

Em busca de uma regra geral para a realização de autocomposição na administração pública: a insuficiência da Lei nº 13.140/2015\*

*In search of a general rule for conducting self-composition in public administration: the insufficiency of Law N° 13,140/2015*

*Fabiana Marion Spengler\*\**

*Elisa Berton Eidt\*\*\**

---

\* Artigo recebido em 22 de janeiro de 2020 e aprovado em 28 de abril de 2020. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v281.2022.86059>.

\*\* Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Pq2). Pós-doutorado em direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos, RS), com bolsa Capes, mestre em desenvolvimento regional, com concentração na área político-institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc, RS), docente dos cursos de graduação e pós-graduação *lato* e *stricto sensu* da Unisc. E-mail: [fabiana@unisc.br](mailto:fabiana@unisc.br).

\*\*\* Doutoranda em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. Coordenadora do Centro de Conciliação e Mediação do Estado do Rio Grande do Sul (2016-19). Professora convidada da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos, RS). Autora do livro *Autocomposição na administração pública* (Essere nel mondo, 2017). E-mail: [elisaeidt@gmail.com](mailto:elisaeidt@gmail.com).

## RESUMO

O texto visa examinar a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de uma legislação geral que autorize a administração pública a adotar métodos alternativos de solução de conflitos, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos (Administrative Dispute Resolution Act — Adra). Faz-se uma reflexão acerca dos dispositivos da Lei nº 13.140/2015, no que diz respeito aos entes públicos, em que se percebe sua insuficiência para que a autocomposição seja efetivamente incorporada pela administração. O objetivo do presente artigo é identificar se os dispositivos legais da referida legislação se prestam para que a administração adote a mediação e a negociação como formas de solucionar seus conflitos. Para cumprir tal objetivo, o método utilizado será o hipotético-dedutivo. A partir de uma análise da experiência dos Estados Unidos, são traçados alguns requisitos mínimos que merecem ser observados, a fim de que os métodos alternativos sejam utilizados de forma adequada. Diferentemente do que vem ocorrendo com a arbitragem, conclui-se que, no Brasil, a mediação e a negociação extrajudiciais ainda se encontram em zona de incerteza quando se trata de conflito envolvendo a administração pública.

## PALAVRAS-CHAVE

administração pública — mediação — consensualidade — norma geral — *Adra act of 1996*

## ABSTRACT

The text aims to examine the existence, in the Brazilian legal system, of a general legislation that authorizes the public sector to adopt ADR, similar to what occurs in the United States (ADRA – Administrative Dispute Resolution Act). A reflection is made about the provisions of Law nº 13,140/2015, with regard to the agencies, where it's possible to observe their insufficient to make ADR be effectively incorporated by the government. The purpose of this article is to identify whether the legal provisions of the aforementioned legislation are suitable to the public sector starting use mediation and negotiation as techniques to solve its problems. In order to do that, the method used will be hypothetical-deductive. By an assessment of the experience of United States, some minimum requirements that should be observed are outlined, to make the ADR be implemented in an appropriate way. Unlike to what has been happening

with arbitration, it is concluded that, in Brazil, extrajudicial mediation and negotiation are still in a grey zone, when it comes to conflicts involving the public sector.

## KEYWORDS

public sector — mediation — consensus — general rule — Adra act of 1996

## Considerações iniciais

A inserção dos métodos alternativos<sup>1</sup> de resolução de conflitos no Brasil sustenta-se em pilares normativos editados ao longo dos últimos 15 anos. Inicialmente, fala-se da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que introduz a conciliação e a mediação como política judiciária em nível nacional. Em seguida, a Lei nº 13.105/2015, que trata do novo Código de Processo Civil, e a Lei nº 13.140/2015 (aqui será tratada como Lei da Mediação), que trata da mediação entre particulares e da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Há ainda a Lei nº 9.307/1996, que regula o procedimento de arbitragem, cuja constitucionalidade foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no ano de 2001 e cujo procedimento foi aperfeiçoado por meio da Lei nº 13.129/2015.

Este tardio incentivo legislativo para “novas” formas de acesso à justiça<sup>2</sup> vem sendo assimilado tanto pela sociedade quanto pelos órgãos públicos, além de todos os profissionais que lidam com o sistema de justiça. O presente trabalho pretende focar na utilização da autocomposição pelos órgãos públicos, conforme autorizado no art. 32 da Lei da Mediação e no art. 174 do Código de Processo Civil.

---

<sup>1</sup> Por métodos alternativos entende-se a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem. O termo “alternativo” deve aqui ser compreendido para além da concepção de desafogar o Judiciário (SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação*. Por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010. p. 313), configurando-se como alternativas à sociedade, que tem à sua disposição diferentes técnicas de solução (entre elas o Judiciário), a depender do tipo de conflito (SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de conflitos: família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 40).

<sup>2</sup> Sobre uma abordagem crítica à utilização do marco teórico de acesso à justiça no Brasil tendo como base o projeto Florença, realizado por Mauro Cappelletti e Bryan Garth no final da década de 1970 e que não incluiu dados do país, ver: GABBAY, Daniela Monteiro; DA COSTA, Susana Henriques; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 6, n. 3, p. 152-181, 2019.

Por meio da análise da legislação posta e da produção bibliográfica sobre o assunto, busca-se identificar se os mencionados dispositivos legais se prestam para que a administração adote a mediação e a negociação como formas de solucionar seus conflitos. O método utilizado será o hipotético-dedutivo, desde já destacando-se que não há um sistema de dados consolidado que demonstre, de forma quantitativa e qualitativa, a utilização da autocomposição pelos entes públicos,<sup>3</sup> sobretudo de forma extrajudicial.

Neste sentido, utiliza-se como parâmetro de análise o ato normativo que autorizou a administração pública federal dos Estados Unidos a utilizar os métodos alternativos (*alternative dispute resolution* — ADR) em qualquer tipo de conflito, o denominado *Administrative Dispute Resolution Act (Adra)*, de 1990, reeditado em 1996. Da mesma forma do que ocorreu com a introdução da conciliação e da mediação na solução de controvérsias em geral,<sup>4</sup> vislumbra-se que o Brasil pode buscar inspiração na experiência já adotada naquele país, respeitadas as devidas adaptações ao modelo de administração aqui vigente.

## 1. A previsão da autocomposição na Lei nº 13.140/2015

A Lei nº 13.140/2015 configura-se no marco normativo da mediação no Brasil, eis que institucionaliza seu procedimento e disciplina a atuação do mediador, de forma judicial e extrajudicial. A previsão da mediação por meio de lei vem acompanhada do debate se a mediação positivada preservará suas características específicas de solução de conflitos,<sup>5</sup> dada a extensa ritualização trazida pelo diploma legal.

---

<sup>3</sup> O *Relatório Justiça em Números 2019* inclui uma análise quantitativa das conciliações realizadas no âmbito do Poder Judiciário, com demonstração por tribunal e por fase do processo judicial, sem classificação das partes envolvidas nos acordos. Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf](http://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf). Acesso em: 23 out. 2019.

