

O Procurador do Estado como mediador de conflitos: incompatibilidade ou autonomia da vontade?

Marcílio da Silva Ferreira Filho

Doutorando pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Membro Pesquisador nos grupos de pesquisa “Desafios do Controle da administração pública Contemporânea” e “Cortes Constitucionais e Democracia”, ambos registrados no CNPq. Ocupante do cargo efetivo de Procurador do Estado de Goiás, sendo também advogado privado especializado em Direito Público. Professor de Direito e palestrante, bem como autor de obras e artigos jurídicos. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2817314211126999>>. E-mail: <marciliosff@gmail.com>.

Resumo: O presente artigo visa analisar a validade da seguinte tese: *o Procurador do Estado pode figurar como mediador de conflitos no âmbito administrativo, desde que não esteja representando o Estado no conflito específico e haja consentimento da outra parte*. A hipótese será analisada utilizando-se de uma base bibliográfica, considerando o argumento contraposto entre autonomia da vontade e independência do mediador.

Palavras-chave: Advocacia Pública. Consensualidade. Mediação. Procurador do Estado.

Sumário: 1 Introdução – 2 Consensualidade e o papel da mediação nos conflitos administrativos – 3 Estruturas administrativas repensadas no cenário de eficiência – 4 Procurador do Estado como mediador de conflitos – 5 Conclusão – Referências

1 Introdução

A complexidade das relações sociais e econômicas impõe uma releitura das estruturas tradicionais nos mais diversos ramos do conhecimento (empresarial, Jornalismo, Psicologia, Direito, entre outros). A evolução da humanidade desde o momento pré-industrial, passando ao processo de industrialização propriamente dito até chegar ao momento atual, em que prevalece cada vez mais a tecnologia da informação,¹ é um dos aspectos que remontam a importância da consensualidade, especialmente diante da multiplicidade e profundidade de conflitos.

Os impactos dessa exigência de reformulação da estrutura de *pensar e praticar* refletem diretamente em todos os ramos, inclusive no Direito. A complexidade dos conflitos que são enfrentados a cada dia no âmbito jurídico, especialmente pelo conjunto de fenômenos atuais (v.g. constitucionalização do Direito, judicialização da política, politização do Judiciário, pluralidade de normas regulamentares, etc.) que impõe um maior

¹ Essa perspectiva é abordada por Manuel Castells, afirmando que a sociedade atual funciona como uma espécie de rede de informações, chegando a afirmar que “nossas sociedades estão cada vez mais estruturadas em uma oposição bipolar entre a Rede e o Ser” (CASTELLS, 2016, p. 63).

protagonismo das Cortes Judiciais, vem fomentando uma mudança de perspectiva, agora pregadora de uma filosofia voltada à consensualidade e à redução da litigiosidade.

Ciente das transformações que se têm promovido no cenário atual para viabilizar uma cultura consensual no âmbito dos conflitos administrativos, pretende-se enfrentar neste trabalho um problema estrutural atinente à função do mediador. Pela dificuldade do Estado em utilizar de estruturas de mediação judiciais e mesmo pelas dificuldades de vinculação/contratação de profissionais e organizações privadas, o objetivo deste trabalho é analisar como a Administração Pública pode se valer de sua própria corporificação para viabilizar a mediação no âmbito administrativo interno, por meio do seu corpo de advogados públicos, com recorte metodológico voltado aos Procuradores do Estado.

Pela necessidade de promover um recorte metodológico na abordagem do presente trabalho, pretende-se avaliar a validade da seguinte tese: *o Procurador do Estado pode figurar como mediador de conflitos no âmbito administrativo, desde que não esteja representando o Estado no conflito específico e haja consentimento do ente privado*.

O ponto central é analisar a possibilidade de atuação do Procurador na hipótese em face dos princípios da *independência/autonomia do mediador* e da *autonomia da vontade* das partes.

2 Consensualidade e o papel da mediação nos conflitos administrativos

É comum no senso vulgar a afirmação de que “o Estado não faz acordo”. A figura simbólica de uma Administração Pública pautada na ideia de verticalidade e imperatividade em face dos administrados é algo arraigado na cultura administrativista do Brasil. Porém, essa constatação não é injustificada ou isolada.

