



REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO PROCESSUAL

Periódico Semestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu*
em Direito Processual da UERJ

VOLUME ESPECIAL:

A NOVA LEI DE MEDIAÇÃO BRASILEIRA
COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI N° 7.169/14

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO
Organizador

BRUNO DE SÁ BARCELOS CAVACO
CRISTIANE IWAKURA
DARIO RIBEIRO MACHADO JUNIOR
HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO
PAULO AMÉRICO MAIA FILHO
RODRIGO A. ODEBRECHT CURI GISMONDI
Autores

ISSN 1982-7636 - Estrato B3 Qualis

www.redp.com.br

Ano 8. Volume Especial.

Rio de Janeiro
2014

A NOVA LEI DE MEDIAÇÃO BRASILEIRA
COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI Nº 7.169/14

BRUNO DE SÁ BARCELOS CAVACO
PROMOTOR DE JUSTIÇA NO RJ.
MESTRANDO EM DIREITO PROCESSUAL NA UERJ

CRISTIANE IWAKURA
PROCURADORA FEDERAL.
DOUTORANDA EM DIREITO PROCESSUAL NA UERJ.

DARIO RIBEIRO MACHADO JUNIOR
JUIZ FEDERAL.
MESTRANDO EM DIREITO PROCESSUAL NA UERJ

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO
PROMOTOR DE JUSTIÇA
PROFESSOR ASSOCIADO NA UERJ

PAULO AMÉRICO MAIA FILHO
DESEMBARGADOR NO TRT DA 13ª REGIÃO
DOUTORANDO EM EMPRESA E ATIVIDADES ECONÔMICAS NA UERJ

RODRIGO A. ODEBRECHT CURI GISMONDI
PROCURADOR DO MUNICÍPIO NO RJ
MESTRANDO EM DIREITO PROCESSUAL NA UERJ

Rio de Janeiro
2014

SUMÁRIO:

APRESENTAÇÃO	p. 04
PREÂMBULO DO P.L. 7.169/14	p. 05
HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO	
DISPOSIÇÕES GERAIS	p. 35
HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO	
MEDIADORES: DISPOSIÇÕES GERAIS	p. 62
CRISTIANE IWAKURA	
MEDIADORES EXTRAJUDICIAIS	p. 79
PAULO AMÉRICO MAIA FILHO	
MEDIADORES JUDICIAIS	p. 96
DARIO RIBEIRO MACHADO JUNIOR	
PROCEDIMENTO: DISPOSIÇÕES GERAIS	p. 108
BRUNO DE SÁ BARCELOS CAVACO	
PROCEDIMENTO: MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL	p. 130
BRUNO DE SÁ BARCELOS CAVACO	
PROCEDIMENTO. MEDIAÇÃO JUDICIAL	p. 145
DARIO RIBEIRO MACHADO JUNIOR	
CONFIDENCIALIDADE	p. 162
HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO	
MEDIAÇÃO PÚBLICA	p. 168
RODRIGO A. ODEBRECHT CURI GISMONDI	
DISPOSIÇÕES FINAIS	p. 203
CRISTIANE IWAKURA	
BIBLIOGRAFIA	p. 227

APRESENTAÇÃO

Este volume é o resultado das pesquisas realizadas pelo Grupo "Observatório da Mediação" e da investigação levada a cabo pelos mestrandos e doutorandos do Programa de Pós-graduação em Direito da UERJ que se inscreveram na disciplina "Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos", ministrada no primeiro semestre de 2014.

O objeto de nosso estudo foi o Projeto de Lei nº 517/11, que tramitou, inicialmente, no Senado Federal, por iniciativa do Sen. Ricardo Ferraço. Em seguida, foram agregados os Projetos 405 e 434, ambos de 2013. Em dezembro do mesmo ano, o Sen. Vital do Rego apresentou relatório substitutivo, unificando os três projetos. Aprovado o texto, foi ele remetido à Câmara, onde foi recebido como P.L. 7.169/14. Em junho de 2014, o Dep. Sergio Zveiter apresentou Substitutivo ao texto, que aguarda votação para ser, então, devolvido ao Senado.