<sup>4</sup> A primeira referência ao Fórum Múltiplas Portas (Multi-door Courthouse) deu-se por meio do professor de Harvard, Frank Sander, em conferência realizada no ano de 1976. O professor americano defendeu a realização de um sistema de triagem, dentro dos tribunais, em que, a depender das partes envolvidas e do tipo de conflito, deveria ser realizado o encaminhamento para alguma das portas relacionadas com as diferentes maneiras de solucionar a questão. A partir de então, destaca Richard C. Reuben que as ADR tiveram um incremento sem precedentes nas décadas de 1980 e 1990, o que pode ser considerado um dos desenvolvimentos mais significativos no âmbito do sistema da justiça civil norte-americana (REUBEN, Richard C. *Constitutional gravity: a unitary theory of alternative dispute resolution and public civil justice*. *Ucla L. Rev.*, v. 47, p. 949-1104, 1999).

<sup>5</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos: da teoria à prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 122.

A previsão do desenvolvimento da mediação dentro do Poder Judiciário, por meio dos centros judiciários de solução de conflitos (art. 24), merece ainda mais reflexão,<sup>6</sup> na medida em que aproxima procedimentos de características notavelmente distintas. Isso porque a mediação tem como essência um diálogo flexível, em que não se lida com autoridades, mas, sim, com a autonomia dos envolvidos na construção de uma solução, sem predefinição de tempo e de resultados; como poder do Estado, o Judiciário é formado em uma estrutura burocrática, cuja prestação jurisdicional se dá por meio de um rito processualizado, com legitimidade para o uso da força na eventualidade de descumprimento de suas decisões.<sup>7</sup>

Destaca-se que há possibilidade de o Poder Judiciário encaminhar o caso para mediação em uma câmara privada, conforme autoriza o art. 167 do Código de Processo Civil. De qualquer forma, permanece sua estreita vinculação às regras a serem estabelecidas pelo Tribunal respectivo, por meio do credenciamento, além da necessária capacitação dos mediadores ou conciliadores conforme parâmetros definidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em conjunto com o Ministério da Justiça.

---

<sup>6</sup> Há preocupação na utilização da mediação precipuamente com o fim de aliviar a sobrecarga de trabalho que convulsiona as instâncias judiciárias de todo o país, sem qualificá-la como um procedimento adequado, a depender até preferível ao modelo tradicional do processo judicial. Tal preocupação é compartilhada por Daniela Monteiro Gabbay (GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 86), quando chama a atenção para o risco de a avaliação do sucesso dos programas de mediação ocorrer somente sob a ótica do número de acordos, sem levar em conta a efetiva melhora no relacionamento entre os envolvidos do conflito e sua satisfação com o resultado do que restou acordado (O art. 167, § 3º, do Código de Processo Civil, assim dispõe: “Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. [...] § 3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes”). Também Fernanda Tartuce (TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense; Método, 2015. p. 167) impõe que a adoção dos métodos consensuais pelo Judiciário seja acompanhada dos devidos esclarecimentos à sociedade sobre como se dá seu funcionamento e quais suas finalidades, sob pena de serem vistos como meros entraves ao alcance da sentença judicial.

<sup>7</sup> O professor argentino Remo F. Entelman, ao tratar de uma teoria geral dos conflitos, bem destaca que o sistema judicial de resolução de conflitos utiliza-se da violência (ameaça do uso da força) para a solução de controvérsias, em que a titularidade da força recai sobre o juiz, que aplica o direito no caso concreto (ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos*. Hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 2005. p. 23).

A forma como o legislador regulamentou a mediação entre os particulares não é o foco deste trabalho, mas serve como introdução ao assunto que ora se pretende abordar. Com efeito, ao passo que a mediação recebe uma regulamentação detalhada de seu procedimento, além de privilegiar o espaço do próprio Poder Judiciário para a sua realização, tal não ocorre com a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Inicialmente, destaca-se a adoção do termo autocomposição,<sup>8</sup> sem discriminação quanto aos procedimentos da mediação, da conciliação ou da negociação. O que importou ao legislador foi a atribuição de uma metodologia em que não há decisão imposta por uma terceira parte, tal como ocorre com a sentença judicial e, também, com a arbitragem.

Este tratamento pelo gênero, sem especificação das espécies, permite à administração a utilização das técnicas mais adequadas conforme o tipo de conflito, as partes envolvidas, a estrutura do órgão público etc. O que deve ser considerado é se o procedimento será assistido, por meio do auxílio de um terceiro<sup>9</sup> para a busca de possíveis soluções ao caso, ou se a negociação será direta entre as partes.<sup>10</sup>

Em seguida, observa-se do art. 32 da Lei da Mediação que a autocomposição na administração pública recebeu tratamento em sentido diverso da mediação entre particulares.<sup>11</sup> Primeiro, porque evidenciado no *caput* do

---

<sup>8</sup> Conceitua-se a autocomposição como “ato volitivo das partes no sentido de resolver o conflito, podendo ocorrer por meio da mediação, da conciliação e da negociação, contando ou não com a participação de um terceiro imparcial, que poderá auxiliar nesse processo” (SPENGLER, Fabiana Marion. *Dicionário de mediação volume 1* — A-L. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019. v. 1, p. 75).

<sup>9</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. *Chi è dunque il Terzo? Riflessioni su società e conflitto*. Florença: Classi, 2019. v. 1., p. 149.

<sup>10</sup> No que diz respeito à distinção posta pelo Código de Processo Civil em relação à atividade do conciliador e do mediador e, por consequência, da mediação e da conciliação (art. 165, § 2º e § 3º), coaduna-se com a exposição de Diego Faleck (FALECK, Diego. Comentários ao artigo 174. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coord.). *Código de Processo Civil anotado*. Curitiba; São Paulo: OSB/PR; AASP, 2019. p. 294-304. Disponível em: [www2.oabpr.org.br/downloads/NOVO\\_CPC\\_ANOTADO.pdf](http://www2.oabpr.org.br/downloads/NOVO_CPC_ANOTADO.pdf). Acesso em: 1º nov. 2019) para quem a distinção marcada entre os dois institutos distancia-se da atividade prática. Conforme explica, a avaliação e a intervenção do terceiro facilitador são uma questão de grau, a depender da situação concreta e do perfil do profissional que auxiliará as partes na solução do conflito. Quando se trata de conflitos envolvendo órgãos públicos, essa diferenciação perde ainda mais seu sentido, de modo que andou bem o legislador ao limitar a definição do procedimento ao gênero autocomposição.

<sup>11</sup> Sobre o procedimento da mediação envolvendo os entes públicos, ver: EIDT, Elisa Berton. *Autocomposição na administração pública*. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2017. p. 107-161. Disponível em: [www.esserenelmondo.com/pt/direito-autocomposicao-na-administracao-publica-ebook100.php](http://www.esserenelmondo.com/pt/direito-autocomposicao-na-administracao-publica-ebook100.php). Acesso em: 10 nov. 2019.

referido artigo que o espaço destinado à autocomposição é extrajudicial, por meio de câmaras administrativas; segundo, porque a regulamentação dada pela lei é mínima, de modo que o § 1º remete aos entes federados a competência para tratar do modo de composição e funcionamento destas câmaras.<sup>12</sup>

A abertura legislativa para que a administração regulamente a maneira como funcionarão estes espaços institucionais de solução extrajudicial de conflitos — as câmaras administrativas — enquadra a Lei da Mediação como norma habilitante à incorporação da autocomposição pelos órgãos públicos. Quer isso dizer que a densidade normativa da lei cede espaço, a fim de permitir que cada ente público avalie de que maneira a autocomposição será desenvolvida.