A doutrina da *puissance publique* originária do Direito francês influenciou o Direito Administrativo brasileiro, assim como os institutos jurídicos de outros países de cultura romano-germânica, cuja filosofia se caracterizava pela relação unilateral e impositiva entre Administração e administrado. A própria noção de Estado de Direito, pautado na idealização da “lei” como instrumento de perfeição na era do liberalismo, afastava a perspectiva da figura contratual//consensual² no dia a dia da Administração Pública. O surgimento do Estado de Direito (em sua primeira perspectiva de cunho liberal), em contraponto ao Estado absolutista, tinha por perspectiva de limitar atuações abusivas dos governantes, diminuindo-lhe a sua liberdade de atuação e submetendo a vontade estatal à legitimação pública.

A intervenção da máquina administrativa, na era do Estado Social e, um pouco menos focada – mas ainda presente de forma indireta –, no Estado regulador, passou a impor a busca por soluções aos problemas cotidianos enfrentados pela Administração Pública em uma era de crises e complexidades cada vez mais profundas.³ Houve, efetivamente, uma mudança da realidade socioeconômica nas mais diversas áreas de intervenção estatal, como nos serviços de telecomunicações, energia elétrica, exploração de petróleo, trânsito, transporte e assim por diante.

Essa complexidade, inclusive, fez com que o Estado mesmo procurasse retraindo a sua intervenção, que, nas últimas décadas, deixa de ser uma intervenção direta (prestação pessoal dos serviços), passando para uma intervenção indireta (direito regulatório). Essa complexidade social e econômica exige um novo pensamento administrativo a se adequar às suas características, principalmente para servir em maior compasso às necessidades da população.

Entre as complexidades mencionadas, hoje é constatado o problema da elevada litigiosidade com participação do Estado, que atrapalha a prestação qualificada jurisdicional, fato relatado por diversas vezes no “Justiça em Números” do CNJ. A quantidade de conflitos administrativos e judiciais, dos quais a Administração Pública faz parte, tem como consequência uma série de dificuldades quando não se busca amenizar o problema mediante políticas públicas alternativas, podendo-se mencionar exemplificadamente: descrédito na eficiência administrativa; lentidão do Poder Judiciário; falta de legitimidade das decisões administrativas; utilização de meios escusos para solução de problemas; etc.

Essas questões, conhecidas amplamente, são intrínsecas à cultura administrativista brasileira, mas podem ser enfrentadas com alternativas, a exemplo da consensualidade. Porém, para se chegar a essa nova perspectiva, alguns falsos dogmas entravam uma filosofia e uma estrutura administrativa voltadas ao consenso nos conflitos administrativos, dogmas estes que precisam ser enfrentados.⁴ Entre eles, os mais comuns no Direito brasileiro são: (a) princípio da legalidade como impeditivo a uma decisão consensual; (b) supremacia e indisponibilidade do interesse público como limitador de uma renúncia parcial de direitos; (c) exigência de impessoalidade, a impedir o tratamento não isonômico dos administrados.

Esses dogmas, no entanto, não podem servir de óbice à readequação do pensamento jurídico. O Direito tem como uma das suas funções viabilizar ordenadamente a vida social, não impedir o seu funcionamento. Dessa maneira, prender-se a dogmas antigos que não se compatibilizam com as necessidades da coletividade, sem repensá-los em face da complexidade atual, não é algo consentâneo com a própria essência do Direito.⁵

² Aqui, preferimos nos eximir de adentrar na análise das diferentes perspectivas sobre a natureza contratual dos acordos realizados pelo Estado, a fim de viabilizar a abordagem focalizada do tema. A nosso ver, na atualidade, a natureza consensual dos acordos firmados, apesar de ainda sofrer certa resistência, vem sendo reconhecida pela maioria dos autores. Para maior aprofundamento sobre a natureza jurídica, conferir: MAURER, 2011, p. 376. Sobre a evolução histórica das relações contratuais, consultar também: PARADA, 2015, p. 159 e ss.

³ A mediação é tida como instrumento de relevância no direito regulatório, especialmente para solucionar conflitos entre os agentes regulados. Já se registrou que “o adequado exercício do instituto da mediação pelos órgãos reguladores gera eficiência no desempenho das Agências Reguladoras, além de agregar valor à atividade regulatória, com reflexos positivos no segmento dos serviços públicos concedidos, de maneira a permitir que sejam efetivamente alcançados os objetivos precípuos da regulação, viabilizando a prestação do denominado serviço adequado, previsto na Lei Federal de Concessões, com a plena satisfação de seus usuários, das concessionárias e permissionárias, poderes concedentes e de toda a sociedade em geral” (JUNQUEIRA, 2009).

