflitos envolvendo o Poder Público deva ser compreendida em paralelo à Constituição de 1988 e, especialmente, à dignidade humana.

A superação do Estado autoritário por outro paradigma faz com que a Administração necessite refletir acerca do interesse público de maneira similar, ou

seja, dirigida à pacificação social que se coloca em prol da materialização da própria eficiência como princípio da Administração Pública, que, entretanto, não passa necessariamente pelo “eficientismo” ou, sequer, pelo produtivismo, característico do Poder Judiciário atual.

O Poder Público deve, sim, preocupar-se com a concretização dos direitos fundamentais. A relação observável entre mediação e concretização do princípio da eficiência se tornou evidente até mesmo para o legislador, que buscou formular diplomas jurídico-processuais e administrativos nomeadamente dirigidos à sua regulamentação.

O modelo de Administração Pública dirigido ao consenso como meio de confirmação da democracia precisa do autoritarismo de outrora, dirigindo-se à concretização de seus princípios regentes, bem como dos outros direitos fundamentais, de modo que os pressupostos dos acordos formulados por intermédio desses métodos devem seguir não apenas procedimentos próprios, como, também, um planejamento que considere fatores jurídicos, econômicos e sociais, dentre outros.

A reinterpretação do conceito de interesse público em direção à mediação de conflitos envolvendo o Poder Público permite relativizar a própria indisponibilidade, inclusive quanto aos poderes-deveres da Administração, de maneira que esta não bastaria para possibilitar o emprego da mediação em conflitos relacionados à Administração Pública, em decorrência da necessidade de permissão e regulamentação infraconstitucional.

Faz-se necessária, também, uma readequação dos princípios e regras que compõem o Regime Jurídico Administrativo para permitir a mediação entre o Poder Público e os administrados, promovendo-se o desafogamento da Jurisdição e um consequente aumento da celeridade processual. A gestão administrativa consensual é capaz de se tornar um modelo aprimorado no tocante ao sistema de autoritarismo de outrora.

Aproxima-se das demandas da população, coletivas e individuais, em detrimento do comportamento verticalizado que se exprime atualmente. As vantagens que se mostram quanto à aproximação entre a Administração Pública e os cidadãos se encontram *pari passu* com a evolução do princípio do Estado Democrático de Direito.

Não é mais admissível a convivência com autoritarismos exacerbados ou injustificados. Além disso, é usual a coincidência entre os interesses da Administração Pública e dos cidadãos, notadamente naquilo que se relaciona ao tratamento de conflitos patrimoniais, cuja exigência judicial representa despesas desproporcionais ao que é obtido efetivamente.

A possibilidade de aplicação de métodos de autocomposição aos litígios entre Administração Pública e cidadãos confirma, de maneira direta, a equidade e a própria justiça no caso concreto, devendo se estender a todos os cidadãos. Tal perspectiva, inclusive, fornece um parâmetro de motivação para a atividade administrativa conciliatória.

Restringe a margem de discricionariedade do administrador, cumprindo uma série de determinações constitucionais. Nota-se, assim, que a utilização de métodos autocompositivos deve ser encarada como uma das expectativas relacionadas à formulação da política pública dirigida à incorporação das soluções extrajudiciais de tratamento de conflitos.

A omissão no que concerne a essas exigências compromete o atingimento do potencial dialético da mediação. Em decorrência de ser a Administração Pública o maior usuário individualmente considerado do Poder Judiciário, é clara a necessidade de se possibilitar o emprego da mediação nos conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos, contribuindo para a horizontalização de tais demandas.

O mesmo raciocínio se aplica às demandas envolvendo a Administração Pública, de sorte que a mediação é a possibilidade que melhor corrobora a isonomia, haja vista que não somente aqueles com poder de barganha em relação à Administração Pública, como, também, os que dele não dispõem, se utilizam da composição pacífica.

A utilização dos instrumentos de resolução consensual de conflitos é capaz de superar conflitos políticos, permitindo, assim, que os partidários e representantes utilizem seu tempo e energia para atuar no sentido da atuação para concretização da Constituição de 1988.

Apesar de confirmar a tendência à pacificação social por intermédio do tratamento extrajudicial de conflitos, é preciso perceber que sua aplicação às relações litigiosas entre a Administração Pública e os cidadãos tem algumas características diversas, pois o conceito de interesse público é estruturalmente

modificado em relação aos paradigmas tradicionalmente utilizados para sua definição em abstrato e nos casos concretos nos quais deve ser aferido.

Em decorrência dessa indefinição conceitual, ocorreu sua modificação, e especialmente desde a superveniência da *constitucionalização dos direitos fundamentais*, que passam a vincular o interesse público no que se relaciona à sua concretização. Referida evolução do interesse público, no sentido da compatibilização com anseios individuais e direitos fundamentais, é essencial para a evolução com vistas a pacificar conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos.

Em decorrência disso, é que a Administração Pública, malgrado seguir o princípio da legalidade, submete-se a outras normas, a exemplo da eficiência e da isonomia, cuja aplicação corrobora o emprego da mediação no contexto de suas demandas, uma vez que o consenso, livre de vícios, é um pressuposto indispensável para a validade do acordo.

Descumpridos os pressupostos constantes da norma, impende declarar a nulidade, em homenagem à própria legalidade, inescapável à atuação administrativa, ainda que no âmbito consensual. A legalidade não deve se desvincular da ideia de paz por intermédio da segurança jurídica e, notadamente, à sua constituição por meio de um procedimento não litigioso, para o tratamento do conflito, sem, entretanto, agravar inimizades ou qualquer sorte de violência.

Os pleitos relacionados à Administração Pública são abundantes, tendo a Constituição de 1988 determinado, em relação a uma infinidade de questões, a dependência operacional do Executivo em relação ao Judiciário. Faz-se indispensável observar, portanto, que os instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos, malgrado sua ascensão relativamente recente no espectro legislativo brasileiro, não configuram, historicamente, uma novidade, haja vista que sua possibilidade já existia nos primórdios do Brasil.

Além disso, outros mecanismos alternativos de resolução de conflitos estão na legislação processual, a exemplo da arbitragem, assim como a possibilidade de sua utilização em conflitos envolvendo a Administração Pública. Observa-se, também, a existência de procedimentos específicos, a exemplo do parcelamento tributário e, em hipóteses ainda raras, a conciliação judicial e extrajudicial.

A percepção de que os métodos autocompositivos são capazes de consagrar direitos fundamentais, inclusive de natureza processual, ainda que fora do âmbito

contencioso, é indispensável para o sucesso desses instrumentos de pacificação, notadamente no âmbito da Administração Pública. Na atualidade, busca-se relativizar os formalismos característicos da jurisdição.

Nesse aspecto, uma das características mais relevantes dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos é o fato de escaparem das liturgias judiciais, por isso sendo capazes de atrair os litigantes ao acordo de modo mais eficiente do que o próprio Judiciário.

Demais disso, a mediação não é aplicável somente no âmbito judicial, como, também, a qualquer relação conflituosa que demande tratamento, afirmação confirmada pelo próprio Marco Legal da Mediação. A possibilidade de se utilizar da mediação, entretanto, não significa que se deva desprezar as disposições jurídico-processuais.

A Resolução 125, de 2010, foi além de determinar a necessidade de incentivo e implementação de instrumentos de resolução extrajudicial de conflitos, ao expressamente determinar a formulação de uma política pública dirigida ao desafogamento do Judiciário.

Assim, a mediação auxilia no acesso à Justiça, corroborando uma multiplicidade de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, além de criar os *Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania* (CEJUSCs), que representam a materialização dessa política pública, para a pacificação dos conflitos, especialmente em atenção à necessidade de enfrentamento da crise de litigiosidade exacerbada.

Apesar das diferenças estruturais e procedimentais entre a conciliação e a mediação, aquela não há de ser menosprezada, notadamente em decorrência do fato de já se ter provado como um dos instrumentos diretamente direcionados à pacificação de conflitos. Não se menospreze a relevância passada e presente da conciliação judicial e extrajudicial, notadamente em relação ao desafogamento do Judiciário.

É notória a diferença quantitativa e qualitativa das possibilidades de resolução extrajudicial de conflitos entre os Códigos de Processo Civil de 1973 e de 2015, haja vista que este, por sua vez, se acha em sintonia com a atual política pública de desafogamento do Judiciário.

Nesse mesmo sentido, a Comissão de juristas responsável pela confecção do Código de Processo Civil atualmente em vigor incluiu, expressamente, tanto a

conciliação quanto a arbitragem e a mediação no corpo do referido diploma, estabelecendo, em variados dispositivos, as diferenças procedimentais entre os referidos institutos.