Conforme reflete Odete Medauar<sup>13</sup> a respeito do “significado operacional” do princípio da legalidade na administração pública no Brasil, prevalece a ideia de que ele se realiza quando o legislador concede à administração a habilitação legal para a adoção de atos e medidas. Afasta-se, portanto, do significado de que a obediência ao princípio da legalidade seria restringir a administração a fazer somente o que está previsto em lei.

Com efeito, em um mundo cada vez mais complexo em termos de relações e demandas, há absoluta incapacidade de a lei prever antecipadamente as variadas situações que possam envolver o poder público. A exigência de lei prévia autorizando todo e qualquer ato da administração causaria uma paralisação de suas atividades,<sup>14</sup> em evidente descompasso com a rapidez com que as situações ocorrem no dia a dia contemporâneo.

Por meio de uma habilitação legal, fica a administração autorizada a realizar seus atos e a justificá-los com base no dispositivo legal que concedeu tal permissão, sem perder de vista a obediência aos demais preceitos do ordenamento jurídico. Na explicação de Odete Medauar,<sup>15</sup> essa permissão possui gradações:

---

<sup>12</sup> Os artigos 35 a 40 são destinados especificamente à administração pública federal. Tratam da transação por adesão (art. 35), da resolução de conflitos entre órgãos da administração federal (arts. 36 e 39, aparentemente contraditórios), da possibilidade de submissão de conflitos entre entes federativos à Advocacia-Geral da União (art. 37), de conflitos envolvendo tributos federais (art. 38) e, por fim, da responsabilização de servidores públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito (art. 40, que por extensão deve ser aplicado aos servidores públicos de todas as esferas, não havendo razão para aplicação exclusiva aos servidores federais).

<sup>13</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 20. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016. p. 150.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 151.



(A) habilitação legal, por vezes, é somente norma de competência, isto é, norma que atribui poderes para adotar determinadas medidas, ficando a autoridade com certa margem de escolha no tocante à substância da medida; por vezes, a base legal expressa um vínculo estrito do conteúdo do ato ao conteúdo da norma ou às hipóteses ali arroladas.

No que diz respeito à autocomposição, conforme já ressaltado, a opção do legislador foi a de conceder uma autonomia mais ampla aos entes federados para a regulamentação da prática da autocomposição. É certo que, ao prever a instalação das câmaras administrativas, a Lei da Mediação já faz constar a previsão (a) da utilização da autocomposição para tratar do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos (art. 32, § 5º), (b) da possibilidade de instauração de mediação coletiva para tratar de conflitos relacionados com a prestação de serviços públicos (art. 33, parágrafo único) e, por fim, (c) de uma abertura para tratar de conciliação em matéria tributária, pois remete à observação do Código Tributário Nacional quando houver suspensão de prescrição por procedimento administrativo de resolução consensual (art. 34, § 2º).

Além da especificação exemplificativa de algumas matérias que podem ser objeto da autocomposição, a Lei da Mediação define a competência das câmaras para atuação em três situações (art. 32, incisos I a III): a) para dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; b) para avaliar a admissibilidade de pedidos de composição quando se trata de controvérsia envolvendo o particular; e c) para promover a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Conforme se observa, o juízo de admissibilidade somente está previsto quando se tratar de conflito da administração com o particular (inciso II). Nesta etapa, levam-se em conta a viabilidade jurídica da solução consensual, a possibilidade (econômica e estrutural) de o ente público cumprir com sua obrigação pela via extrajudicial, entre outros. Nota-se que o legislador não definiu este procedimento quando se trata de conflitos entre órgãos e entidades da administração (inciso I), do que se pode deduzir como algo obrigatório a tentativa de conciliação.

No âmbito da Advocacia-Geral da União, a obrigação de solução extrajudicial para conflitos envolvendo órgãos que integram a administração pública federal vem inclusive expressa no art. 36 da lei. E, no caso de não ocorrer o acordo, define seu parágrafo primeiro que caberá ao advogado-geral da União definir o conflito.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> A leitura do art. 36 leva a entender que não haverá judicialização quando o conflito envolver órgãos da União (ou realizam o acordo, ou decide o advogado-geral da União). No entanto,



Por fim, a previsão constante no inciso III, acerca da celebração do termo de ajustamento de conduta, que da mesma forma que o inciso II não é impositiva, cabendo uma análise do caso concreto a fim de verificar sua viabilidade.

Ainda a respeito das regras gerais sobre autocomposição previstas na Lei da Mediação, há a previsão de que o acordo realizado no âmbito das câmaras constituirá título executivo extrajudicial (art. 32, § 3º). Também consta a previsão de que, instaurado o procedimento administrativo de tentativa de resolução consensual, suspende-se a prescrição.

Daí a importância do ato de juízo de admissibilidade, pois é a partir dele que se considera instaurado o procedimento de autocomposição (art. 34, § 1º). A Lei da Mediação também deixa claro que, enquanto não instaladas as câmaras administrativas, poderão os entes públicos prosseguir com a mediação nos termos das disposições comuns constantes nos artigos 14 a 20. Por fim, destacam-se as previsões de voluntariedade do procedimento e de tipicidade das situações em que haverá tentativa de acordo, nos termos do regulamento a ser editado por cada ente federado (art. 32, § 2º).

Vê-se que a regulamentação por cada ente federado a respeito das câmaras deverá tratar, no mínimo, do seu modo de composição, do seu funcionamento e dos casos admissíveis para tentativa de acordo extrajudicial. Dessa forma, do que foi até aqui exposto, permite-se concluir que a Lei da Mediação dá algumas diretrizes para o desenvolvimento da autocomposição pelos entes públicos, mas, essencialmente, o que faz é delegar seu detalhamento para regulamentação posterior.

O que vem ocorrendo na prática, desde então, é um avanço lento e relativamente recente dos entes federativos a respeito da instalação das câmaras administrativas para o desenvolvimento da autocomposição.<sup>17</sup> O modelo bem-sucedido de câmara administrativa e que parece ter inspirado os artigos 32 a 34 da Lei nº 13.140/2015 é a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia-Geral da União (CCAF).

---

no art. 39 consta a previsão de que a propositura da ação judicial por um dos envolvidos dependerá de autorização prévia do advogado-geral da União. Em uma tentativa de harmonização dos referidos artigos, entende-se que poderá o advogado-geral da União ou dirimir o conflito, ou autorizar a propositura da ação judicial.

<sup>17</sup> Desde a edição da Lei da Mediação, no âmbito estadual, foram editadas leis que criam as câmaras no Rio Grande do Sul (Lei nº 14.794/2016), em Alagoas (LC nº 47/2018), em Goiás (LC nº 144/2018), em Minas Gerais (Lei nº 23.172/2018), no Pará (LC nº 121/2019) e em Pernambuco (LC nº 417/2019). No âmbito municipal, tem-se conhecimento da Prefeitura de Porto Alegre, que instalou sua câmara de mediação por meio da Lei nº 12.003/2016.

No entanto, a Lei da Mediação acrescenta o elemento do particular na relação com a administração, e a CCAF atua, precipuamente, para tratar de conflitos entre órgãos da administração federal. Ademais, pela particularidade da estrutura da administração federal e por conseguinte da própria Advocacia-Geral da União (complexidade de órgãos da administração direta e indireta), se comparada aos entes estaduais e mais ainda aos municipais, trata-se de modelo que não pode simplesmente ser copiado pelos estados e municípios, mas certo que serve de parâmetro para adoção de determinados procedimentos.