⁴ É evidente que a mera mudança da legislação para passar a prever instrumentos e propostas de consensualidade não será suficiente para mudar a cultura administrativa. Nesse sentido, é interessante registrar, a título de exemplo, a quantidade de acordos firmados pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), que, entre os anos de 2007 a 2016, mostrou um crescimento no número de transações realizadas, mas mesmo assim mantendo em quantitativo muito baixo perto do número de litígios federais. Em 2007, a Câmara registrou apenas 3 acordos, enquanto que, em 2016, o mesmo órgão registrou 31 transações. Percebe-se, portanto, a baixa incidência de solução de casos pela via consensual no âmbito do referido órgão. Os dados mencionados foram obtidos por meio do sistema de acesso à informação junto à Advocacia-Geral da União.

⁵ “[...] a consensualidade impõe novas leituras de clássicas teorias do direito administrativo, a exemplo da legalidade e do controle judicial, dada a dinâmica de atuação por meio de acordos administrativos, que não se coaduna com as construções teóricas erigidas no contexto do Estado Liberal para lidar com o modelo de atuação administrativa típica” (PALMA, 2015, p. 295).

Os três argumentos não devem prevalecer para impedir a atuação consensual do Estado. O princípio da legalidade não é impeditivo à realização de acordos pelo Estado, seja porque a própria lei pode autorizar tais atos consensuais, seja porque as decisões administrativas – embora sejam tomadas com base na lei – não são exauridas em dispositivos legais.⁶ Da mesma maneira, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público não podem ser levantadas como ditames impeditivos da consensualidade, pois o conceito de interesse público é indeterminado e deve ser adequado às necessidades contemporâneas.⁷ Por fim, a realização de acordos pela Administração Pública não significa a quebra de isonomia, pois cada caso possui suas peculiaridades, e as decisões consensuais não significam quebra de tratamento igualitário por isso.

A Administração Pública atual deve buscar reduzir riscos, adequar-se à complexidade social e econômica de maneira a aderir a uma noção eficiente do sistema.⁸ As estruturas jurídicas tradicionais possuem sua importância, mas não podem configurar entraves injustificados à melhoria da atuação administrativa e, conseqüentemente, do bem-estar social. No Direito brasileiro, vários setores já vêm permitindo aos poucos a consensualidade, muito embora não haja ainda uma estrutura geral para o assunto (uma lei autorizativa geral de transação). O próprio Direito Tributário, que possui uma certa limitação no discurso quando o tema é acordo pela Fazenda Pública, é área que vem construindo base teórica interessante nesse campo.⁹

Entre as tendências atuais do Direito Administrativo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro

aponta três importantes na contextualização da consensualidade administrativa. A primeira delas é a tentativa de instauração de uma Administração Pública Gerencial, em oposição à noção de burocracia. A segunda é a reação contra o princípio da supremacia do interesse público, no sentido de reconstruí-lo. A terceira é a tentativa de fuga do Direito Administrativo para o âmbito privado. Em ambos os casos, a autora reforça, no entanto, que boa parte das tendências tem sido frustrada pelas limitações naturais da Administração Pública e seu regime jurídico de cultura romano-germânica.¹⁰

No Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/15 – CPC/15), muito embora se garanta a inafastabilidade de jurisdição (em decorrência do próprio Texto Constitucional, art. 5º, XXXV), a consensualidade é tratada como medida preferencial, determinando-se, inclusive, um encargo ao Estado, ao prever que ele “promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (art. 3º, §2º). Diversas são as formas de consensualidade, no que podemos citar a transação direta, a mediação, a conciliação, etc. A arbitragem, embora se enquadre como meio alternativo de solução de conflitos, apenas possui como consensual o ato inicial (compromisso ou convenção arbitral), porém a decisão proferida é impositiva (heterocomposição), motivo pelo qual se optou por fazer um recorte metodológico, excluindo-a desta análise.

Poucos meses após a promulgação do CPC/15, foi editada a Lei nº 13.140/2015, que tratou da *mediação* no âmbito da Administração Pública, trazendo disposições para fomentar o uso desse instrumento na composição de conflitos. A mediação passou a ser permitida expressamente pela legislação em litígios de cunho administrativo, demonstrando a intenção em se promover a filosofia consensual dentro do Estado.