Ocorre que, além das disposições que constam do Código de Processo Civil de 2015, o microssistema surgido em decorrência do movimento para a instalação e incentivo à utilização de instrumentos de resolução extrajudicial de conflitos, faz com que seja imperioso observar o Código de Ética do Mediador que consta anexo à Resolução 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça.

O *Marco Legal da Mediação* surgiu, também, em 2015, diploma que especifica procedimentos para a prática da mediação, complementando o próprio Diploma Adjetivo. Também conhecido simplesmente como *Lei da Mediação*, trouxe disposições relacionadas às possibilidades de utilização dos instrumentos de resolução extrajudicial de conflitos entre a Administração Pública e os administrados.

Nesse âmbito, as câmaras administrativas são o principal instrumento criado e reforçado pelo Diploma para concretizar a mediação entre a Administração Pública e os cidadãos, sem, contudo, impor ao administrado a necessidade de aceitar a negociação imperiosamente. Observa-se o fato de a legislação relacionada à temática se voltar não somente a regulamentar a mediação como instrumento de resolução extrajudicial de conflitos, como, também, a incentivar sua utilização efetiva em relação aos mais diversos casos.

É fato notório, portanto, que a Lei da Mediação prevê reais possibilidades de concretização do referido instrumento de resolução de conflitos no que concerne aos litígios travados entre a Administração Pública e seus administrados, corroborando, mais uma vez, a necessidade desses procedimentos.

Além da simples propositura da conciliação entre partes conflitantes, como modelo mais tradicional de resolução pacífica de conflitos, é possível citar diversas teorias relacionadas à mediação, concernentes a estratégias, sejam elas relativamente simplistas, focadas na obtenção de um acordo, bem como modelos mais complexos.

Inicialmente, o chamado *modelo tradicional-linear*, malgrado se propor a um tratamento mais aprofundado das contendas, é uma vertente centrada no aspecto negocial da mediação, dirigindo-se, portanto, à obtenção de um acordo, tendo em mente a busca pelos verdadeiros interesses das partes. É um derivativo do modelo ideal denominado Tribunal Multiportas.

No mesmo sentido, assim como o referido modelo ideal, surgiu na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, nos Estados Unidos da América, entretanto, anos depois, já nos anos de 1980, caracterizado por ser uma técnica negocial específica e multidisciplinar.

Apesar de se dirigir mais especificamente a pontos negociais, a possibilidade de uso da mediação para a resolução das disputas entre o Poder Público e os cidadãos não é estranha à Escola Negocial de Harvard, inclusive naquilo que se relaciona à consciência acerca da impossibilidade de se eliminar os conflitos por intermédio da substituição das vontades das partes pela decisão judicial.

No contexto desse modelo, a mediação entre cidadãos e a Administração Pública deve levar em consideração o conceito de *poder*, ainda que na aplicação da técnica negocial de Harvard, inclusive para que seja possível compreender a incidência e as possibilidades de reinterpretação da supremacia do interesse público.

Até mesmo pela necessidade de obediência ao princípio constitucional da *impessoalidade*, o chamado *Modelo Tradicional-Linear*, em decorrência de seu cariz negocial, demonstra vantagens em relação à mediação entre a Administração Pública e os administrados, até mesmo por ter como principal objetivo a resolução de contendas envolvendo questões econômicas e comerciais, aumentando progressivamente sua gama de atuação.

A Escola Negocial de Harvard, apesar de enfatizar o acordo em si e não nas partes, ainda se preocupa com as mudanças que a mediação é passível de provocar na vida das pessoas, especialmente se utilizada em relação a conflitos no âmbito público, notadamente em decorrência de se dirigir à eliminação do conflito em direção à estabilidade das relações (mormente as econômicas).

Não se observa especial preocupação naquilo que se relaciona ao tratamento ou à superação do conflito pelas partes, preocupando-se, em particular, com a racionalidade dos acordos, focando-se em critérios objetivos, tanto quanto possível, voltando-se, portanto, ao convencimento acerca das vantagens econômicas e sociais de um acordo, sem, entretanto, efetivamente tratar o conflito.

As posições das partes são utilizáveis para aferir os interesses a elas subjacentes, em que pese não serem os objetivos do procedimento, tendo em vista que a mediação trata não apenas as impressões ou discursos, mas, sim, as vontades reais das partes.

Em decorrência dos objetivos da aplicação da referida técnica, os resultados do acordo se presumem prolongados, apenas em decorrência do fato de que as partes chegaram a um termo abstratamente vantajoso para, contudo, sem considerar fatores mais profundos do que os interesses captados pelos mediadores, demonstrando-se, portanto, algumas desvantagens em relação a modelos surgidos posteriormente.

Note-se, além disso, que os diversos modelos de mediação não são estanques, podendo ser aplicados simultaneamente, para que seja se extraia o máximo de vantagens em prol de uma transação que, ao mesmo tempo, trate do conflito e possibilite a obtenção de um acordo economicamente vantajoso a todas as partes envolvidas no procedimento de mediação.

Em decorrência disso, se compreende-se que a teoria tradicional-linear é algo como uma *base* teórica, com suporte na qual diversos outros elementos são introduzidos, assim como outras técnicas utilizadas, situação que inclui procedimentos mais complexos ou que sejam para situações específicas.

Nesse contexto, sobreveio a mediação transformativa, com todas as suas vertentes, inaugurando uma verdadeira *escola de mediação*. Referida teoria foi considerada um entendimento moderno no interior do movimento para difusão dos métodos de resolução pacífica de conflitos, entretanto, distanciando-se da simples formatação de acordos.

A mediação transformativa pende para a verdadeira *transformação do conflito*, por meio de seu enfrentamento em direção ao fortalecimento das pessoas (*empowerment*) e do incentivo ao reconhecimento recíproco entre as partes (*recognition*), de maneira que aquele se dirige à identificação dos verdadeiros interesses e necessidades de cada uma das partes, em sentido similar ao modelo tradicional linear.

O método considera que a dificuldade sensorial se encontra alocada entre o apoio à transformação do *intercência* conflitivo e o seu potencial controle. Muitas vezes, porém, tal modelo de mediação é utilizado como *orientado para o futuro*. Os ganhos a serem obtidos com a mediação transformativa são mais significantes, pois surgem do diálogo entre as partes.

O caráter transformador do método é traduzido em um acordo, entretanto, como uma consequência natural do procedimento. Referida técnica é adequada para tratar de questões envolvendo a Administração Pública e o administrado,

notadamente em relação a aspectos que envolvam punições disciplinares. Nesse âmbito de aplicação, assegura-se que o servidor, ainda que seja punido, por exemplo com a pena de suspensão, permaneça fiel aos pressupostos legais de sua função quando de seu retorno.

Já no modelo de mediação compreendido por Luis Alberto Warat, a intervenção do mediador não compreende se imiscuir no conflito, mas, sim, extrair dele as pulsões que o motivam e o conservam como litígio, extraíndo-as das partes e substituindo-as por sentimentos que se aproximam, o máximo possível, do amor, de maneira que não se resume à técnica negocial, à sistematização do conflito, nem mesmo à sua mera transformação.

Referida técnica dirige-se à compreensão acerca de aspectos mais profundos do conflito. São as bases para os entendimentos de Warat acerca da mediação similares àquelas apontadas pelas demais teorias, máxime no que tange à incapacidade do Poder Judiciário de lidar, de maneira adequada, com os conflitos colocados sob seu crivo.

Outra denominação dada ao modelo pelo próprio Warat é a *Terapia do Amor Mediado*, em decorrência de propor que o amor e a sensibilidade são instrumentos de mediação, não somente um procedimento para reconhecimento de interesses, como, também, expõe e trata sentimentos a serem desenvolvidos no seu decorrer.

No desenrolar da aplicação dessa técnica, são expressos os vínculos conflitivos às partes, algo como uma *viagem interior*, ou um procedimento contínuo e mutante, no âmbito de uma *arte de compartilhar*, de maneira que se trata de um tipo de mediação que, por sua vez, se propõe *trabalhar o amor*, demonstrando-se, portanto, diferente dos outros modelos.

A terapia do amor mediado se volta, portanto, como aspecto central, a estabelecer a diferença e a alteridade, fazendo com que o acordo seja uma simples consequência da mediação, porquanto o verdadeiro objetivo é o reconhecimento recíproco do amor entre as partes e sua inscrição nas pulsões identificadas nas partes.

A Terapia do Amor Mediado propõe, também, o desenvolvimento do amor e da sensibilidade como instrumentos de mediação, bem como uma diversidade de sentimentos a serem trabalhados no decorrer do processo. Apesar da pessoalidade dos modelos transformativos, estes são úteis na mediação que ocorre entre a Administração Pública e os administrados.