Nosso trabalho teve por base esta última versão. Realizamos um exame comparativo entre os Projetos, bem como levamos em consideração as disposições do Projeto do novo Código de Processo Civil (P.L.S. 166/10 e P.L. 8.046/10), bem como o disposto na Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça.

Lateralmente, apresentamos algumas questões pertinentes ao direito comparado, como o tópico da mediação obrigatória previsto na legislação italiana, bem como os antecedentes do uso da mediação pela Administração Pública.

Esse texto não tem a pretensão de lançar ideias definitivas, mas, apenas, abrir a discussão sobre alguns pontos que terão extrema relevância no processo civil contemporâneo brasileiro, o qual deve manter fortes e indissociáveis laços com a mediação e a conciliação, diante dos ditames da pacificação e da busca do meios mais adequado para a solução dos litígios.

Rio de Janeiro, setembro de 2014.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Organizador

MEDIAÇÃO PÚBLICA

RODRIGO A. ODEBRECHT CURI GISMONDI

CAPÍTULO II

DA COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM QUE FOR PARTE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

Seção I Das Disposições Comuns

Art. 30. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, com competência para:

I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

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

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

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo, e exceto no caso do inciso I, constituirá título executivo extrajudicial.

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

§ 5º Não se aplica o disposto nos incisos II e III do caput às controvérsias jurídicas em matéria tributária.

1. Mediação e Administração Pública

Os métodos alternativos³⁴⁹ de resolução³⁵⁰ de conflitos atuam ao lado da jurisdição como mecanismos facilitadores do acesso à justiça, sendo muito utilizados para o tratamento de demandas de uma sociedade contemporânea cada vez mais complexa e multifacetária, evidenciando que a atuação do Poder Judiciário nem sempre será o meio mais adequado para o

³⁴⁹ No sentido de que o termo ‘alternativo’ não pretende denotar a substituição à jurisdição, mas sim o propósito de funcionar como técnica complementar e adequada para certos litígios apenas: LOPES, Dulce; PATRÃO, AFONSO. Lei de Mediação Comentada. Coimbra: Almedina, 2014. p. 6.

³⁵⁰ Há quem critique a utilização da expressão “resolução” de conflitos, entendendo mais adequada a denominação “tratamento” de conflitos, pelo fato de que os conflitos sociais não seriam resolvidos, suprimidos ou esclarecidos pelo Judiciário, sendo rara a eliminação por completo das causas, tensões e contrateses que os originaram. BOBBIO, Norberto. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. Tradução de Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Gerreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. 12ª ed. Brasília: UNB, 2004. p. 208.

tratamento de todo e qualquer conflito.³⁵¹

Para que haja melhor aproveitamento e efetividade na utilização destes mecanismos, Giovanni Cosi e Maria Antonietta Foddai³⁵² destacam que a gestão de conflitos deve se dar através da modalidade adequada, de acordo com o caso concreto. É o que Ivan Machado Barbosa³⁵³ denomina de sistema “pluriprocessual” / “múltiplas portas”, que busca o método de solução de conflito adequado de acordo com a espécie de conflito existente no caso concreto.

Dentre os métodos ditos alternativos, há aqueles que compõem a denominada “ordem consensual”³⁵⁴, em que as próprias partes decidem por fim ao conflito através de mecanismos autônomos e informais (negociação, mediação e conciliação). Por meio destes, são desenvolvidas práticas responsáveis que possibilitam o diálogo e tentam promover da melhor forma possível uma mudança de paradigmas, distanciando-se da lógica binária do perdedor-ganhador para uma lógica de consensualidade e ganho conjunto. Salutar a observação exposta por Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁵⁵ de que “é chegada, assim a hora da consensualidade ser levada também, à solução dos conflitos pelas vias universalmente desenvolvidas da conciliação, da mediação e da arbitragem”.³⁵⁶

Na doutrina comparada, destaca-se posicionamento de Alfonso Masucci³⁵⁷, que entende a mediação como uma ‘filosofia’ que repudia a concepção tradicional do processo, que trabalha com a lógica de uma parte vitoriosa e outra derrotada. Trata-se de uma tendência que tem alcançado todo o direito administrativo, seguindo a lógica do diálogo e que supera a contraposição clássica do cidadão versus Administração Pública.