A aplicabilidade dessa nova filosofia¹¹ e desses dispositivos, porém, ainda suscita dúvidas recorrentes, especialmente por se tratar de uma quebra de paradigma. A Administração Pública é regida por uma série de princípios e envolvida por uma cultura eminentemente burocrática, ainda não adaptada totalmente aos ditames da era da tecnologia da informação, que exige maior agilidade

⁶ “[...] o sentido moderno do princípio da legalidade não implica a vedação para que o Estado celebre transações, sobretudo quando é a própria lei que o estabelece. Por outro lado, a indisponibilidade dos bens públicos significa apenas que o Poder Público não pode disponibilizar seus recursos com total liberdade, como o fazem os particulares em geral; mas, por outro lado, nada impede que os empregue dentro de parâmetros de necessidade, utilidade e razoabilidade, até porque semelhante atividade se configura como gestão dos interesses públicos, o que não se confunde com indisponibilidade” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1.036).

⁷ “Não se mostra adequado invocar tal princípio como impedimento à realização de acordos, à utilização de práticas consensuais e da arbitragem pela Administração. Na verdade, o interesse público realiza-se plenamente, sem ter sido deixado de lado, na rápida solução de controvérsias, na conciliação de interesses, na adesão de particulares às suas diretrizes, sem os ônus e a lentidão da via jurisdicional” (MEDAUAR, 2016, p. 163).

⁸ A ideia de uma reformulação da moldura jurídica que dá base à atuação administrativa tem proximidade com a noção de reflexividade proposta por Sérgio Guerra para o direito brasileiro. Segundo o autor, essa reflexividade não seria uma mera nomenclatura nova para discricionariedade, mas sim uma nova visão sobre a atuação administrativa, com pautas distintas baseadas no consenso entre Estado e sociedade (GUERRA, 2015, p. 208-209).

⁹ Cf. OLIVEIRA, 2015; SARAIVA FILHO; GUIMARÃES, 2008; GODOY, 2010; NABAIS, 1994.

¹⁰ DI PIETRO, 2011, p. 36-39.

¹¹ O incentivo à cultura consensual decorrente da atualidade vem incentivando alguns autores a engajarem uma nova denominação: Administração consensual. Neste trabalho, prefere-se evitar o uso de tal nomenclatura, uma vez que, pelo menos no Brasil, a cultura consensual no seio do Estado ainda não se evidencia. Talvez possa se falar em uma tentativa de implantar esse pensamento, mas as estruturas administrativas criadas e mesmo o pensamento dos agentes públicos não permite falar em uma Administração pautada pela filosofia eminentemente consensual.

e *expertise* no tratamento da informação e nas relações humanas. Logo, o amadurecimento dos diversos aspectos em sua atuação se faz necessário para viabilizar a concretização dos novos institutos jurídicos.

Em decorrência dessa necessidade de readequação aos ditames da sociedade atual, discute-se como viabilizar um ambiente adequado à filosofia consensual, seja no seu aspecto jurídico, seja no que concerne ao ponto de vista estrutural. A criação de estruturas administrativas voltadas à solução consensual de conflitos é um ponto interessante de discussão, especialmente quando se avalia a utilização da própria estrutura administrativa existente para tal finalidade.

3 Estruturas administrativas repensadas no cenário de eficiência

O exercício da função administrativa de maneira burocrática, com gastos e formalidades excessivas, não se compatibiliza com o contexto social e econômico atual, conforme apontado. Mas a questão não para por aí. Além disso, a filosofia imperativa e vertical, sem reanálise das estruturas tradicionais, atenta contra o próprio Texto Constitucional, na medida em que o princípio da eficiência foi erigido como um dos pilares da Administração Pública no seu art. 37, *caput*.

Defende Celso Antônio Bandeira de Mello que o princípio da eficiência é uma decorrência do implícito sobreprincípio da boa administração, tipicamente estudado no Direito italiano. Segundo o referido autor: “o fato é que o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da ‘boa administração’”.¹²

Não se nega a importância do cumprimento de regras limitadoras dos poderes estatais, afinal, a conquista da legalidade decorrente do Estado de Direito é inegável, e não pode ser afastada para validar interesses particulares. Todavia, o próprio conceito de legalidade, diante da pluralidade de fontes atuais, comporta uma extensão maior do que outrora. O Estado Democrático de Direito não fica preso apenas à lei em sentido formal, mas sim volta aos olhos a um processo maior de eficiência, pluralidade e participação da população, que é a detentora verdadeira de todo poder.