O que o presente trabalho pretende demonstrar é que a Lei da Mediação, ainda que possa ser configurada como norma geral que habilita os entes públicos à realização da autocomposição — dando-lhes a competência por meio das câmaras administrativas —, não se mostra suficiente para dispensar um melhor detalhamento de como se dará o desenvolvimento dessa atividade pelos órgãos públicos. Com efeito, o regime jurídico-administrativo<sup>18</sup> brasileiro que recai sobre as atividades estatais não tem a consensualidade como um de seus pilares, o que vem reforçado por uma dogmática clássica do direito administrativo calcada na supremacia do interesse da administração sobre o particular.<sup>19</sup>

Nesta lógica, parece forçoso deduzir que uma lei que estabelece uma regra geral de competência e que dá alguns exemplos de casos em que a autocomposição possa ser adotada constitui-se em um estímulo *inicial* para a mudança no *mindset* de como os entes públicos resolvem seus conflitos. O avanço lento dos entes estaduais para editar suas leis de criação de câmaras administrativas demonstra, de certa forma, que este raciocínio está correto.

---

<sup>18</sup> O estabelecimento de um regime especial à administração pública decorre da influência do modelo francês sobre o direito administrativo brasileiro. Trata-se de regime originalmente concebido para proteger a administração ante os particulares, de modo a preservar seus privilégios em detrimento dos direitos do cidadão comum (CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 125-126). Dessa forma, diferentemente do que ocorreu no sistema jurídico da *common law*, no Brasil se estabeleceu uma dicotomia entre as regras de direito público e de direito privado.

<sup>19</sup> Ao tratar das características do direito administrativo clássico no Brasil, Odete Medauar (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 64) explica que, “embora abrigue figuras de inspiração anglo-saxônica, o núcleo central do Direito Administrativo pátrio, na sua formulação clássica, identifica-se ao resultante da sistematização ítalo-franco-germânica: submissão da Administração ao Direito, supremacia da Administração, preponderância do interesse público sobre o particular, personalidade jurídica do Estado e de outros entes; ato administrativo unilateral, autoexecutório e imperativo; hierarquia; poder discricionário; direito subjetivo público; poder de polícia; contrato administrativo”.

No entanto, alguns novos incentivos legislativos fazem-se necessários,<sup>20</sup> talvez na forma de um ato específico que trate somente da autocomposição na administração pública, tal como ocorreu nos Estados Unidos e que será objeto de análise no item a seguir. De fato, não se pode confundir a mediação que ocorre na esfera privada com aquela que será desenvolvida na esfera pública, e a Lei nº 13.140/2015 pode ter contribuído para uma possível sobreposição de conceitos.<sup>21</sup>

Neste sentido, o estabelecimento de diretrizes mais claras tem o condão de não só contribuir para o maior desenvolvimento dos métodos consensuais na área pública, mas também de tornar a porta de resolução de conflitos por meio das câmaras administrativas uma opção segura, legítima e respeitada pelos demais integrantes do sistema de justiça.<sup>22</sup> O regramento adotado pela administração federal norte-americana pode servir de guia para este aperfeiçoamento, conforme será demonstrado em seguida.

## 2. O *Administrative Dispute Resolution Act* (Adra) de 1996 e o que a experiência norte-americana pode ensinar ao Brasil

Enquanto a administração pública brasileira vem experimentando, de forma ainda tímida, a aplicação de métodos alternativos de solução de disputas, o governo norte-americano já lida com essa realidade há quase três décadas. Daí porque se pretende, neste item do trabalho, investigar mais de

---

<sup>20</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco. As possibilidades de autocomposição regulamentadas pela Lei nº 13.140/2015 em conflitos da administração pública federal. *Revista da Faculdade de Direito da Uerj*, v. 15, p. 179-199, 2018.

<sup>21</sup> Dispôs o legislador a possibilidade de utilização da mediação privada como uma regra de transição: “Uma vez que a criação das Câmaras exigirá a organização dos órgãos de Advocacia Pública para bem atenderem aos escopos da Lei de Mediação, o art. 33 dispõe que, enquanto não forem criados os respectivos espaços, os conflitos que envolvem a Administração Pública podem desde já serem dirimidos nos termos dos procedimentos comuns que regem a mediação, constantes nos artigos 14 a 20 da referida Lei” (Elisa Eidt, *Autocomposição na administração pública*, op. cit., p. 126).

<sup>22</sup> Sobre a interação dos sistemas extrajudiciais de resolução de disputas com o sistema judicial, a análise empírica de acordo realizado no âmbito da CCAF ilustra que o procedimento administrativo de resolução consensual não necessariamente será levado em conta no caso de posterior judicialização do objeto do acordo (CARDOSO, Christiana Beyrodt; EIDT, Elisa; BARBOSA, Pedro Ivo Biancardi Barbosa; SALVO, Silvia H. P. G. J. di. *Estudo de caso: conciliação CCAF NUP: 000895.000385/2017-34 de 2018 — repasse de recursos públicos ao Hospital São Paulo da Unifesp*. In: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo (Coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (Org.). *Acordos administrativos no Brasil*. Teoria e prática. São Paulo: Almedina, 2020. p. 567-581).

perto o que lá foi feito para que a mediação, a conciliação e demais métodos, que não o Judiciário, passassem a ser de fato adotados pelos agentes públicos e em que medida tais práticas podem ser replicadas no Brasil.

Inicialmente, a fim de contextualizar a introdução de *ADR* nos Estados Unidos, citam-se os dois marcos normativos editados no ano de 1990, o *Civil Justice Reform Act (CJRA)* de 1990 e o *Administrative Dispute Resolution Act (Adra)* de 1990.

Trata-se de atos dirigidos, respectivamente, ao Judiciário e ao Executivo, para que ambos se utilizem de *ADR* como método de solução de conflitos. O *CJRA* foi instituído com a finalidade de redução de custos e de tempo dos conflitos civis levados ao Judiciário, enquanto o *Adra* visou encorajar as agências norte-americanas à utilização de *ADR* para resolução dos conflitos em que se veem envolvidas.

De fato, o que ocorreu nos Estados Unidos foi um crescimento sem precedentes da utilização de *ADR* a partir da década de 1980, seguindo-se para os anos 1990, tanto pelo governo quanto pela esfera privada. O apelo para sua utilização decorre da eficiência (menos custos, menos tempo) e da racionalização do procedimento, que tende a proporcionar resultados mais satisfatórios e com menos desgaste de energia se comparado ao litígio do processo judicial.

Sobre a implementação de *ADR* no âmbito do Poder Executivo norte-americano, cuidou o *Adra of 1990* de “autorizar e encorajar” as agências a utilizarem a mediação, a conciliação, a arbitragem ou qualquer outra técnica que permita a resolução de disputas de forma rápida e informal. Além do exposto ênfase na legislação, as *ADR* contaram com incentivos presidenciais na sua utilização, por meio de ordens executivas emitidas por George Bush (1991) e por Bill Clinton (1996).