³⁵¹ OST, François. “Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez” in DOXA, n. 14, 1993, pp. 169-194. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

³⁵² COSI, Giovanni; FODDAI, Maria Antonietta. Lo spazio della mediazione: Conflitti di diritti e confronto di interessi. Milano: Giuffrè, 2003. p. 18.

³⁵³ BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de Múltiplas Portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma, Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – Vol. 2. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

³⁵⁴ Expressão sinônima de autocomposição, definida por ZAMORA Y CASTILLO como a “forma de solução, resolução ou decisão do litígio por obra dos próprios litigantes sem intervenção vinculativa de terceiro”. ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá, Processo, Autocomposição e Autodefesa. Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991. p. 77.

³⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 119.

³⁵⁶ Em Portugal, o Conselho de Ministros publicou a Resolução nº 175/2001 de 05.12.01 que ao incentivar e recomendar os métodos extrajudiciais de solução de controvérsias advertiu: “o reforço da qualidade da democracia e o aprofundamento da cidadania sugerem também a construção de uma nova relação do Estado com os cidadãos e as empresas. Exigem que o Estado, ele mesmo, voluntariamente aceite e promova exemplarmente a resolução de seus litígios fora dos tribunais, quer confiando a decisão a um terceiro neutral que arbitraré quer admitindo o auxílio de um mediador desprovido dos poderes de imposição de um juízo vinculativo.”

³⁵⁷ MASUCCI, Alfonso. El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho administrativo: Esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglés. In: Revista de Administración Pública, Madri, n. 178, p. 9-35, jan./abr. 2009. p. 14-15.

Já em 2001 o Comitê de Ministros do Conselho Europeu aprovou a Recomendação (2001) 9 dirigida aos seus membros para que passassem a adotar as formas alternativas de resolução de conflitos em controvérsias que envolvessem cidadãos e a Administração Pública, especialmente em matéria de revisão interna, conciliação, mediação, acordos e arbitragem, indo ao encontro desta perspectiva consensual de resolução de conflitos.

Neste contexto, o Conselho Geral do Poder Judiciário espanhol editou Protocolo³⁵⁸ para mediação em conflitos da jurisdição administrativa, destacando a importância do papel da mediação e sua correlação com os princípios de boa administração, in verbis:

En definitiva, la mediación contencioso-administrativa, como institución que promueve el diálogo directo entre los ciudadanos y la Administración para la resolución de sus controversias jurídicas, debe servir para introducir en las prácticas de las Administraciones Públicas los paradigmas de racionalidad, objetividad, transparencia, motivación y eficiencia, que configuran el deber de buena Administración, reconocido como derecho fundamental en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, orientando en este sentido las decisiones de los Tribunales contencioso-administrativos

De outro lado, em contraposição à “ordem consensual”, há a denominada “ordem imposta”, na qual se prevê a delegação do poder decisório a terceiro, com destaque para a heteronomia e formalidade (arbitragem, jurisdição).

Dentre as formas consensuais, a negociação³⁵⁹ é o procedimento natural por meio do qual as próprias partes buscam a comunicação, objetivando o alcance de uma solução consensual para o desacordo existente, sem a participação de um terceiro imparcial³⁶⁰ (mediador). É o que Alexandre de Araújo Costa denomina de “autocomposição direta”, que coexiste com os mecanismos de “autocomposição assistida”, cujas espécies são a conciliação e a mediação³⁶¹.

³⁵⁸ ESPANHA. Conselho Geral do Poder Judiciário. Protocolo para la implantación de un plan piloto de mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa. Disponível em: < <https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.adrmaremma.it%2Fespanol%2Fnormas04.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2014.

³⁵⁹ Interessante notar que há doutrina que entende a negociação como um gênero, sendo que a negociação assistida por um terceiro imparcial seria espécie de negociação caracterizada pela mediação. “La mediación eficaz se basa en los principios de la negociación. Por ello, la mediación, a pesar de ser un proceso aparte y distintivo, no deja de ser una negociación asistida”. Cf. BELLOSO MARTÍN, Nuria. Sistemas de Resolución de Conflictos: Formas Heterocompositivas y AutoCompositivas. In: Estudios Sobre Mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León. Castilla y León. Junta de Castilla y León, 2006. p. 69.