Nesse sentido, a consensualidade na relação entre Administração e administrado muito mais se compatibiliza às novas noções aplicáveis ao Estado do que a mera ideia de imperatividade

e verticalidade. Onofre Alves Batista Júnior bem destaca:

O Estado Democrático de Direito (eficiente, pluralista e participativo) exige, dessa forma, uma necessária melhoria do funcionamento dos órgãos decisórios estatais. É fundamental para o Estado que a Administração Pública se torne mais dúctil e flexível; exige-se, com maior intensidade, eficiência da máquina pública. Por outro giro, tornam-se necessário a negociação e um amplo e aberto diálogo entre os grupos de interesse e, sobretudo, destes com os órgãos do Estado, mediante debates permanentes, nos quais se possam contrapor forças sociais, interesses e ideias, de forma a propiciar o esclarecimento, a modelagem e a alteração das metas políticas de um Estado que necessita ser ‘prospectivo’.¹³

As razões do autor se adequam às propostas atuais, inclusive quando analisadas as estruturas administrativas de outros países, que contam também com previsões consensuais, como ocorre nos Direitos italiano, alemão, norte-americano, espanhol, etc. O próprio Direito alemão, que muito contribuiu para a base teórica do Direito Administrativo brasileiro, contém previsão expressa em sua lei de procedimento administrativo (VwVfG).¹⁴ No Brasil, porém, ainda se enfrentam dificuldades culturais e estruturais para se admitir a consensualidade no âmbito do Estado.

Juliana Banacorsi Palma defende que essa cultura repressiva e vertical decorre de quatro fatores:

(i) legado histórico da Administração Pública como centro de exercício da autoridade estatal; (ii) compreensão da prerrogativa sancionadora como dever-poder; (iii) valorização dos efeitos da sanção administrativa; e (iv) demanda repressiva tanto por parte da própria Administração Pública quanto pelos órgãos de controle.¹⁵

Esses entraves no pensamento jurídico brasileiro se mantêm em descompasso com as necessidades sociais e econômicas, apesar de delimitadas. Especialmente pela necessidade de uma atuação finalística voltada ao interesse

¹³ BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 48.

¹⁴ Comentando sobre a transação no Direito alemão, Hartmut Maurer afirma que a consensualidade “es hoy en día de forma general como un necesario y legítimo instrumento de regulación de la Administración. Posibilita una administración flexible y, sobre todo, adaptable a los casos típicos. Se corresponde particularmente con un concepto de Administración moderno, democrático, de Estado de Derecho, que ve al ciudadano no como mero subordinado, sino como sujeto autónomo de derecho y socio de la Administración, por lo cual, en la medida de lo posible, se le hace participar de forma corresponsable en la gestión administrativa” (MAURER, 2011, p. 389).

¹⁵ PALMA, 2015, p. 296.

¹² MELLO, 2008, p. 122.

público, a filosofia de atos *concertados* (concertação administrativa) se amolda adequadamente à mudança substancial da sociedade na era da informação. Nesse sentido, essa concertação, por vezes necessária, ocorreria em hipóteses nas quais “a Administração renunciaria a fazer valer imperativa e unilateralmente seus poderes e se ajustaria a acordar com os particulares destinatários a aplicação concertada destes, ganhando, ao contrário, uma colaboração ativa dos administrados mais benéfica”.¹⁶

A ideia de consenso, com renúncia parcial de certas prerrogativas estatais, é de difícil inserção cultural em um país baseado na imperatividade e verticalidade, mas que não deve ficar entravado em face das constantes mudanças sociais e econômicas. Não se defende aqui uma liberdade absoluta na realização de acordos, mas sim uma mudança estrutural e profunda das estruturas administrativas para permitir a inserção verdadeira de uma cultura consensual no âmbito da Administração Pública.

A título de exemplo reflexivo, basta analisar que, a despeito da previsão contida no CPC e mencionada anteriormente para que os Estados, DF e Municípios criem Câmaras voltadas aos instrumentos de consensualidade, poucos foram os entes federativos que deram concretização à referida norma.¹⁷ Portanto, essa atuação ainda tímida no que diz respeito à consensualidade precisa ser repensada estruturalmente.

4 Procurador do Estado como mediador de conflitos

Colocada a necessidade de garantia da eficiência e da boa administração no âmbito administrativo, volta-se ao questionamento inicial: *o Procurador do Estado pode figurar como mediador de conflitos no âmbito administrativo, caso não*

esteja representando o Estado no conflito específico e haja consentimento do ente privado?

De início, cabe lembrar o conceito de mediação. Trata-se de um instrumento que visa à autocomposição do conflito. Segundo Luciane Moessa de Souza: “a mediação de um conflito pode ser definida como a intervenção construtiva de um terceiro imparcial junto às partes nele envolvidas, com vistas à busca de uma solução pelas próprias partes”.¹⁸ O mediador, assim, não decide ou intervém no conflito, tendo apenas a função de facilitar o diálogo entre as partes, devendo, nessa atuação, agir de maneira imparcial.