Ao promulgar o *Adra*, o congresso nacional daquele país dispôs, em seus considerandos (seção 2), que a autorização expressa às agências para utilização de diferentes técnicas de resolução de conflitos visa eliminar qualquer ambiguidade quanto à possibilidade de sua utilização pelo governo. Além disso, expõe o congresso que a utilização de técnicas que já vêm sendo utilizadas com sucesso e bons resultados no setor privado pode trazer resultados mais eficientes, criativos e sensíveis também ao setor público.

Em seguida, cada agência que compõe o Poder Executivo federal dos Estados Unidos é demandada a atualizar seus contratos e subsídios para o fim de inserir *ADR* em suas previsões. Da mesma forma, devem adotar uma política interna de utilização de *ADR*, a fim de analisar de que maneira elas

podem ser utilizadas para processo de tomada de decisões, elaboração de regulamentos, concessões de licença, atos executórios, entre outros.

Na sequência, destaca-se que o *ADR act* faz a previsão de que cada agência deverá designar um “especialista em resolução de conflitos”, cuja função consiste na implementação das novas políticas de *ADR* e, ainda, na realização de treinamentos regulares em técnicas de *ADR* aos empregados das agências.

Além das previsões pontuais destacadas, o *Adra* inclui emendas na legislação federal dos Estados Unidos, a fim de: conceder autorização geral para o uso de *ADR*; definir o que são os *neutrals* e como eles podem ser obtidos; delimitar o alcance da confidencialidade quando utilizado *ADR* pelas agências; e, por fim, estabelecer condições para o uso da arbitragem.

O *Adra* de 1990 contou ainda com a previsão de uma data final para a sua aplicação, o que ocorreria após cinco anos de sua vigência. Passados cinco anos, portanto, as agências não mais estariam autorizadas a utilizar os métodos alternativos de resolução de disputas. Ocorreu que, no ano de 1996, o presidente Bill Clinton sancionou o *Adra 1996*, o qual retirou a previsão de término de vigência do *Adra* original, além de realizar uma série de outros ajustes no estatuto original.

Esses ajustes e os pontos destacados ao longo deste item serão tratados a seguir de forma separada, com o intuito de analisá-los comparativamente à Lei de Mediação.

## 2.1 A autorização geral

Conforme já argumentado no presente trabalho, configura-se a Lei de Mediação em uma espécie de autorização geral para que a administração insira os métodos autocompositivos nas suas atividades, como forma de prevenir e de solucionar conflitos. De forma tímida, introduz a autocomposição como método a ser utilizado pelos órgãos públicos, com referência muito mais às câmaras administrativas do que propriamente a uma autorização genérica<sup>23</sup> para sua utilização.

---

<sup>23</sup> Na classificação exposta por Juliana Bonacorsi de Palma (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 235), o “modelo de previsão normativa por permissivo genérico é marcado pela presença de um permissivo autorizador genérico à Administração Pública para que celebre acordos administrativos, sem prejuízo de normas especiais que disponham mais especificamente sobre a dinâmica da atuação consensual”.

Além disso, o que se delinea no ordenamento jurídico brasileiro são algumas outras normas esparsas<sup>24</sup> que autorizam o Estado a adotar a autocomposição como método de resolução de conflitos. Cite-se como exemplo o art. 31 da Lei nº 13.448/2017 (Lei da Relicitação), que prevê a possibilidade da utilização da arbitragem ou de outros mecanismos de solução de controvérsias para conflitos que surgirem durante a execução dos contratos de que trata a lei. De forma bem recente, a previsão da utilização da mediação ou da arbitragem para a definição do valor a ser pago a título de indenização em caso de desapropriação, por meio da Lei nº 13.867/2019, e a edição da Medida Provisória nº 899/2019, que regulamenta a transação tributária prevista no art. 171 do Código Tributário Nacional.<sup>25</sup>

Nos Estados Unidos, por outro lado, ocorreu uma autorização genérica para a utilização de ADR pelas agências, além de constar a previsão exemplificativa de algumas hipóteses em que é possível sua utilização (sec. 3, a), 2 do *Adra*). Na Lei da Mediação, conforme já destacado anteriormente neste trabalho, houve a previsão de algumas situações em que os métodos alternativos podem ser utilizados pelos órgãos públicos.

---

<sup>24</sup> Em contraste com a previsão genérica, Juliana Bonacorsi de Palma (*Ibid.*, p. 235) define como modelo de “previsão normativa difusa” as autorizações para acordo no Brasil, pois o que ocorre são autorizações dispersas em determinados regulamentos administrativos, dando a possibilidade de realização de acordos pela administração somente para os casos pontualmente previstos. Conforme destaca a autora, na lei federal do processo administrativo (Lei nº 9.784/1999) não é possível encontrar um permissivo genérico para a adoção da consensualidade pela administração. Por outro lado, há garantia do contraditório e de participação do administrado antes da tomada de decisão pela administração (art. 3º) sem, contudo, qualquer tipo de vinculação.

<sup>25</sup> Não se ignora aqui a edição da Lei nº 13.655/2018, que em seu art. 26 estabelece a possibilidade de “celebração de compromissos” entre a “autoridade administrativa” e “interessados”. Na forma como explicado por Juliana Bonacorsi de Palma e Sérgio Guerra (GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, ed. esp. LINDB, p. 135-169, nov. 2018), o compromisso previsto no art. 26 consiste em um verdadeiro “acordo administrativo”, em que há “negociação do exercício de determinada prerrogativa pública pelo Poder Público com o particular e a celebração por acordo de vontades no âmbito de um processo administrativo” (p. 148). Para tanto, os autores fundamentam que a autoridade administrativa, no exercício de seu poder de polícia, pode optar pela substituição da sanção por uma composição ou ajuste. Trabalha-se, dessa forma, com o modelo de relação jurídico-administrativa em que há poder sancionatório do Estado, dando a possibilidade de substituição dessa sanção por um ajuste que mais se aproxime do interesse público. No entanto, a situação prevista no art. 26 da Lei nº 13.655/2018 não é a única modalidade por meio da qual o Estado interage com a sociedade, pois em muitos casos o poder público é quem se configura devedor de algum direito/prestação, nos quais, da mesma forma, entende-se cabível a realização de acordos.

Neste sentido, uma vez que no Brasil não há uma expressa autorização genérica à administração para a utilização da mediação, da conciliação e da negociação, pode-se dizer que a evolução na mudança do paradigma tradicional de solução de litígios por meio do Judiciário ocorrerá paulatinamente, à medida que forem sendo editadas leis que tratem de situações específicas relacionadas com os entes públicos.

Essa afirmação quanto aos métodos autocompositivos vem corroborada ao se observar o instituto da arbitragem no âmbito da administração pública. Diferentemente do que ocorreu com a autocomposição, a Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) fez constar de forma expressa a possibilidade de utilização da arbitragem pela administração (art. 1º, § 1º, introduzido pela Lei nº 13.129/2015). Não bastasse a autorização genérica, vêm sendo editados atos normativos que fazem constar as hipóteses em que a arbitragem pode ser utilizada pelos entes públicos, tais como a Lei nº 13.448/2017 (contratos de parceria) e o recente Decreto Federal nº 10.025/2019, que dispõe sobre a utilização da arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

Em tal medida, o uso da arbitragem pela administração é mais festejado que os métodos autocompositivos, uma vez que os incentivos legais são claros quanto à previsão de sua utilização. A mediação e a conciliação, por sua vez, parecem se encontrar em uma zona cinzenta<sup>26</sup> em relação às possibilidades de seu desenvolvimento pelos órgãos públicos, ainda a depender de uma efetiva regulamentação pelos entes que implementarem suas câmaras administrativas.