O emprego da mediação como entendida por Warat nesse âmbito demonstra aos agentes estatais que estes devem se preocupar em servir a sociedade, assim como, em relação ao administrado, é capaz de entronizar a compreensão de seus deveres quanto à Nação.

Já a mediação circular-narrativa utiliza técnicas de comunicação e de negociação em um contexto que se dirige a uma percepção sistêmica do conflito, dos “mediandos” e da interação deles, assim como considerando sua rede de relacionamentos e atentando para a elaboração social das partes.

No âmbito da mediação circular-narrativa, pressupõe-se que todas as pessoas vivem por intermédio de discursos e histórias, de maneira que são constituídas por intermédio de relações verbais. Assim, os partidários da referida técnica não entendem que as pessoas sejam naturalmente violentas ou bondosas.

Na mediação circular-narrativa busca-se perceber como os comportamentos são desenvolvidos, por intermédio da *escuta dual* das histórias, com vistas a ressignificar as condutas das partes e a constituir uma *nova história*, de maneira que a principal técnica utilizada nesse contexto, que sintetiza seus objetivos, é a narração de uma *história alternativa*.

Por meio da utilização dessa técnica é que se busca estabelecer um acordo com suporte nas opções componentes da narrativa e da avaliação das vantagens e desvantagens, procurando-se uma solução inovadora. Para formular essa história, entretanto, é indispensável a fase interrogativa, que diz respeito às perguntas dirigidas à informação e à desestabilização do conflito.

Assim, as técnicas transformativas buscam, como resultado, a reformulação do conflito, dando-lhe conotação positiva, legitimando uma nova história e a recontextualizando. A interação com o conflito engloba técnicas que compreendem a externalização dos conflitos, a elaboração de resumos e o trabalho de uma *equipe reflexiva*, que deve condensar e *nominalizar* o problema.

Após esse procedimento, impende separá-lo de questões ou de relações pessoais. Deve-se perceber, assim, a conotação negativa do problema e, após, internalizá-lo por meio do protagonismo das partes, utilizando suas falas e, finalmente, reformulando a história, entretanto, por intermédio de conotações que posicionem os “mediandos” de maneira positiva.

A obtenção do acordo passa pela tentativa de se produzir sua recontextualização, de maneira que a equipe reflexiva, inicialmente, apenas ouve as

histórias contadas pelos “mediandos” para, após, iniciar com eles alguma conversação. Assim, depois da escuta, os “mediandos” passam a ser instados a ouvir aquilo que a equipe reflexiva diz acerca do conflito.

Os membros da equipe reflexiva dialogam entre si e com o mediador, não se dirigindo aos “mediandos”. Ao final do processo de mediação, é ideal que os componentes do sistema se constituam de maneira recíproca no que tange às suas relações, legitimando a interlocução das partes. A formalização do procedimento compromete a interação das partes.

É notória a complexidade inerente à referida técnica, por intermédio da qual os acordos devem ser constituídos no sentido da colaboração, embasados na confiança. Nesse contexto, é que define a *Interconstituição de Segunda Ordem*, que representa a dissolução do sistema que circula a situação litigiosa.

Em decorrência disso, é que, em relação aos conflitos entre a Administração Pública e os administrados, tal metodologia se aplica, especialmente, à mediação ambiental, incluindo-se na narrativa o convencimento do “mediando” sobre a gravidade das lesões ocasionadas ao meio ambiente.

Apesar de a mediação circular-narrativa ter sido constituída para recriar a história do conflito com amparo nas impressões das partes, o mediador tem um papel bastante reduzido, limitando-se à exposição da narrativa substitutiva, de modo que, após a extração da narrativa, esta deve ser substituída por uma contra história, que parte de um processo de escuta dupla, preocupada com os sentimentos, impressões e efetivos interesses das partes.

Após o mapeamento dos efeitos do conflito é que será reconstruída e apresentada uma narrativa substitutiva. Referida técnica, entretanto, teve uma evolução, denominada *terapia narrativa*, que utiliza os conceitos de *escuta dupla*, de *conversa de externalização*, de *mapeamento dos efeitos do conflito* e, especialmente, de *contra história*.

Apesar de guardar algumas similaridades com o modelo circular-narrativo de Sara Cobb, a terapia narrativa insere uma diversidade de elementos psicológicos e linguísticos nos conflitos, de maneira semelhante ao que ocorre no tocante às vertentes transformadoras, entretanto, com elas não se confundido.

Na terapia narrativa, o mediador tem como dever estimular as partes à construção ou à reconstrução de laços emocionais, possibilitando a constituição de uma relação harmoniosa, entretanto, a partir de uma história de discordância,

respeitante a uma pauta objetiva ou subjetiva. Referida técnica percebe que, no âmbito da mediação, por vezes, uma pessoa fala mais acerca do tema, enquanto outra faz referências aos sentimentos.

As duas pautas devem ser aproveitadas com pesos semelhantes, de maneira a reduzir os desentendimentos. Trata-se, nesse sentido, de uma *escuta dupla*. Assim, ao contrário daquilo que se observa no modelo tradicional-linear, percebe-se que os sentimentos das partes não são apenas um meio para descobrir seus interesses, mas, sim, fatores relevantes à reconstituição histórica do conflito.

A terapia narrativa parte do pressuposto de que as pessoas vivem da forma como narram fatos acerca de si e do mundo, de maneira que é nesses fatores que embasam suas ações, decisões, discursos e relacionamentos interpessoais, de sorte que o modelo se dirige a reinterpretar as histórias das partes e reconstituir sua percepção acerca do conflito, por meio de questionamentos acerca de preconceitos, impressões e contextos socioculturais.

Diferentemente da mediação circular-narrativa, observa-se a participação ativa do mediador. Tem-se em conta o fato de que o mediador, na terapia narrativa, não é um sujeito neutro, devendo questionar os estereótipos narrados pelas partes, assim como seus condicionamentos sociais e culturais, além de ter um papel crucial no procedimento, que é a formulação da contra história.

O modelo parece adequado para lidar com qualquer tipo de conflito, embora seja mais útil em disputas caracterizadas por maior grau de complexidade, a exemplo de questões que envolvam direitos fundamentais socialmente sensíveis, a exemplo daqueles relacionados à personalidade ou à família.

A complexidade desse modelo permite seu uso em mediações que envolvam a Administração Pública, por exemplo, no momento da formulação de propostas de acordos de não persecução cível nos casos de improbidade, fazendo com que o agente ímprobo tenha reconstituído o caminho objetivo e subjetivo até a prática do ato danoso e perceba a profundidade de suas consequências para o Estado e para a comunidade.

Todas essas teorias dialogam entre si com o objetivo de promover o real *acesso à Justiça*, que é um direito fundamental que tem um grande número de dimensões e de garantias necessárias para sua concretização mínima, podendo ser considerado uma cláusula aberta, a exemplo do próprio devido processo legal.

Com base na necessidade de concretização do referido direito fundamental, surge a definição da atividade jurisdicional como aquela que poderia ser capaz de alcançar a Justiça no caso concreto, por intermédio da aplicação do ordenamento jurídico a uma situação fática posta sob o crivo do julgador.

Nesse contexto, a mediação não é somente uma técnica extrajudicial de resolução de conflitos, como, também, é uma técnica processual hábil e adequada à solução de determinadas lides, demonstrando-se amplamente compatível com a necessidade de concretização do direito fundamental de acesso à justiça.

A jurisdição, assim como a mediação, no contexto do acesso à Justiça, dirige-se a corroborar a perspectiva da adequação, tendo em vista serem técnicas processuais capazes de resolver litígios, substituindo ou não as vontades das partes por intermédio da sentença judicial.

Assim, a concretização do Marco Legal da Mediação relativamente à Administração Pública depende de revisão no que tange às funções estatais, não somente quanto à sua difusão entre os órgãos de poder quanto, notadamente, naquilo que concerne à profundidade da instalação da política pública de resolução extrajudicial de conflitos.

A Constituição de 1988 expressamente proíbe que a lei retire da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a um direito, determinando infundáveis demandas a serem eventualmente apreciadas, muitas das quais podem ser resolvidas de maneira injusta.

Essa chamada *inafastabilidade da apreciação jurisdicional* se relaciona à indispensabilidade do provimento acerca de questões de fato que demonstrem consequências jurídicas relevantes, a serem determinadas, no caso concreto, pelo julgador.

Malgrado ser essa atuação típica do Poder Judiciário, as atividades estatais, quaisquer que sejam, de forma geral, são, em maior ou menor grau, criadoras de direitos, seja no que se relaciona à função legiferante, à administração estatal ou, até mesmo, à jurisdição.