Quando se indaga sobre a possibilidade de um Procurador do Estado atuar como mediador de conflitos administrativos, o problema que surge diz respeito à sua *imparcialidade* ou *independência*. Logo, indaga-se: o fato de o Procurador do Estado ser remunerado pela Administração Pública e possuir com ela um vínculo funcional o torna parcial e dependente, a ponto de impedir a sua atuação como mediador? Entendemos que a questão não é tão simplória quanto pode aparentar.

Sabe-se que o Procurador do Estado atua como advogado público e, nessa função, defende de forma exclusiva o ente federativo, suas autarquias e fundações (princípio da unicidade previsto no art. 132, *caput*, da Constituição Federal de 1988). Ocorre que, nessa atuação, o Procurador pode ou não figurar como representante a depender do sistema de distribuição do órgão público, podendo, inclusive, ser designado para funções administrativas internas de gestão que não são necessariamente de representação em um conflito específico.

Diversas são as hipóteses em que o Procurador do Estado, embora tenha o vínculo funcional e seja remunerado pela Administração Pública, atua como julgador administrativo mediante designação, sem que isso lhe retire a sua imparcialidade. Para inferir tal situação, basta analisar as hipóteses em que o referido advogado público é designado para integrar Conselhos Administrativos, caso típico dos Conselhos Administrativos Tributários (CATs).

O que não é possível, porém, é que o procurador atuante especificamente como representante do Estado no conflito administrativo venha a também mediar, até porque, nessa hipótese, ele é o próprio *representante* da Administração Pública e não um *terceiro*. Todavia, nada impede que um ou mais Procuradores sejam designados especificamente para mediar conflitos administrativos quando estejam desvinculados da defesa do caso, inclusive

¹⁶ Enterría e Fernández, no entanto, não eximem essa suposta nova filosofia de críticas, afirmando que a possibilidade de uma atuação negocial do Estado não é algo de todo inovador. Afirmam os autores ainda que “o ato unilateral garante eficazmente a submissão, mas é incapaz de suscitar o entusiasmo e o desejo de colaboração” (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2014, p. 671-672).

¹⁷ Algumas leis que podemos mencionar tratando do assunto, na sua maioria de maneira tímida: (i) a Lei Estadual nº 14.794, de 17 de dezembro de 2015, no Rio Grande do Sul, com poucos dispositivos sobre a matéria; (ii) Lei Estadual nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011, do Estado de Minas Gerais, que dispõe sobre adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte; (iii) Lei nº 896, de 1º de fevereiro de 2013, do Estado de Roraima, que trata da conciliação e da transação em sede de juizado especial da Fazenda Pública; (iv) além das previsões em Leis Orgânicas de Procuradorias, como o da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, que, por meio da Lei Complementar Estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015, estatui a Câmara de Conciliação da Administração Estadual (CCA).

¹⁸ SOUZA, 2012, p. 55.

se a legislação expressamente o tornar incompatível para atuação no caso em situações futuras.¹⁹

Nessa discussão, há evidentemente um conflito aparente entre dois princípios aplicáveis à mediação: a *autonomia das partes* e a *imparcialidade do mediador*.

A mediação possui como princípio basilar a *autonomia da vontade*.²⁰ Nesse sentido, A mediação não é obrigatória e depende totalmente da vontade das partes para se realizar. Dessa forma, tudo na mediação se rege pela vontade das partes, tanto na base da instauração, como no seu desenrolar e mesmo no seu desfecho.

Por outro lado, a imparcialidade do mediador também é exigência importante. Porém, ela decorre do conhecimento das partes sobre todos os aspectos que possam afetar a atuação do mediador, a fim de evitar que ele possa, de alguma maneira, influenciar no resultado final do procedimento.

Nesse sentido, em um conflito aparente entre os dois princípios, tem-se a seguinte questão: se ambas as partes sabem que o Procurador do Estado possui vínculo funcional com a Administração Pública e mesmo assim o aceitam (seja pela facilidade de acesso, pelo menor dispêndio financeiro, menor burocracia, pelo *know-how* próprio do Procurador com conflitos administrativos, etc.), qual a justificativa para afastar a autonomia da vontade das partes e considerar o procedimento de mediação como nulo por parcialidade do mediador? Não se encontra justificativa para tal conclusão.