---

<sup>26</sup> Sobre o princípio da legalidade, Hely Lopes Meirelles leciona que à administração pública só é permitido fazer o que está autorizado em lei (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 89). Conforme já anteriormente exposto, Odete Medauar (*Direito administrativo moderno*, op. cit., p. 150), ao tratar do princípio da legalidade, traz a noção de que, nas atividades da administração pública brasileira, prepondera “a exigência de que a Administração tenha habilitação legal para adotar atos e medidas”. Sob esta ótica, a Lei da Mediação é preponderantemente uma norma de competência, habilitando os entes públicos a adotarem a autocomposição, por meio das câmaras administrativas. Levando em conta a mudança de paradigma que representa a adoção da consensualidade pelos órgãos públicos, seria bem-vinda a edição de lei que mencione de forma mais expressa em que situações e matérias pode a administração se utilizar dos métodos alternativos.



## 2.2 *Designação de um especialista: revisão da política interna e enfoque no treinamento em técnicas de negociação e mediação*

No âmbito do *Adra*, houve a previsão de que cada agência deveria designar um especialista em resolução de conflitos, cuja responsabilidade consiste na implementação de uma política de adoção de métodos alternativos. Cabe ainda a cada agência providenciar um treinamento adequado a esse especialista, de modo que adquira conhecimento teórico e prático acerca das técnicas de mediação, de negociação e de arbitragem.

Uma vez recebido o treinamento, incumbe ao especialista, periodicamente, recomendar ao diretor da respectiva agência os demais servidores que devem se beneficiar de igual capacitação.

Nota-se que, nos Estados Unidos, a legislação não negligenciou a importância da capacitação como instrumento fundamental a fim de que novas metodologias de resolução de conflitos sejam efetivamente adotadas pelos agentes públicos. A Lei da Mediação, por outro lado, nada menciona a respeito da necessidade de conhecimento das técnicas de mediação, negociação e demais métodos por aquele servidor público que conduzirá a autocomposição.

Muito embora a ausência de uma exigência expressa, em uma leitura mais sistemática da lei é possível afirmar que deverão as câmaras administrativas contar com um mediador capacitado, no caso de atuação de um terceiro facilitador, seja ele funcionário público ou não. Tal exigência decorre do que diz o seu art. 9º, ao permitir que atue como mediador extrajudicial “qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação”.

Com efeito, a autocomposição a ser realizada nas câmaras administrativas, com auxílio de um terceiro facilitador ou não, configura-se em procedimento extrajudicial e, o acordo levado a termo, um título executivo extrajudicial (art. 32, § 3º). Não há razão, portanto, para afastar a concepção de um mediador capacitado quando se tratar de mediação envolvendo os entes públicos.<sup>27</sup>

Uma vez que está se tratando de uma mudança de paradigma na solução de controvérsias pela administração, é de se supor que somente a

---

<sup>27</sup> Da leitura dos diplomas normativos que tratam da instalação das câmaras administrativas no âmbito das advocacias públicas, somente se observa a menção expressa à capacitação no Decreto nº 64.050/2019 (art. 4º, parágrafo único), do estado de Alagoas.

legislação não será suficiente para promover a almejada consensualidade. Faz-se necessário que os servidores públicos se apropriem das técnicas referentes à negociação e à mediação e sintam-se confortáveis na sua utilização, inclusive com o convencimento de que se trata de boa alternativa à tradicional delegação ao Poder Judiciário para imposição de decisão.

Neste sentido, também, a relevância da identificação de um responsável pela implementação paulatina dos métodos autocompositivos em determinado ente público, sob pena de pouca ou nenhuma utilização da possibilidade prevista no art. 32 da Lei da Mediação. A designação de uma pessoa capacitada para identificar situações em que a mediação ou a negociação possam ser aplicadas, bem como para servir de referencial de suporte às dificuldades a serem enfrentadas, tudo com respaldo do gestor, certamente contribui para a difusão da nova cultura.

### 2.3 “Neutrals”

A Lei da Mediação não define quem será o terceiro facilitador (mediador ou conciliador) no caso de conflito envolvendo a administração pública. Por outro lado, a atuação do advogado público na condição de mediador pode gerar alguns questionamentos em relação a sua imparcialidade na condução do procedimento consensual, sobretudo quando do outro lado do conflito está algum sujeito privado.

A imparcialidade, de fato, constitui-se em premissa fundamental na atuação do mediador e, para o advogado público, essa regra não pode ser diferente nem amenizada. O que se acredita é que, uma vez optando o regulamento da câmara administrativa pela atuação do advogado público como mediador, deverá ele observar esta condição *sine qua non*, sob pena de todo o procedimento perder sua credibilidade.

Sobre a suspeita de que servidor público não pode atuar como mediador em casos envolvendo entes públicos, Lawrence Susskind e Connie Ozawa<sup>28</sup> ponderam que se trata de problema muito mais teórico que prático, pois, uma vez percebido por uma das partes que há parcialidade do mediador, não há mais interesse no procedimento. Obtém-se a confiança por meio da

---

<sup>28</sup> SUSSKIND, Lawrence; OZAWA, Connie. Mediated negotiation in the public sector: the planner as mediator. *Journal of Planning Education and Research*, v. 4, n. 1, p. 5-15, 1984.

atuação e do profissionalismo do mediador, na mesma lógica do que ocorre nas mediações privadas, portanto.

A respeito do assunto, o *Adra* de 1996, que aperfeiçoou o ato editado em 1990, deixa claro que o *neutral* pode ser funcionário permanente ou temporário do governo, ou, então, qualquer outro indivíduo que seja aceito pelas partes para auxiliar no procedimento. A ressalva consiste na inexistência de conflito formal, financeiro ou pessoal com o objeto da controvérsia, a não ser que tal conflito seja divulgado às partes e, mesmo assim, elas concordem com a atuação do *neutral* na tentativa de solução do caso.

## 2.4 Confidencialidade

A Lei da Mediação dedica os arts. 30 e 31 para tratar da confidencialidade na mediação, de modo geral. Trata-se de característica essencial do procedimento, cujas exceções são pontuadas pelo legislador: vontade expressa das partes de revelação do seu conteúdo; a divulgação é exigida por lei ou é necessária para o cumprimento de acordo obtido pela mediação.

Ao tratar da autocomposição na administração pública, nada é mencionado acerca da observância da confidencialidade pelos entes públicos. Essa ausência vem sendo objeto de muita reflexão pela doutrina,<sup>29</sup> pois há dispositivo constitucional expresso que alça a publicidade a princípio fundamental dos atos da administração (art. 37, *caput*).

Nos Estados Unidos, foi necessário um aperfeiçoamento do tema quando da edição do *Adra* de 1996. Conforme define o professor Jeffrey Senger,<sup>30</sup> o congresso norte-americano não estava convencido da importância da confidencialidade nos processos de *ADR* quando da promulgação da primeira versão do *Adra*, em 1990.