Com o referido direito, entretanto, surge uma evidente preocupação quanto às possibilidades de se controlar a atividade jurisdicional além dos casos concretos, notadamente naquilo que se relaciona à tendência concernente ao crescimento qualitativo da intervenção judicial sobre as atividades do Poder Público, em detrimento do próprio aumento quantitativo das demandas.

O direito fundamental de acesso à Justiça não se esgota na mera possibilidade de alguém propor uma demanda a ser processada no foro judicial. Em decorrência de sua amplitude, necessita ao menos de uma ideia de concretização. A tutela jurisdicional não é a única modalidade de concretização desse direito, pois há uma imensa gama de maneiras de satisfazê-lo.

Algumas dessas, inclusive, atuam de maneira externa aos institutos usuais da jurisdição, sendo capazes de ampliar o próprio espectro de inclusão dos cidadãos. A crise de litigiosidade que atinge o Judiciário brasileiro prejudicou imensamente as possibilidades de os cidadãos efetivamente acessarem a Justiça de modo efetivo.

Em decorrência dessa situação, o legislador compreendeu a necessidade de regulamentar caminhos alternativos à jurisdição. Em paralelo ao direito de acesso à Justiça se encontra o denominado princípio da proibição do *non liquet*, que determina que um juiz não pode deixar de decidir sobre uma questão posta sob sua tutela, ainda que não exista dispositivo legal especificamente atinente ao tema.

A proibição do *non liquet* é um efeito lógico do monopólio estatal da violência legítima, concretizado de maneira notória pela jurisdição, que, em sentido paralelo, proíbe a vingança particular e, em regra, a tutela privada, salvo em situações especificamente determinadas pela legislação. Apesar de ser uma regra quase absoluta, afirmação confirmada por seus diplomas mais basilares, há certas exceções determinadas pela própria lógica ou em decorrência de situações específicas.

Transpondo a Teoria do Direito, inclusive em decorrência da histórica tendência de transformar até mesmo os princípios jurídicos basilares em regras legisladas, o ordenamento jurídico-positivo brasileiro tratou de fixar a proibição do *non liquet* de maneira expressa. Além disso, é confirmada no ordenamento jurídico nacional, pela inafastabilidade da jurisdição.

Dessa maneira, a impossibilidade de a lei retirar da tutela jurisdicional a apreciação de lesão efetiva ou potencial a qualquer direito, salvo raras exceções, corrobora e fortalece a proibição do *non liquet*, já que sua possibilidade desvirtuaria o âmbito de proteção do direito fundamental de acesso à Justiça, pois, caso agredisse o núcleo essencial da inafastabilidade do controle judicial, não poderia conviver com qualquer sorte de exceção.

Apesar de a lei não excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito, a legislação cria *alternativas à jurisdição*, desde que sejam utilizadas

pela *vontade* das partes, pois a autonomia privada, assim como a inafastabilidade, é um direito fundamental. Por isso é que a cultura da conciliação, especialmente na última década, é cada vez mais privilegiada, especialmente por intermédio da mediação.

Aliás, o Código de Processo Civil de 2015 determina expressamente que os instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos devem ser incentivados. Esse ideal, entretanto, depende de uma mudança cultural no sentido da percepção de que a resolução pacífica de conflitos em detrimento do provimento jurisdicional excepciona a proibição do *non liquet*, promovendo uma mutação na interpretação do princípio da inafastabilidade, demandando sua ampla relativização.

Trata-se da ideia que imbuí a teorização denominada *Multi-door Courthouse System*, criada nos anos de 1970 na Universidade de Harvard, nos Estados Unidos da América, que tem sido cada vez mais celebrada e estudada pela doutrina processual civil brasileira, e que vem sendo explorada em estudos sobre Direito processual civil comparado e, notadamente, relacionados aos instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos.

O sistema multiportas vai ao encontro do direito fundamental de acesso à Justiça, especialmente quanto ao denominado princípio da tutela jurisdicional adequada, porquanto propõe a disponibilização de uma infinidade de instrumentos para a resolução de conflitos.

É notório o fato de que a política para incentivar e, conseqüentemente, instalar instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos segue uma lógica similar àquela idealizada para o tribunal multiportas, assim como confirma o direito fundamental à tutela adequada.

Nesse sentido, faz-se imperioso prevenir a imposição da formalização excessiva à justiça negociada, do mesmo modo que é mandatário impedir a excessiva informalidade desses procedimentos, preservando-se um mínimo rigor processual. Não é salutar que a solução consensual fosse, de qualquer maneira, imposta às partes em litígio, tornando-se algo como um *consenso repressivo*, situação capaz de desnaturar os objetivos mais primordiais da justiça negociada.

Observa-se, nesse contexto, que o Poder Público entretém uma infinidade de relações com as pessoas físicas e jurídicas de Direito privado, das mais variadas naturezas jurídicas, seguindo regramentos jurídicos de Direito público, Direito

privado ou mistos, estabelecendo vínculos efetivos, precários, permanentes e temporários, que, por sua vez, poderiam ser tratados no âmbito do consenso.

Isso porque a atual hermenêutica da autonomia da vontade permite a utilização de formas alternativas de resolução de conflitos, devendo, por sua vez, contaminar a própria noção de interesse público, tanto primário quanto secundário, no sentido de compatibilizá-lo com a necessidade constante de concretização dos direitos fundamentais.

Os métodos relacionados à mediação podem ser aplicados quanto a uma série de relações jurídicas entretidas do Poder Público com os cidadãos, por exemplo, no âmbito das parcerias público-privadas (PPPs), que são entidades da Administração Pública, teoricamente direcionadas a aumentar a eficiência, a rapidez e a economicidade na construção de obras públicas de grande vulto e na prestação de serviços custosos e complexos.

Trata-se, portanto, de um sistema que faz com que a Administração Pública e a iniciativa privada se penetrem, por intermédio de um regime de Direito público que, contudo, guarda características específicas, e que se dirige a extrair as melhores características de ambas, em prol da eficiência e da economicidade nas obras públicas e na prestação de serviços públicos.

Nesse contexto, é de se observar que os contratos administrativos, no Brasil, são caracterizados pela incidência das denominadas *cláusulas exorbitantes*, que colocam os cidadãos em posição vertical em relação à Administração Pública. A Lei das PPPs permite a inserção de dispositivos contratuais voltados à resolução pacífica de conflitos.

Por intermédio desse instrumento, no termo de formalização da parceria público-privada, determina-se, expressamente, a existência de cláusulas indispensáveis, somadas àquelas previstas pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos e, além delas, possibilita-se a inclusão de disposições atinentes à utilização da arbitragem ou de outros mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos.

Dentre esses, apesar da falta de especificação textual, encontra-se a mediação. A inclusão da cláusula dirigida à resolução pacífica de conflitos nos contratos voltados à formalização de parcerias público-privadas é recomendável, inclusive, pela necessidade de constituição de um *ambiente institucional cooperativo* entre a Administração Pública e os cidadãos contratados.

Especificamente nessas hipóteses, o método mais eficaz parece ser o tradicional-linear, tendo em conta o seu cariz negocial e mais objetivo do que os demais procedimentos, assim como a sua característica economicista, que permite a preservação da impessoalidade, especialmente em um contexto no qual grandes somas financeiras se encontram em jogo.

Nesse âmbito, o Direito administrativo sancionador é uma das modalidades de exercício do denominado poder de império da Administração Pública. Ocorre que, nos processos administrativos na estrutura administrativa, relaciona-se, especificamente, aos poderes hierárquico e disciplinar.

O controle do cumprimento das funções atribuídas aos agentes públicos dá-se por intermédio de um sistema disciplinar caracterizado pela possibilidade de se punir os agentes transgressores, por meio de penalidades adequadas à gravidade do descumprimento de suas funções. Nesse âmbito específico, prevê-se, na Espanha, desde os anos de 1990, a possibilidade de utilização de procedimentos de resolução de conflitos entre os cidadãos e a Administração Pública.

Demonstra-se, portanto, que a reinterpretação do interesse público não é algo recente. A mediação junto à Administração Pública naquele país é buscada até mesmo por meio da intervenção do juiz, que deve incorporar a imparcialidade do mediador, substituindo a ideia de atuação imparcial do magistrado.

Notadamente após a superveniência do Marco Legal da Mediação, a Administração Pública vê-se compelida a promover e a incentivar os instrumentos consensuais de resolução de conflito, inclusive, no âmbito de sua estrutura hierárquica interna. Para tanto, contudo, é necessária a transformação, ainda que paulatina, do modelo imperial em um modelo cooperativo de Estado.

Apesar de as possibilidades de emprego da mediação nos processos administrativos disciplinares se encontrarem legalmente estabelecidas, ainda resta a necessidade de preservação da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, consubstanciado na punição do infrator.