Veja-se que, na hipótese aventada no presente artigo, a situação hipotética apresentada impõe que o administrado tenha plena ciência de que o mediador é ocupante do cargo público de Procurador do Estado e, mesmo assim, aceite se submeter ao procedimento de mediação. O esclarecimento prévio e a aceitação se fazem necessários, pois a autonomia da vontade pressupõe o exercício desta de maneira plena e consciente.

Nesse sentido, também é preciso observar que o Código de Ética para Mediadores do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), subitem III, 2, dispõe que o mediador “revelará, antes de aceitar a indicação,

interesse ou relacionamento que possa afetar a imparcialidade, suscitar aparência de parcialidade ou quebra de independência, para que as partes tenham elementos de avaliação e decisão sobre a sua continuidade”.

Assim, se o próprio código prevê que o mediador deverá revelar tais fatos, é justamente com a finalidade de que as partes possam ponderar se querem ou não se submeter ao procedimento com o profissional designado. Com a aceitação das partes, já cientes do vínculo funcional, eventual impugnação posterior seria, inclusive, contraproducente em relação à aceitação inicial.²¹

Da mesma forma que o mediador, o advogado privado e público deve atuar de maneira a primar pelo princípio da colaboração, que não se restringe ao processo judicial. A advocacia colaborativa tem uma aplicação mais ampla, atinente ao relacionamento entre as partes enquanto se mantém a duração do conflito, atuando de boa-fé em prol da resolução satisfatória do problema.²²

Nesse sentido, não há problemas em que o Estado designe, no seio de sua estrutura administrativa, um Procurador para atuar como mediador em conflitos administrativos do qual integre, sempre que a parte contrária aceitar se submeter ao procedimento de mediação. Tal situação é, inclusive, vantajosa por diversos motivos: maior celeridade na instauração e realização; *know-how* específico no âmbito administrativo para facilitar o diálogo, inclusive com amplo conhecimento sobre as normas de transação; afastamento dos entraves na busca de bancas privadas (licitação ou procedimentos seletivos objetivos de escolha); etc.

Por outro lado, poder-se-ia suscitar que os administrados não teriam interesse em se submeter ao procedimento de mediação, já que prevalece a autonomia da vontade e haveria uma desconfiança

¹⁹ Lei nº 13.140/2015: “Art. 6º O mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes”.

²⁰ Embora comentando sobre a arbitragem, Paulo Osternack bem pontua que a autonomia da vontade é o verdadeiro princípio dos meios alternativos de resolução de conflitos, o verdadeiro princípio basilar. Isso porque ninguém é obrigado a submeter a controvérsia à mediação, conciliação ou arbitragem, dependendo da vontade de ambas as partes para que tal aconteça. Assim, sem a vontade das partes, nada ocorre. Da mesma forma, a vontade das partes deve ser respeitada durante e após o procedimento de mediação, conciliação ou arbitragem. Cf. AMARAL, 2012, p. 52.

²¹ “A mediação não se coloca como uma obrigação para as partes (conforme já dito, a obrigatoriedade se dirige apenas ao Juízo), de modo que se o processo de mediação teve início foi porque ambas as partes assim quiseram. Assim não soa razoável que uma parte concorde em aderir à mediação, mas não colabore com o seu desenrolar, apenas servindo para atrasar a prestação jurisdicional” (DE PINHO; ALVES, 2014).

²² “A advocacia colaborativa nasceu da constatação de Stuart Webb de que, ao final dos processos de divórcio, todos, mesmo os ‘vencedores’, saíam perdendo, em decorrência das consequências negativas que a litigância trazia para as suas vidas.

Por isso surgiu a ideia de se criar um espaço extrajudicial e multidisciplinar de colaboração e diálogo no qual as partes buscam em conjunto, com o auxílio de um advogado e de outros profissionais, como psicólogos, uma solução que seja mais adequada aos interesses da família, e não aos interesses individuais.

Enquanto o advogado contencioso briga por seu cliente e, muitas vezes, até piora o relacionamento entre as partes, o colaborativo se coloca como um resolvidor de problemas (*‘problem solver’*), como alguém disposto a ajudar a remover os obstáculos que impedem o consenso” (DE PINHO; ALVES, 2014).

preliminar no procurador-mediador. Contudo, não concordamos com tal assertiva *prima face*.

A credibilidade das instituições e dos métodos consensuais depende de sua funcionalidade e profissionalismo. Se a atuação do procurador-mediador se der de maneira exitosa e a cultura consensual começar a ser viabilizada no âmbito institucional, o crédito será criado a partir desse momento.