³⁶⁰ Com efeito, na negociação é possível a participação de um terceiro, mas, nesses casos, o terceiro será parcial, pois a sua função será defender os interesses de uma das partes envolvidas no conflito.

³⁶¹ COSTA, Alexandre de Araújo. Métodos de composição de conflitos: mediação, conciliação, arbitragem e adjudicação. In: Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação - Vol 3. André Gomma de Azevedo (Org.). Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. p. 161-204.

Dentre estes mecanismos de autocomposição assistida, a conciliação é a forma de tratamento de conflito guiada por um terceiro imparcial que faz sugestões e participa de modo ativo com vistas à sua finalidade essencial que é a de formalização do acordo.

De acordo com Fabiana Marion Spengler³⁶²:

A conciliação se apresenta, assim, como uma tentativa de se chegar voluntariamente a um acordo neutro, que conta com a participação de um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada para dirigir a discussão sem ter um papel ativo. Diferencia-se, pois, a mediação da conciliação pelo fato de que na segunda o tratamento dos conflitos é superficial, encontrando-se um resultado muitas vezes parcialmente satisfatório. Já na primeira, existindo acordo, esse apresenta total satisfação dos mediados.

Por sua vez, a mediação³⁶³ é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia, como o art. 1º, §1º do Projeto de Lei 7.169/2014 bem define. Na realidade, a mediação objetiva não apenas a solução dos conflitos, como também a boa administração dos mesmos, a inclusão social através da participação efetiva, conscientização de responsabilidades e dos direitos, bem como o incremento do acesso à justiça e à paz social, com reforço da comunicação entre as partes.³⁶⁴

Humberto Dalla Bernardina de Pinho³⁶⁵ esclarece que:

A mediação é muito mais um conjunto de técnicas, experiências e hábitos culturais, que vão se estabelecendo na comunidade, do que uma definição teórica. É uma busca para a solução dos conflitos, pautado numa prática discursiva, criando através do diálogo e

³⁶² SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação: um retrospecto histórico, conceitual e teórico. In: Mediação enquanto política pública: a teoria a prática e o projeto de lei. _____, Theobaldo Spengler Neto (Orgs.). Santa Cruz do Sul: UNISC, 2010. pp. 36-37.

³⁶³ O art. 3º da Diretiva nº 52, de 21 de maio de 2008, emitida pelo Conselho da União Europeia, define mediação como um processo estruturado no qual duas ou mais partes em litígio tentam, voluntariamente, alcançar por si mesmas um acordo sobre a resolução de seu litígio, com a ajuda de um mediador. Em Portugal, a Lei n. 29 de 19 de abril de 2013, que estabelece princípios gerais aplicáveis à mediação, traz a seguinte definição: “Artigo 2º. Definições. Para efeitos do disposto na presente lei, entende-se por: a) “Mediação” a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com a assistência de um mediador de conflitos”.

³⁶⁴ TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; TRENTIN, Sandro Seixas. Mediação como um meio alternativo de tratamento de conflitos prevista no novo CPC e na Resolução 125 CNJ. In: Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10863>. Acesso em: 04 maio 2014.

³⁶⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Mediação Obrigatória: Um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: ENCONTRO NACIONAL CONPEDI, 21, 2012, Uberlândia. p. 414-437. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/mediacao_obrigatoria_conpedi.pdf>. Acesso em: 01 maio de 2014. p. 419.

não da força coercitiva, uma resolução para o conflito, cuja legitimidade deste resultado encontra suas bases no próprio processo comunicativo que lhe originou.

Em sentido muito semelhante, Helena Soletto Muñoz³⁶⁶ expõe que:

La mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. La esencia de La mediación que refleja esta definición es la autonomía de la voluntad de las partes: son las partes las que llegan a un acuerdo, libremente, y auxiliadas por un tercero, que, consecuentemente, ha de ser imparcial. Por otra parte, esta perspectiva de la mediación se encuentra vinculada al conflicto que es objeto o puede ser objeto de un proceso.

A técnica da mediação consiste na (re)construção dos canais de comunicação, buscando modificar as pessoas e os seus sentimentos, na medida do possível, de modo que elas próprias encontrem a solução consensual mais adequada para o caso. Como visto, trata-se de verdadeiro “trabalho artesanal”³⁶⁷ e metuculoso.