Em decorrência disso, a mediação transformativa pode ser utilizada no contexto das punições disciplinares, de modo a assegurar que o servidor, mesmo que seja punido, por exemplo, com a pena de suspensão, permaneça fiel à sua missão institucional e aos seus deveres legais por ocasião de seu retorno à sua atividade pública, consciente de sua missão institucional.

Nesse âmbito, o diálogo entre a comissão processante ou de sindicância e o servidor acusado, caso seja mediado da maneira correta, pode, inclusive, levá-lo a agir de maneira mais comprometida no futuro, não apenas em decorrência do temor de nova sanção, como, também, da transformação de suas impressões quanto ao serviço público.

Fora do âmbito hierárquico-disciplinar, que se relaciona à estrutura funcional da Administração Pública, uma das maneiras de se eliminar conflitos envolvendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos é a formulação de acordos de ajustamento de conduta que, por sua vez, são formalizados por intermédio do instituto denominado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

Referido mecanismo é utilizado pelos representantes do Ministério Público desde os anos de 1970, no sentido de adequar a atuação de cidadãos e de agentes públicos, notadamente aqueles que detêm vínculo eletivo com o Estado, à legalidade e à moralidade, demonstrando ser um poderoso instrumento de resolução extrajudicial de conflitos.

Nesse âmbito, a mediação poderia ser utilizada para facilitar a formulação de acordos de ajustamento de conduta, delimitando seu conteúdo de maneira vantajosa ou menos prejudicial ao infrator, ao mesmo tempo em que preserva, em máxima medida, o interesse público. Para tanto, apesar da existência de certa discricionariedade no que concerne à possibilidade de firmá-lo, o Termo de Ajustamento de Conduta deve, antes de sua elaboração e formalização, ter aferida sua adequação lógica ao interesse público.

No mesmo sentido, a discricionariedade que envolve o acordo de ajustamento de conduta não pode ser utilizada em prejuízo dos princípios da Administração Pública. Apesar dessas restrições lógico-jurídicas, mantém-se sua característica fundamental de instrumento de resolução extrajudicial de conflitos.

No contexto específico da desjudicialização, a indisponibilidade do interesse público, malgrado não ser propriamente relativizada, mas, sim, *reinterpretada*, deve se adaptar às necessidades globais do sistema de justiça civil, inclusive, à celeridade e à economicidade processuais.

É notório, nesse âmbito, o procedimento de mediação especificamente determinado pela Anatel como uma experiência inovadora no Brasil, que tem mostrado resultados suficientes para inspirar vários novos movimentos, estratégias e

procedimentos dirigidos à resolução de conflitos que envolvam a Administração Pública.

Quando da formulação dos Termos de Ajustamento de Conduta, o modelo circular-narrativo parece ser aquele que melhor se aplica, haja vista a necessidade de atendimento à principiologia do ordenamento jurídico brasileiro e, simultaneamente, do convencimento do autor acerca da gravidade dos danos que causou a bens e direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Já naquilo que se relaciona aos atos ímprobos, malgrado a previsão expressa do acordo de leniência, na contextura da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) ter surgido apenas no ano de 2019, por intermédio do denominado *pacote anticrime*, a possibilidade de firmar acordos de não persecução cível nesse âmbito existia alguns anos antes.

Em decorrência de integrar o microssistema material e processual de combate à corrupção, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por meio da Lei 13.655, de 2015, teve introduzida uma série de dispositivos concernentes à Administração Pública, dentre os quais se extrai a possibilidade de se firmar referidos acordos, demonstrando-se sua existência prévia no ordenamento jurídico-processual brasileiro, apesar da reticência da jurisprudência em permiti-lo.

Parte significativa da doutrina afirma, desde o período anterior à vigência do *pacote anticrime*, que seria possível extrair do próprio sistema jurídico-administrativo sancionador brasileiro determinadas diretrizes essenciais no sentido da formulação do referido acordo. Apesar disso, a falta de regulamentação legal específica pode configurar um obstáculo no que concerne à homologação de um acordo firmado a partir da referida dosimetria.

Nesse sentido, nota-se que o acordo de leniência no âmbito da improbidade administrativa, de acordo com aquilo que consta da legislação atual, não é capaz de expressar de maneira suficiente o interesse público, até mesmo em decorrência da falta de dispositivos que especifiquem os termos do consenso.

Nesse contexto, o modelo chamado *terapia narrativa* pode ser uma técnica útil, em decorrência da complexidade que abriga, assim como da ampla participação do mediador no processo, permitindo a reconstituição do caminho objetivo e subjetivo percorrido pelo agente ímprobo na prática do ato.

Desse modo, além das técnicas específicas para cada uma das situações, seria adequado que todas as teorias fossem utilizadas em relação a cada uma das

necessidades que se exprimam no âmbito dos conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos.

Com supedâneo no que foi tratado no âmbito da tese ora sustentada, confirma-se que os entendimentos relacionados à existência de uma *nova hermenêutica da autonomia da vontade*, interpretados em sentido paralelo à Constituição de 1988, permitem o emprego da mediação como meio de resolução de conflitos.

Observa-se, além disso, a influência desse paradigma sobre o próprio conceito de interesse público, de maneira que uma sistematização relacionada a essa interpretação com amparo Constituição de 1988 no sentido da legislação infraconstitucional, demonstra a necessidade de sua compreensão com vistas a não apenas permitir, como também incentivar a aplicação de maneiras opcionais de resolução de conflitos.

Confirma-se, desse modo, a hipótese suscitada *ab initio*, afirmando-se, portanto, que o Poder Público, no Brasil, deve, sim, oferecer meios alternativos de solução de conflitos como meio de atender as demandas sociais e concretizar direitos fundamentais, máxime no que concerne às relações entre os cidadãos e o Poder Público.

Respondendo-se a problemática da qual se partiu para esta pesquisa, com supedâneo nos princípios constitucionais da legalidade, da igualdade, da eficiência, entre outros, bem como do direito fundamental do acesso à Justiça, a mediação serve à horizontalização dos conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos.

In hoc sensu, a interpretação da Carta Maior de 1988, ao lado dos diplomas infraconstitucionais específicos, determina a necessidade não apenas de utilização de meios alternativos de resolução de conflitos no âmbito do Poder Público, como, também, a formulação de uma cultura da mediação.

Finalmente, corrobora-se a tese defendida, reafirmando-se que a mediação é, sim, capaz de contribuir para o incremento das possibilidades de concretização do direito à boa Administração Pública que, como maior usuário individualmente considerado do Poder Judiciário, precisa de tal instrumento de pacificação.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Conheça os Termos de Ajustamento de Conduta (TACs)**. Brasília, DF, 17 nov. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/Anatel/pt-br/regulado/obrigacoes-contratuais/conheca-os-termos-de-ajustamento-de-conduta-tacs>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- ALBUQUERQUE, Dionara Oliver. **O marco legal da mediação no Brasil e o mediador judicial, sua capacitação e formação continuada: o exemplo do Nupemec**. Porto Alegre: Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2017.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. Natureza da mediação de conflitos. *In*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- ALMEIDA, Diogo Rezende de; PAIVA, Fernanda. Princípios da mediação de conflitos. *In*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: JusPodivum, 2017.
- ALMEIDA, Maurício Vicente Silva. Breve análise da mediação tradicional de Harvard e da mediação transformativa de Bush e Folger. *In*: LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo (org.). **Mediação: teoria e prática**. Belo Horizonte: New Hampton Press, 2011.
- ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tânia; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2012.
- AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O direito de acesso à justiça e a mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 42 n. 167, p. 293-309, jul./set., 2005.
- ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. **A institucionalização da mediação judicial: propostas de aprimoramento da gestão consensual de conflitos no Judiciário para a concretização do acesso à justiça**. 2018. Tese. (Doutorado em Direito) -- Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, 2018.
- AUN, Juliana Gontijo; VASCONCELLOS, Maria José Esteves de; COELHO, Sônia Vieira. **Metodologia de atendimento sistêmico**. Belo Horizonte: ComArte, 2013. v. 2: o processo de atendimento sistêmico; t. 1: o processo de atendimento sistêmico de famílias e redes sociais.
- AVELÃS NUNES, António José. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

AZEVEDO, André Gomma. **Manual de mediação judicial**. 5. ed. Brasília: CNJ, 2015.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual**. São Paulo: RT, 2004.

BADIE, Bertrand. **O fim dos territórios: ensaio sobre a desordem internacional e sobre a utilidade social do respeito**. Lisboa: Piaget, 1996.

BARILLARO, Dominko. Conflito. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2001.

BARRETO, Júlia d'Alge Mont'Alverne. **Consensualidade administrativa: o uso de dispute boards para solução de conflitos no âmbito das agências reguladoras**. 2018. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2018.