Não se nega que haja problemas para viabilizar essa estrutura consensual pelo Estado. Os entraves burocráticos e a cultura administrativa ainda reticente à realização de acordos são aspectos presentes na Administração Pública brasileira como um todo. A mudança do pensamento jurídico e estrutural em prol da eficiência e do profissionalismo é algo a ser criado ao longo do tempo, com práticas reiteradas nesse sentido.²³

5 Conclusão

Dos aspectos mencionados, observou-se que a consensualidade se mostra como um necessário instrumento a ser utilizado pelo Estado, inclusive com a necessidade de adequar sua filosofia jurídica e estrutural para viabilizar as vias apropriadas (mediação, conciliação, transações diretas, etc.). Uma Administração Pública consensual muito mais se compatibiliza com as exigências de uma sociedade complexa e com fluência de informações do que uma estrutura administrativa exclusivamente imperativa e vertical, sem flexibilidade. É esse o contexto que se observa nas alterações legislativas brasileiras e nos movimentos culturais dos demais países de cultura semelhante.

Nesse sentido, sobressai a importância da atuação conscientizada dos representantes do Estado, em especial dos seus procuradores. É possível perceber que a atuação do Procurador do Estado como mediador em conflitos administrativos é viável e compatível com o ordenamento jurídico, desde que a parte que se submeter ao procedimento de mediação esteja ciente de tal fato e o aceite, devendo prevalecer a autonomia da vontade das partes. Da mesma maneira, não deverá o Procurador atuar no litígio em específico como representante do Estado, uma vez que

²³ “A obtenção dos benefícios decorrentes da utilização de meios consensuais em processos judiciais dependerá, contudo, de normas legais e regulamentares que sejam suficientemente claras acerca dos critérios para avaliação de riscos e celebração de acordos, bem como sobre a natureza jurídica (poder ou dever) da transação em cada caso. Dependerá, ainda, da realização de treinamentos e da utilização de terceiros que favoreçam a comunicação entre as partes tendo em vista a composição do conflito. Voltarei ao tema mais adiante, após discorrer sobre as inúmeras possibilidades de utilização de meios consensuais de solução de conflitos na esfera administrativa” (SOUZA, 2012, p. 164).

sua atuação se dará na qualidade de terceiro, equidistante do conflito administrativo. O mero fato de possuir vínculo funcional e ser remunerado pela Administração Pública não é impeditivo absoluto à atuação do Procurador do Estado como mediador, quando observados os requisitos mencionados.

Ademais, a utilização de Procuradores do Estado na função de mediadores, afastados do litígio em específico, viabiliza a aceleração na criação de estruturas administrativas consensuais, como Câmaras de Mediação, na medida em que se poderá utilizar do seu *know-how* para auxiliar as informações na aproximação e diálogo, evitando-se a morosidade de um processo seletivo de profissionais de natureza privada. Com isso, a tendência é haver uma diminuição da litigiosidade e uma maior conscientização dos próprios representantes estatais da necessidade de uma avaliação sempre presente da consensualidade.

Goiânia, 13 de agosto de 2017.

The State’s Attorney as a mediator of conflicts: incompatibility or autonomy of the will?

Abstract: The purpose of this article is to analyze the validity of the following thesis: the State Attorney may appear as a mediator of conflicts in the administrative sphere, provided that he is not representing the State in the specific conflict and has the consent of the other party. The hypothesis will be analyzed using a bibliographic basis, considering the opposite argument between autonomy of the will and independence of the mediator.

Keywords: Consensuality. Mediation. Public Advocacy. State Attorney.

Referências

- AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2016. (*A era da informação: economia, sociedade e cultura*, vol. 1).
- DE PINHO, Humberto Dalla Bernadina; ALVES, Tatiana Machado. *Novos desafios da mediação judicial no Brasil – a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 87, set./out. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=212814>>. Acesso em: 20 jun. 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Transação tributária: introdução à justiça fiscal consensual*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

JUNQUEIRA, Kátia Valverde. Mediação: instrumento eficaz para a eficiência regulatória. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 102, ago. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=61976>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo: parte general*. Tradução de Gabriel Doménech Pascual (Coord.). Marcial Pons, 2011.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais: reflexões acerca da sua admissibilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. *A transação em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. (Série *Doutrina Tributária*, vol. XVIII).

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

PARADA, Ramón. *Derecho administrativo: régimen jurídico de la actividad administrativa*. 22. ed., rev. e atual. Madrid: Open Ediciones Universitarias, 2015.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. O Procurador do Estado como mediador de conflitos: incompatibilidade ou autonomia da vontade? *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 17, n. 200, p. 72-79, out. 2017.