Há quem³⁶⁸ possibilite a apreciação da mediação como gênero do qual são espécies a mediação passiva (mediador não faz propostas) e a mediação ativa (mediador participando da elaboração das propostas). Todavia, no Brasil prevalece o entendimento de que a mediação é essencialmente passiva, ou seja, nela o mediador apenas facilita a comunicação entre as partes, sem fazer sugestão de soluções consensuais, ao passo que, na conciliação, o terceiro imparcial (conciliador), além de estimular a comunicação das partes, também sugere alternativas e soluções adequadas ao caso, buscando o acordo.

Esclarece Humberto Dalla Bernardina de Pinho:³⁶⁹

De acordo com a postura do mediador, podemos classificar o procedimento em ativo ou passivo. Na mediação passiva o terceiro apenas ouve as partes, agindo como um facilitador do processo de obtenção de uma solução consensual para o conflito, sem apresentar o seu ponto de vista, possíveis soluções ou propostas concretas às partes. No caso da mediação ativa, o mediador funcionará como uma espécie de conciliador; ele não se limita a facilitar; terá ele também a função de apresentar propostas, soluções

³⁶⁶ MUÑOZ, Helena Soletto. La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 3, ano 3, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

³⁶⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 67; SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 180.

³⁶⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Op. cit. p. 482.

³⁶⁹ Id. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. In: Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 80, set. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8011>. Acesso em: 22 abr. 2014.

alternativas e criativas para o problema, alertar as partes litigantes sobre a razoabilidade ou não de determinada proposta, influenciando assim o acordo a ser obtido. Aqui o mediador assume posição avaliadora.

Trata-se de importante mecanismo na busca da pacificação social, especialmente em uma sociedade cada vez mais complexa e plural, que apresenta vantagens, desvantagens e que, ao contrário do que se possa pensar, não é destinado a qualquer situação litigiosa.

Considerando os objetivos da mediação, de restauração da comunicação e restabelecimento de vínculos e de uma possível realização de acordo³⁷⁰, observa-se que a técnica deve ser utilizada, prioritariamente para relações interpessoais continuadas, que são aquelas nas quais, posteriormente ao surgimento da discordância, ainda permanecerão existindo, não sendo meras relações pontuais, efêmeras.

Como bem pontuado:

Em outras palavras; havendo um conflito, este pode ocorrer entre duas empresas (business to business – B2B); entre uma pessoa física e uma pessoa jurídica (business to person – B2P); ou ainda entre duas pessoas físicas (person to person – P2P). Sendo um conflito entre duas pessoas físicas, é preciso investigar a natureza do relacionamento entre elas. Pode ser uma relação descartável (numa ação indenizatória oriunda de ato ilícito qualquer, como num acidente de automóvel) ou numa relação continuada (aquela que vai subsistir, quer as partes queiram, quer não queiram, após a solução daquele conflito, como é o caso da convivência entre cônjuges, familiares, afins, vizinhos e associados). É exatamente aqui que, a nosso entender, reside a grande contribuição da mediação. De nada adianta a sentença de um juiz ou a decisão de um árbitro numa relação continuativa sem que o conflito tenha sido adequadamente trabalhado. Ele continuará a existir, independentemente do teor da decisão e, normalmente, é apenas uma questão de tempo para que volte a se manifestar concretamente. Por óbvio, dependendo das peculiaridades do caso concreto, a *mediação também pode ser indicada para conflitos “B2B” e “B2P”*. Cabe às partes e ao mediador avaliar as possibilidades caso a caso³⁷¹

É por se destinar aos litígios interpessoais de caráter continuado que se questiona, neste momento, se foi adequada a inclusão dos arts. 30 e 31 neste Projeto de Lei sobre mediação.

Isso porque são infundáveis as espécies de relação jurídica existentes entre os cidadãos

³⁷⁰ SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 184.