BELANDO GARÍN, Beatriz. La mediación administrativa: una realidad jurídica. *In*: LÓPEZ RAMÓN, Fernando. (coord.). **Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015. p. 265-273.

BILHALVA, Margaret Mitchels. Questões práticas para celebração de TAC e TC em matéria ambiental. *In*: GONÇALVES, Albenir Itaboraí Querubini; BURMANN, Alexandre; ANTUNES, Paulo de Bessa (org.). **Direito ambiental e os 30 anos da Constituição de 1988**. Londrina: Thoth, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: fragmentos de um dicionário político**. 20. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

BOULLE, Laurence; NESIC, Miryana. **Mediation: principles, process, practice**. Londres: Butterworths, 2001.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Dados abertos: processos disciplinares**. Brasília, DF, 2021.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre cidadãos como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de

1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 7 ago. 2021.

BRASIL. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Exposição de motivos do código de processo civil**. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de emenda Constitucional 108**. Acrescenta inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para estabelecer o emprego de meios extrajudiciais de solução de conflitos como um direito fundamental. Brasília, DF, 2015.

BRIGIDA, Elizabeth; ARAÚJO, Inês Guilhon de; JACOB, Wanderley José. Diferentes modelos: mediação narrativa. *In*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivum, 2017. p. 215-226.

BRUNO, Susana. **Conciliação**: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BUSH, Robert Baruch; FOLGER, Joseph. **La promesa de mediación**. Buenos Aires: Ediciones Granica, 2008.

CADIET, Loic. Les nouvelles tendances de la procédure civile en France. *In*: BRITO, Rita. (coord.). **Novos rumos da justiça cível**: conferência internacional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CADIET, Loic. **Perspectivas sobre o sistema da justiça francesa**: seis lições brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação - conciliação - resolução CNJ 125/2010. 6. ed. São Paulo: RT, 2017.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOZO, Raquel Nery; CARDOZO, Jose Carlos. A utilização dos meios alternativos a resolução de conflitos no fornecimento de medicamentos pela Administração Pública brasileira. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 2, n. 1, p. 81-99, jan.-jun., 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo.** Napoli: Morano, 1958.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta:** escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1.

CASTANHEIRO, Ivan Carneiro; OLIVEIRA, Andreia Mara. A regularização fundiária de condomínios e ranchos de lazer. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 jan. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-15/mp-debate-regularizacao-fundiaria-condominios-ranchos-lazer>. Acesso em: 7 ago. 2021.

CHEVALIER, Jacques. **O Estado pós-moderno.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COBB, Sara. **Speaking of violence:** the politics and poetics of narrative in conflict resolution. Oxford: Oxford University Press, 2013.

COELHO. Meire Lúcia Monteiro Mota; LÚCIO, Magda de Lima. A advocacia pública federal nas metas do centenário: a mediação como instrumento de gestão. **Revista de Direito dos Advogados da União**, Brasília, DF, v. 9, n. 9, p. 11-24, out. 2010.

CRISTO, Viviane Duarte Couto de; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. Consensualidade na administração pública: uma análise do acordo de leniência previsto na lei anticorrupção. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 3, n. 1, p. 16-35, jan.-jun., 2017.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública. *In*: GAMERO CASADO; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. (coord.). **Mediación para la resolución de conflictos de personal en las administraciones públicas.** Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006. p. 25-106.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DALLARI, Adilson de Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. *In*: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo:** obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DELEON, Linda. Using mediation to resolve personnel disputes in a state bureaucracy. **Harvard negotiation journal**, v. 10, n. 1, p. 69-86, jan., 1994.

DEUTSCH, Morton. Conflict resolution: theory and practice. **Political Psychology**, [S. l.], v. 4, n. 3, p 431-453, 1983.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público. **Revista Direito do Estado**, [S. l.], n. 151, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>. Acesso em: 26 jun. 2021.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; ROGERIO, Taiz. A mediação como instrumento de eficiência e consensualidade do processo administrativo disciplinar. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 134, p. 52-63, 2012.

DISTRITO FEDERAL. **Lei complementar n. 840, de 23 de dezembro de 2011**. Dispõe sobre o regime jurídicos dos servidores públicos civis do Distrito Federal, das autarquias e das fundações públicas distritais. Disponível em: <http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=840&txtAno=2011&txtTipo=4&txtParte=>. Acesso em: 28 jun. 2021.

DUARTE, Márcia Michele Garcia. Dano ambiental: caracterização e efetividade das medidas adequadas e desjudicializadoras de solução de conflitos. **Revista da FAAR**, Rondônia, v. 4, n. 2, p. 26-47, maio 2016.

DUMAS, Romain. Les MARD (modes alternatifs de résolution des différends) au prisme des droits fondamentaux substantiels. **RDLF**, [S. l.], n. 1, 2018. Disponível em: <http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/les-mard-modes-alternatifs-de-resolution-des-differends-au-prisme-des-droits-fondamentaux-substantiels/>. Acesso em: 26 jun. 2021.

DUPUIS, Juan Carlos. **Mediación y conciliación**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 40.

EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública. **RPGE**, Araraquara, v. 36, n, 75, p. 55-74, 2015.

ELLIOTT, Elizabeth. **Segurança e cuidado**: justiça restaurativa e sociedades saudáveis. São Paulo: Palas Athena, 2018.

ENTELMAN, Remo Fernando. **Teoría de conflictos**: hacia um nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa, 2005.

ESPLUGUES BARONA Carla. Mediación en derecho administrativo. **Revista jurídica UANDES**, v. 2, n. 2, p. 65-79, 2018.

FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. **Revista de Informação Legislativa**, a. 48, n. 190, p. 7-13, abr.-jun. 2011.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; GOULART, Juliana Ribeiro. O marco legal da mediação no Brasil: aplicabilidade na administração pública. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito**, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 148-164, jul./dez. 2016.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (org.). **Estudos avançados de mediação e arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

FARIA, José Eduardo. Antinomias jurídicas e gestão econômica. **Lua Nova**, São Paulo, n. 25, p. 167-184, abr., 1992.

FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Conciliação e mediação no novo código de processo civil (PLS 166/2010). **Revista de Processo**, Brasília, DF, v. 36, n. 174, p. 277-305, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 9, p. 40-48, jan./mar., 1995.

FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação judicial**: discursos e práticas. Rio de Janeiro: Faperj, 2016.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. **Mediação e solução de conflitos**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008.

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to yes**: negotiation agreement without giving in. 3. ed. London: Penguin Books, 2011.

FONSECA, José Arnaldo da. Jurisdição estatal e jurisdição arbitral: conflito aparente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Campinas, ano 6, n. 23, p. 49-59, out./dez., 2009.

FOUCHARD, Philippe. **Alternative dispute resolution et arbitrage**: l'évolution des modes de règlement des litiges du commerce international. [S. l.], 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/digital/consumer/1878948.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2021.

FREITAS, Juarez. **Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 21.

FRIEDMAN, Gary; HIMMELSTEIN, Jack. **Challenging conflict**: mediation through understanding. Washington: American Bar Association, 2009. p. 5.

GALLIETA, Nayara; PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça restaurativa: um programa de solução de conflitos. **Paradigma**, ano 17, n. 21, p. 175-190, jan./dez. 2012.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUALDA, Diego Lima. **Individualismo holista**: uma articulação crítica do pensamento político de Charles Taylor. Jundiaí: Paco, 2010.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro-LINDB (Lei 13.655/18), p. 135-169, nov. 2018.

GUERRA VELÁZQUEZ, Zaimí; ALFARO MATOS, Marvelio. La mediación en el ámbito de la administración pública. Una alternativa para la solución de conflictos. **Mikarimin**, v. 3, n. 1, p. 37-46, 2017.

GUERRERO, Luís Fernando. **Os métodos de solução de conflitos e o processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessões e parcerias público-privadas**: guia para o gestor público. Brasília, DF: CBIC, 2016.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **A&C**: revista de Direito Administrativo & Constitucional, Curitiba, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

HECK, Tatiana de Marsillac Linn. Perspectivas e desafios da mediação na administração pública. **Escolas da AGU**, Brasília, DF, v. 9, n. 4, p. 291-312, 2017.

HESPANHA, António Manuel. As fronteiras do poder. O mundo dos rústicos **Sequência**, Florianópolis, n. 51, p. 47-105, dez., 2005.

HOWLETT, Michael; PERL, Anthony; RAMESH, M. **Política pública**: seus ciclos e subsistemas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

JONATHAN, Eva; AMERICANO, Naura dos Santos. Diferentes modelos: mediação transformativa. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivum, 2017.