---

<sup>29</sup> Sobre o tema, convém mencionar a reflexão trazida por Tatiana Heck e Luciana Bombino (LINN HECK, Tatiana; BOMBINO, Luciana Marques. *Princípio da confidencialidade e princípio da publicidade: incidência e limites sobre as tratativas conciliatórias na administração pública*. Porto Alegre: Revista da ESDM, 2019. Seção temática — Autocomposição, p. 135), para quem deve haver uma cedência recíproca entre os princípios da confidencialidade e da publicidade, quando se trata de mediação envolvendo a administração e o particular: “entre tais extremos, parece que o melhor caminho seja adotar o princípio da publicidade diferida ao procedimento conciliatório, garantindo aos órgãos e entidades da Administração Pública um ambiente sereno e confiável para a exposição honesta de suas dificuldades, mas franqueando, na sequência, ampla publicidade ao documento final produzido em seu bojo, qual seja, o acordo”.

<sup>30</sup> SENER, Jeffrey M. Turning the ship of State. *Journal of Dispute Resolution*, p. 79, 2000. Disponível em: <https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2000/iss1/10>. Acesso em: 1º dez. 2019.

Não havia, portanto, exceção à possibilidade de qualquer cidadão requerer cópia de processos de resolução de disputas, ainda que confidenciais, com base na Lei de Livre Acesso à Informação (*Freedom of Information Act — Foia*, 1966). A partir de 1996, restou definido que as comunicações confidenciais entre as partes e o *neutral* estão excepcionadas do livre acesso dado pelo *Foia*.

No Brasil, há também quem defenda que os procedimentos administrativos de mediação devem ser disponibilizados conforme as regras da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011).<sup>31</sup> Mais uma vez, concorda-se com a ponderação de Tatiana Heck e Luciana Bambino<sup>32</sup> acerca da maneira como incide a referida lei sobre os procedimentos de autocomposição:

Ora, o procedimento conciliatório nada mais é que uma série concatenada de atos que têm como escopo a celebração do acordo. Por conseguinte, o acordo, firmado pelos interessados por meio de um termo de conciliação, é que é o ato final do procedimento. Quaisquer outros atos ou deliberações efetuadas no curso do procedimento têm natureza de atos preparatórios e, como tais, estão amparados pelo sigilo, nos termos do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.257/2011, combinado com os arts. 3º, XII, e 20 do Decreto nº 7.724/2012.

Assim, preserva-se a confidencialidade enquanto não firmado o acordo e respeita-se um dos princípios mais informadores do procedimento da mediação, ainda que envolvendo a administração pública.

### 3. As conclusões do relatório de 2016 a respeito do desenvolvimento de ADR no governo federal norte-americano: tendências e desafios

No ano de 1998, o então presidente dos Estados Unidos, Bill Clinton, determinou a criação de um comitê intergovernamental, sob a coordenação do advogado-geral do país, cuja responsabilidade consiste em facilitar, encorajar e coordenar os programas de resolução de disputas de cada agência.

---

<sup>31</sup> Por todos, ver: PEIXOTO, Ravi. *Sobre o princípio da confidencialidade na mediação e na conciliação*. 2016. Disponível em: [www.adambrasil.com/sobre-o-principio-da-confidencialidade-na-mediacao-e-na-conciliacao/](http://www.adambrasil.com/sobre-o-principio-da-confidencialidade-na-mediacao-e-na-conciliacao/). Acesso em: 20 nov. 2019, para quem a publicidade nos procedimentos de mediação só deve ceder nas hipóteses de exceção de sigilo previstas na Lei de Acesso à Informação.

<sup>32</sup> Tatiana Linn Heck e Luciana Marques Bombino, *Princípio da confidencialidade e princípio da publicidade*, op. cit., p. 136.

Ainda, incumbiu a esse grupo de trabalho a elaboração de relatórios periódicos, os quais devem demonstrar ao gabinete da presidência a evolução da implementação de *ADR* no âmbito do governo.

Da leitura do último relatório elaborado naquele país, de 9 de janeiro de 2017,<sup>33</sup> é possível extrair algumas conclusões que se reputam úteis para o atual estágio em que se encontra o Brasil, no que diz respeito à implementação da autocomposição pela administração. Ademais disso, não se ignora o envolvimento do presidente da República neste mister, nem bem da importância da criação de um comitê transversal à estrutura do governo norte-americano, cuja elaboração de relatórios, entre outras atividades, permite obter um panorama da evolução das *ADRs* como método de solução de disputas.

O relatório em questão foi elaborado após mais de 20 anos do ato que autorizou e encorajou as agências a utilizarem as *ADRs*, onde se pode perceber o amadurecimento nos programas de resolução de disputas e as principais tendências no uso de *ADR* pelo governo norte-americano. O trabalho foi gerado a partir de uma pesquisa sobre os programas de resolução de disputas em 47 agências do governo norte-americano e é dividido em duas partes: a primeira destaca os benefícios e as tendências dos métodos alternativos no governo e a segunda dá exemplos dessas tendências por meio de programas específicos.

A primeira tendência identificada diz respeito ao momento da utilização dos métodos alternativos, em que a reação é substituída pela prevenção. O relatório aponta que uma intervenção antecipada das técnicas de *ADR* impede o escalonamento dos conflitos e, igualmente, proporciona a possibilidade de o órgão descobrir problemas sistêmicos, solucionando-os de forma proativa.

A segunda tendência encontrada relaciona-se com a adaptação das técnicas de *ADR* a serem utilizadas, conforme a situação e as pessoas envolvidas em determinado conflito. Não há apego a um só formato, mas sim a elaboração de um desenho procedimental conforme exige cada casa concreto. Neste ponto, conforme já ressaltado anteriormente, entende-se que a Lei de Mediação dá essa liberdade aos entes públicos, ao fazer constar o

---

<sup>33</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice, Office of the Attorney General, Report of Interagency Alternative Dispute Resolution Working Group. *Report for the president on significant developments in federal alternative dispute resolution*. jan. 2017. Disponível em: [www.adr.gov/pdf/2016-adr-rpt.pdf](http://www.adr.gov/pdf/2016-adr-rpt.pdf). Acesso em: 1º dez. 2019.

termo “autocomposição”, sem delimitação quanto à forma a ser adotada (se conciliação, mediação, negociação etc.).

Em seguida, o relatório traz a informação de que houve expansão da utilização de *ombudsman* pelas agências, tanto para receber questões externas ao órgão quanto para receber demandas de seus empregados. Trata-se de profissionais que atuam com imparcialidade, confidencialidade e com acesso direto à chefia do órgão.

Por fim, destaca o trabalho em que o uso da tecnologia foi fator fundamental para expandir as atividades de *ADR*. A utilização de recursos de tecnologia permite que o serviço de *ADR* seja oferecido a agentes distantes da sede da agência, além de permitir criar plataformas online de discussões e de treinamento para os servidores envolvidos com o desenvolvimento da atividade.

Sobre as barreiras enfrentadas pelo governo federal norte-americano para a utilização de *ADR*, Jeffrey M. Senger<sup>34</sup> elege alguns pontos que merecem ser aprimorados, tais como: a mentalidade predominante do litígio, em que advogado bom é aquele que combate e não aquele que faz acordos; a falta de experiência e de conhecimento na metodologia de *ADR*; experiência negativa anterior com mediadores mal preparados; falta de recursos e de suporte para a implementação dos programas; a negociação do interesse público, que impediria o advogado do governo de efetivamente trocar ideias com a outra parte, mas somente propor uma única opção de acordo; falta de identificação da autoridade pública que realizará o acordo, com legitimidade; preocupação com a confidencialidade do procedimento.