JUNQUEIRA, André Rodrigues; OLIVEIRA, Mariana Beatriz Tadeu de; SANTOS, Michelle Manaia. Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 77-78, p. 285-313, jan./dez., 2013.

KESSLER, Gladys; FILKENSTEIN, Linda. The evolution of a multi-door courthouse. **Catholic University Law Review**, [S. l.], n. 37, p. 577-590, 1988.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, set./dez., 2015.

LARA, Mariana Alves. Os novos rumos da mediação no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 111, p. 503-525, jun. 2017.

LESSA, Pedro Augusto Carneiro. **Do poder judiciário**: direito constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMBERGER, Têmis; GRISON, Leonardo. Políticas públicas e direito à saúde: a necessidade de critérios hermenêuticos para a intervenção judicial. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 2. p. 306-322, maio/ago. 2010.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias. *In*: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). **As grandes transformações do processo civil brasileiro**: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. *In*: MORAIS, José Luis Bolzan de. (org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina. Sistema de justiça multiportas e o processo de execução: uma análise a partir dos meios autocompositivos. *In*: MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina (org.). **Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2018.

MAIA, Andrea; BIANCHI, Angela Andrade; GARCEZ, José Maria Rossani. Origens e norteadores da mediação de conflitos. *In*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivm, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MANDELL, Brian; PETRAEUS, Stephen; SUBRAMANIAN, Guhan. Sources of power in public negotiations: a framework applied to public-public and public-private negotiations. **Harvard negotiation journal**, v. 36, n. 4, p. 397-419, jul., 2020.

MANN, Michael. **Sources of social power**. Cambridge: Cambridge University Press, 1986. v. 1: a history of power from the beginning to AD 1760.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARTINS, Mônica de Souza Nunes. Os caminhos da lei e da “ordem” no Brasil Império. **Justiça & História**, Porto Alegre, v. 3, n.6, p. 43-95, 2003.

MARTINS, Tiago do Carmo. A lei anticrime e seus reflexos na improbidade administrativa. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**, Porto Alegre, ano 6, n. 14, p. 147-159, 2020.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 54-65.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. **Revista de Direito Ambiental**, Brasília, DF, v. 41, p. 93-110, jan. 2006.

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

MEDEIROS NETO, Elias Marques de; NUNES, Juliana Raquel. A importância da mediação para o acesso à justiça: uma análise à luz do CPC/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 159-188, 2019.

MELLO, Isabele Matos Pereira de. Instâncias de poder e justiça: os primeiros tribunais da relação (Bahia, Rio de Janeiro e Maranhão). **Tempo**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 89-115, jan./abr. 2018.

MELLO, Joao Augusto dos Anjos Bandeira de; FONSÊCA, Rafael Sousa. O mecanismo da autocomposição como alternativa para solução de controvérsias na seara administrativa. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 2, n. 1, p. 136-151, jan.-jun., 2016.

MENDONÇA, Rafael. **A ética da mediação ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MENEZES, Jeannie da Silva. A justiça de fora-parte. **Clio: Revista do Centro de História da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. 29.1, p. 2-22, 2012.

MENKEL-MEADOW, Carrie. The historical contingencies of conflict resolution. **International Journal of Conflict Engagement and Resolution**. Washington, v. 1, n. 1, p. 33-35, 2013.

MIRANDA, Lara Caxico Martins; KEMPFER, Marlene. Administração pública gerencial e as possibilidades para a solução extrajudicial de conflitos em agências reguladoras no Brasil. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 3, n. 2, p. 37-55, jul.-dez., 2017.

MEUDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale. Analyse Comparative. **Revue Internationale de Droit Comparé**, [S. l.], p. 313- 407, Avr./Juin 1997.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 33. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan de. A fórmula Bob & Alice e o modelo judicial de consenso. **Empório do Direito**, São Paulo, 7 out. 2017. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/repe-c-36-a-formula-bob-alice-e-o-modelo-judicial-de-consenso>. Acesso em: 26 jun. 2021.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e a construção de uma resposta consensuada: a “jurisconstrução”. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 55, p. 67, dez. 2007.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 40.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan./mar., 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. Administração pública e mediação: notas fundamentais. **Revista de Direito Público da Economia**, Brasília, DF, v. 61, p. 119-145, 2018.

MOREIRA, João Batista Gomes. Nova concepção do princípio da Legalidade no controle da Administração Pública. *In*: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (org.). **Direito público moderno**: homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NALINI, José Renato. Novas perspectiva no acesso à justiça. **Revista CEJ**, Brasília, DF, n. 3, p. 61-69, 1997.

NASCIMENTO, Isabela Moreira Antunes do. Mediação circular-narrativa e teoria da identidade narrativa: aportes para uma interseção prática. **Anais do CIDIL**: colóquio internacional de direito e literatura, Porto Alegre, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NETTO, Fernando Gama de Miranda; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios procedimentais da mediação no novo código de processo civil. *In*: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (coord.). **A mediação no novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 109-119.

NOGUEIRA, Mariella Ferraz de Arruda Pollice. Dos núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos. *In*: PELUSO, Antonio Cesar; RICHA, Morgana de Almeida (org.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUNES, Antônio Carlos Ozório. **Manual de mediação: guia prático para conciliadores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Acesso à justiça e o novo código de processo civil: um olhar crítico. *In*: TAVARES NETO, José Querino; ÁVILA, Flávia de; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio (coord.). **Acesso à justiça**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

OLIVEIRA, Marcello; PONTES, Mariana Veras Lopes; PELAJO, Samantha. Regulamentação da mediação: fundamentos jurídicos. *In*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. (coord.). **Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: JusPodivm, 2016.

OPELLO JUNIOR, Walter; ROSOW, Stephen J. **The nation-state and global order: a historical introduction to contemporary politics**. 2nd ed. Londres: Lynne Rienner, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial. **Migalhas**, [S. l.], 10 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial>. Acesso em: 28 jun. 2021.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008.

PAULA, Ana Paula Paes de. **Por uma nova gestão pública**. São Paulo: FGV, 2005.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Justificação e proteção dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV)**, Vitória, v. 10, p. 9-13, 2012.

PEDROSO, João. **Acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em (des) construção: o caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças**. Tese (Doutoramento em Sociologia do Estado, do Direito e da Administração). Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011.

PELUSO, Antonio Cezar. **Discurso em ocasião de sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça**. [S. l.], 2010. não paginado.

PERLINGEIRO, Ricardo Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental *versus* influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo código de processo civil. *In*: FARIA, Juliana Cordeiro de. (org.). **Processo civil**: novas tendências em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O consenso em matéria de improbidade administrativa: limites e controvérsias em torno do acordo de não persecução cível introduzido na lei nº 8.429/1992 pela lei nº 13.964/2019. **Revista Interdisciplinar de Direito Curso de Direito do Centro Universitário de Valença (UniFAA)**, Valença, v. 18, n. 1, p. 145-162, jan./jun., 2020.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Processo coletivo e técnicas de padronização das decisões**. São Paulo: RT, 2020.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens da nossa época. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

PONTES, Reinaldo Nobre. **Mediação**: categoria fundamental para o trabalho do assistente social. Brasília: UnB, 2000.

RAIFFA, Howard. **The art and science of negotiation**. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

RANGEL, Tauã Lima Verdán. Cultura do diálogo e mediação na administração pública: a consensualidade e o empoderamento na condução do processo administrativo e disciplinar. **Juris Plenum Direito Administrativo**, São Paulo, v. 1, p. 115-143, 2018.

REZENDE, Leonardo Pereira; PAIVA, Mônia Aparecida de Araújo. Setor público deve adotar métodos alternativos de solução de controvérsias. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 31 jul. 2017. Disponível em: encurtador.com.br/auzAF. Acesso em: 7 ago. 2021.

RISKIN, Leonard. Decisionmaking in mediation: the new old grid and the new grid system. **Notre Dame Law Review**, Notre Dame, v. 79, n. 1. p. 1-55, 2003.

ROCHA, Leonel Severo; GUBERT, Roberta Magalhães. A mediação e o amor na obra de Luis Alberto Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 33, n. 1, p. 101-124, jan./jun. 2017.

ROCHA, Leonel Severo; FERNANDES, Pedro Ernesto Neubarth. A mediação waratiana como forma de consolidação do MERCOSUL: a busca por uma efetiva integração Social. **Direitos humanos e democracia**, a. 9, n. 17, p. 247-257, jan.-jun., 2021.

ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, Sheila. Desamor e mediação: releitura sistêmica da ecologia do desejo de Warat. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 30, n. 2, p. 113-130, jul.-dez., 2014.

RODRIGUES, Aleksandra Gato. A mediação como alternativa na resolução dos conflitos decorrentes da administração pública. *In*: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA, 5., 2017; MOSTRA DE TRABALHOS CIENTÍFICOS, 5., 2017. **Anais...** Ijuí: UNIJUI, 2017.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROJAS POZO, Casiano. La mediación administrativa; **Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales**, n. 98, p. 183-200, maio-ago., 2016.

ROLLAND, Paul. Les modes alternatifs de règlement des différends (MARD): à chacun sa voie! **Parution**, [S. l.], Mar. 2021.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Goiânia: UFG, 1997.

ROSENBLATT, Ana; MARTINS, André. Mediação e transdisciplinaridade. *In*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivm, 2016.

RUFFIA, Paulo Biscaretti Di. **Derecho constitucional**. Madrid: Tecnos, 1982.

RUFFINO, Cristina. Mediação narrativa no contexto judiciário atual. **Nova Perspectiva Sistêmica**, São Paulo, n. 55, p. 112-114, ago. 2016.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 79-101, 2004.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A influência do neoliberalismo sobre a jurisdição: a difícil sintonia entre eficiência e efetividade. *In*: MARIN, Jeferson Dytz (coord.). **Jurisdição e processo**: estudos em homenagem ao Professor Ovídio Baptista da Silva. Curitiba: Juruá, 2009. v. 3.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. *In*: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação na UNISINOS - mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional: um olhar sobre o direito processual brasileiro. **Estudios Constitucionales**, Santiago, ano 8, n. 2, p. 675-706, 2010.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cosmopolitismo jurídico**: teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da ordem da justiça imposta à ordem da justiça negociada: em busca de um modelo “ideal” de justiça. *In*: MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina (org.). **Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2018.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil**: a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; HOFFMAM, Fernando. Da pós-modernidade processual: o hipermoderno e o antimoderno na caracterização do processualismo contemporâneo. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 8, n. 26, p. 136-159, jan./mar. 2014.

SALDANHA, Jânia Maria. O *oxi* grego: da soberania solitária à soberania solidária. **Justificando**, [S. l.], 6 jul. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/07/06/o-oxi-grego-da-soberania-solitaria-a-soberania-solidaria/>. Acesso em: 26 jun. 2021.

SANDER, Frank. The multi-door courthouse: settling disputes in the year 2000. **HeinOnline**, [S. l.], v. 3, n. 18, p. 9. 1976.

SANDER, Frank; GOLDBERG, Stephen. Fitting the fórum to the fuss: a user-friendly guide to selecting an adr procedure. **Negotiation Journal**, [S. l.], v. 10, p. 49-68, 1994.

SANOMYA, Renata Mayumi. **Mediação e conciliação com o poder público**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O acesso à justiça. *In*: VITA, Alvaro de (org.). **Justiça**: promessa e realidade: o acesso à justiça em países ibero americanos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O direito dos oprimidos**. Perdizes: Cortez, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. [S. l.], 2003 Disponível em: http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/30/rbcs30_07.pdf. Acesso em: 26 jun. 2021.

SANTOS, Boaventura de. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011

SANTOS, Bruno Grego dos. **Transação extrajudicial na administração pública**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade de São Paulo, 2015.

SAUAIA, Artenira da Silva e Silva; DAMASCENO, Gioliano Antunes. Um novo olhar acerca do instituto de mediação em processos previdenciários de natureza coletiva. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 1, n. 2. p. 19-35, jul.-dez., 2015.

SAVI, Erika Monteiro de Souza e. **Parcerias Público-Privadas (PPPs) na Irlanda e no Chile**: alternativa de alavancagem para o desenvolvimento em infraestrutura no cenário brasileiro. 2006. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) -- UFSCAR, São Carlos, 2006.

SCHIRCH, Lisa. **Construção estratégica de paz**. São Paulo: Palas Athena, 2019.

SCHMITZ, Suzanne J. What should we teach in adr courses? Concepts and skills for lawyers representing clients in mediation. **Harvard Negotiation Law Review**, v. 6, n. 189, p. 189-210, 2001.

SCHNITMAN, Dora Fried. Novos paradigmas na resolução de conflitos. *In*: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Staphen (org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o estado na realização de tarefas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 43-70, jul./set. 1997.

SILVA, Clarissa Sampaio. A consensualidade administrativa e a elaboração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas no âmbito do Sistema Único de Saúde. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 2, n. 2, p. 1-20, jul.-dez., 2016.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Renata Fabiana Santos. Mediación administrativa como vía de acceso a la buena administración. **III Foro Internacional de Mediadores Profesionales**. Sevilla: Escuela Sevillana de Mediación, 2020. Disponível em: <https://www.asedmed.org/app/download/34065633/Comunicaci%25C3%25B3n%2B4-M.%2BAdministrativa%2Bcomo...pdf.pdf+%cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 2 dez. 2021.

SILVA, Tatiana Fernandes Dias da. O termo de ajustamento de conduta como forma alternativa a jurisdicionalização na solução dos conflitos ambientais. **Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo**, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 17-32, jan./jun., 2016.

SIMMEL, Georg. **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1983.

SIMÕES, Carlos. **Curso de direito do serviço social**. São Paulo: Cortez, 2007. v. 3.

SLAIBI FILHO, Nagib. Declarações internacionais e o direito fundamental de acesso aos tribunais. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 48, p. 17–32, 2009.

SOUZA, Luciana Moessa de. A mediação de conflitos e a administração pública. *In*: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. A crise do estado e a crise da jurisdição: (in) eficiência face à conflituosidade social. **Revista Brasileira de Direito**, Florianópolis, v. 7, n. 1, p. 7-38, jan./jun. 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos**: da teoria à prática. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 6. ed. São Paulo: Método, 2020.

TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. **Revista de Processo**, Brasília, DF, v. 258, 2016.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2014.

THAMER, Rogério; LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. Projetos de parceria público-privada: fatores que influenciam o avanço dessas iniciativas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, p. 819-846, jul./ago. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 1: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.

TONIN, Maurício Morais. **Razões para o Poder Público utilizar meios alternativos de solução de controvérsias**. São Paulo, 18 fev. 2020. Disponível em: <https://arbitranet.com.br/blog/por-que-o-poder-publico-deve-utilizar-meios-alternativos-de-solucao-de-controversias/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

TONIN, Maurício Morais. **Solução de controvérsias e poder público**: negociação e arbitragem. 2016. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2014.

VEZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. 5. ed. Balneário Camboriú: IMAB, 2001.

VITOVSKY, Vladimir Santos. O acesso à justiça em Boaventura de Sousa Santos. **Revista Interdisciplinar de Direito**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 177-196, 2016.

WARAT, Luís Alberto. **Surfando na Pororoca**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 3: o ofício do mediador.

WARAT, Luís Alberto. **Mediación: el derecho fuera de las normas**: para una teoría no normativa del concurso licto. *Scientia Juris*, v. 4, 2000.

WARAT, Luís Alberto. Mediación, derecho, ciudadanía, ética y autonomía en el humanismo de alteridade; notas algo dispersas varias veces modificadas para provocar el diálogo em uma classe. **Novos estudos jurídicos**, v. 9, 2004.

WARAT, Luís Alberto. Coaching pessoal, comunitário e multicultural: experiências e técnicas para mediadores sem fronteiras. Elementos para uma cartografia de base para um treinamento jurídico social. *In*: SANTOS, André Leornado Copetti; DEL'OLMO, Florisbal de Sousa. (Org.). **Diálogo e entendimento**: direito e multiculturalismo & cidadania e novas forma de solução de conflitos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *In*: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (org.). **Conciliação e mediação**: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WILLERS, Miriane Maria. Os desafios da resolução pacífica de conflitos na administração pública municipal. *In*: SEMINÁRIO NACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 13., 2017, Santa Cruz do Sul; Mostra nacional de trabalhos científicos, 3., 2017, Santa Cruz do Sul. **Anais eletrônicos...** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16952>. Acesso em: 26 jun. 2021.

WINSLADE, John; MONK, Gerald. Mediação narrativa: uma abordagem diferenciada para a resolução de conflitos. **Nova Perspectiva Sistêmica**, Rio de Janeiro, n. 54, p. 7-16, abr., 2016.

YAGODNIK, Esther Benayon; MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub; TORRES, Juliana Barbosa. Alternativa ao método assistencialista tradicional de resolução de conflitos na contemporaneidade: mediação extrajudicial desenvolvida no núcleo de prática jurídica. *In*: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 37, 2013. **Anais ...** São Paulo: ANPOCS, 2013.

ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. **Proceso, autocomposição y autodefensa**. México: Universidad Autónoma Nacional de México, 1991.

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012.

ZEINEMANN, Robert. The characterization of public sector mediation. **Environs**, [S. l.], v. 24, n. 2, p. 49-63, 2001.