Ao transportar as barreiras anteriormente relatadas para o cenário do Brasil, é possível afirmar que todas também fazem parte da realidade da administração pública brasileira. Além da mudança comportamental, no Brasil há ainda o agravante de que o direito público possui tratamento diferenciado, configurando-se o próprio regime jurídico-administrativo uma barreira em si para a adoção da consensualidade. Além disso, convive-se com a possibilidade de revisão ou anulação dos procedimentos de consensualidade, seja pelos órgãos de controle, seja pelo Judiciário,<sup>35</sup> além do medo da responsabilização funcional pelos servidores públicos envolvidos no procedimento.

---

<sup>34</sup> Jeffrey M. Senger, *Turning the ship of State*, op. cit., p. 87-95.

<sup>35</sup> De acordo com o que já mencionado, o direito administrativo brasileiro é resultado da convergência de regras tanto do sistema da *common law* quanto da *civil law*. A possibilidade de revisão judicial dos atos da administração é decorrente dos países anglo-saxões, notadamente dos Estados Unidos. Sobre o tema, conferir: AZEVEDO NETO, Flávio Marques de. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, 2015.

No que diz respeito à responsabilização dos servidores públicos, a Lei da Mediação tratou de afastá-la na hipótese de autocomposição extrajudicial, a não ser que incida em dolo ou fraude.<sup>36</sup> A preocupação do legislador em resguardar o servidor público acautela o procedimento contra imprevisíveis impugnações e, ao mesmo tempo, revela o quão necessário se fazem os incentivos para que a autocomposição seja conduzida com segurança e confiabilidade.

## Considerações finais

A adoção da consensualidade para a resolução extrajudicial de conflitos envolvendo a administração pública vem ocorrendo de maneira gradual e relativamente recente, tendo como marco normativo a Lei da Mediação, de 26 de junho de 2015. Buscou-se analisar neste trabalho de que forma o referido diploma legal insere a autocomposição como metodologia de solução de conflitos pelo poder público, com ênfase na sua comparação com o *Adra*, editado nos Estados Unidos no ano de 1990, com reedição em 1996.

Não obstante a diferença na tradição jurídica dos dois países — Brasil e Estados Unidos —, em especial pelo fato de aqui se adotar um regime jurídico-administrativo próprio para a administração pública, foi possível identificar pontos em comum no que diz respeito à mudança de paradigma para que os métodos alternativos sejam efetivamente implementados pelo governo. Destacaram-se a autorização expressa para a realização de acordos, a designação de especialista em autocomposição, a capacitação e o tratamento da confidencialidade como itens relevantes a fim de que a consensualidade avance de forma segura e bem-sucedida no âmbito das relações dos entes públicos.

Por fim, foram expostas algumas das conclusões constantes no último relatório elaborado pelo governo norte-americano (2017), em que são elencadas as tendências na utilização de *ADR* naquele país. A partir da reflexão sobre a prática já experimentada nos Estados Unidos, permite-se concluir que somente a Lei da Mediação não será suficiente para que o Poder Judiciário se

---

<sup>36</sup> Diz o art. 40: “Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem”.



torne apenas uma das opções ou, até, a opção secundária para resolução dos conflitos envolvendo o poder público no Brasil. Faz-se necessário um maior engajamento no desenvolvimento dos métodos consensuais, seja por meio de aperfeiçoamento legislativo, seja por meio de políticas institucionais mais efetivas, a serem respeitadas e seguidas por todos aqueles que operam com o sistema de justiça.

## Referências

AZEVEDO NETO, Floriano Marques de. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019: ano-base 2018*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf](http://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf). Acesso em: 23 out. 2019.

CARDOSO, Christiana Beyrodt; EIDT, Elisa; BARBOSA, Pedro Ivo Biancardi Barbosa; SALVO, Silvia H. P. G. J. di. Estudo de caso: conciliação CCAF NUP: 000895.000385/2017-34 de 2018 — repasse de recursos públicos ao Hospital São Paulo da Unifesp. In: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo (Coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (Org.). *Acordos administrativos no Brasil*. Teoria e prática. São Paulo: Almedina, 2020. p. 567-581.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.

EIDT, Elisa Berton. *Autocomposição na administração pública*. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2017. Disponível em: [www.essenelmondo.com/pt/direito-autocomposiCAo-na-administraCAo-pUblica-ebook100.php](http://www.essenelmondo.com/pt/direito-autocomposiCAo-na-administraCAo-pUblica-ebook100.php). Acesso em: 10 nov. 2019.

ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos*. Hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice, Office of the Attorney General, Report of Interagency Alternative Dispute Resolution

Working Group. *Report for the president on significant developments in federal alternative dispute resolution*. Jan. 2017. Disponível em: [www.adr.gov/pdf/2016-adr-rpt.pdf](http://www.adr.gov/pdf/2016-adr-rpt.pdf). Acesso em: 1º dez. 2019.

FALECK, Diego. Comentários ao artigo 174. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (Coord.). *Código de Processo Civil anotado*. Curitiba; São Paulo: OSB/PR; AASP, 2019. p. 294-304. Disponível em: [www2.oabpr.org.br/downloads/NOVO\\_CPC\\_ANOTADO.pdf](http://www2.oabpr.org.br/downloads/NOVO_CPC_ANOTADO.pdf). Acesso em: 1º nov. 2019.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GABBAY, Daniela Monteiro; DA COSTA, Susana Henriques; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 6, n. 3, p. 152-181, 2019.

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, ed. esp. LINDB, p. 135-169, nov. 2018.

LINN HECK, Tatiana; BOMBINO, Luciana Marques. Princípio da confidencialidade e princípio da publicidade: incidência e limites sobre as tratativas conciliatórias na administração pública. Porto Alegre: *Revista da ESDM*, 2019. Seção temática — autocomposição, p. 125-143.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEIXOTO, Ravi. *Sobre o princípio da confidencialidade na mediação e na conciliação*. Disponível em: [www.adambrasil.com/sobre-o-principio-da-confidencialidade-na-mediacao-e-na-conciliacao](http://www.adambrasil.com/sobre-o-principio-da-confidencialidade-na-mediacao-e-na-conciliacao). Acesso em: 20 nov. 2019.

REUBEN, Richard C. Constitutional gravity: a unitary theory of alternative dispute resolution and public civil justice. *Ucla L. Rev.*, v. 47, p. 949-1104, 1999.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de conflitos: família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SENGER, Jeffrey M. Turning the ship of State. *Journal of Dispute Resolution*, p. 79-96, 2000. Disponível em: <https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2000/iss1/10>. Acesso em: 1º dez. 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Chi è dunque il Terzo? Riflessioni su società e conflitto*. Florença: Classi, 2019. v. 1.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação*. Por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Dicionário de mediação volume 1 — A-L*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019. v. 1.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos: da teoria à prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco. As possibilidades de autocomposição regulamentadas pela Lei nº 13.140/2015 em conflitos da administração pública federal. *Revista da Faculdade de Direito da Uerj*, v. 15, p. 179-199, 2018.

SUSSKIND, Lawrence; OZAWA, Connie. Mediated negotiation in the public sector: the planner as mediator. *Journal of Planning Education and Research*, v. 4, n. 1, p. 5-15, 1984.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense; Método, 2015.