³⁷¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Civil Contemporâneo: Teoria geral do processo. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book. p. 770.

e o Poder Público, sendo certo que o âmbito da mediação com o Poder Público fica restrito às específicas hipóteses nas quais haja relação interpessoal continuada, como se pode verificar, por exemplo, em conflitos entre órgãos independentes da Administração Pública ou nos casos de conflito envolvendo matéria de pessoal da Administração.^{372 373}

Benjamin Boumakani ressalta que a mediação com o Poder Público tende a reequilibrar a relação administrativa e fortalecer a ideia de participação cidadã/democrática.³⁷⁴

Como se pode perceber da nomenclatura do Capítulo II do Projeto de Lei n. 7.169/2014, os arts. 30 e seguintes estão a tratar de formas de “composição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público”, não restringindo a forma compositiva à técnica da mediação, como se poderia supor, já que o Projeto se destina a regulamentar a “mediação”.

No caput do art. 30, há a previsão facultativa da criação de Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos. Em seu inciso I há a previsão de que as referidas Câmaras terão “competência” (rectius: atribuição) para “I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública”. Já no inciso II, menciona-se a atribuição das Câmaras para “II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público”.

As partes acima descritas permitem clara leitura de que o Projeto de Lei contempla não apenas a mediação, como também a conciliação e, ainda, a arbitragem administrativa entre órgãos e entidades da Administração Pública, já que haverá competência para a “resolução administrativa de conflitos”, como o próprio nome das câmaras indica ou mesmo “dirimir conflitos”, como previsto no mencionado inciso I do art. 30.

Vê-se, assim, que os arts. 30 e 31 do Projeto de Lei 7.169/2014 têm escopo que ultrapassa a mera utilização da mediação pela Administração Pública, permitindo a utilização de outras técnicas autocompositivas, como a negociação e a conciliação, bem como a arbitragem (esta, heterocompositiva).

³⁷² Cf. DIAS, Maria Tereza Fonseca; ROGÉRIO, Taiz. A mediação como instrumento de eficiência e consensualidade do processo administrativo disciplinar. In: Revista Forum Administrativo - FAA, Belo Horizonte, ano 12, n. 134, p. 52-63, abr. 2012.

³⁷³ Na Espanha, o Real Decreto-Lei 5/2012, que trata de mediação, exclui de seu âmbito de incidência os conflitos que digam respeito à Administração Pública: “2. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de este real decreto-ley: [...]b) La mediación con las Administraciones Públicas”. Porém, a possibilidade de acordo não é excluída, como se vê do art. 77.1 da Lei do Contencioso Administrativo Espanhol (Lei 29/1998): “Artículo 77. 1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad”.

³⁷⁴ BOUMAKANI, Benjamin. La Médiation dans la vie administrative. In: Revue du droit Public - RDP, Paris, vol 119, n. 3, p. 863-888, maio/jun. 2003. p. 884.

2. Barreiras à resolução consensual de conflitos com a Administração Pública

Considerando que os arts. 30 e 31 do Projeto se destinam a regular minimamente as formas alternativas de resolução de conflitos em que uma das partes seja a Administração Pública, fato é que há barreiras específicas³⁷⁵, porém contornáveis, à implantação destes mecanismos consensuais, destacando-se as seguintes questões: indisponibilidade dos interesses públicos; imposição de publicidade por força de norma constitucional; especificidades do processo político e a visão clássica a respeito da necessidade de lei para a regulação das hipóteses de autocomposição envolvendo a Administração Pública.

- **A (in) disponibilidade dos Interesses Públicos**

Os meios alternativos de resolução de conflitos (ADR - Alternative Dispute Resolutions, como conhecidos na doutrina estrangeira) objetivam o tratamento do conflito mediante a celebração de acordos³⁷⁶, proporcionando a denominada justiça consensual, paralela e alternativamente à justiça adjudicativa, como acima verificado.

Para que o objetivo principal destes métodos consensuais seja alcançado, ou seja, para que se possa chegar a um acordo (ou para que se possa considerar arbitrável objetivamente determinada controvérsia), imprescindível que o direito / interesse em questão esteja na esfera de disponibilidade.

Ocorre que a doutrina não é uníssona quanto ao critério adequado para que se verifique a disponibilidade ou a indisponibilidade do direito/interesse. Para José dos Santos Carvalho Filho³⁷⁷ e Carlos Alberto Bittar³⁷⁸, por exemplo, direito disponível é direito patrimonial (critério

³⁷⁵ Pormenorizando as diversas barreiras 'gerais' na utilização da técnica da mediação: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação: A redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos* [S.l.: s.n., 20--]. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

³⁷⁶ Cf. SALLES, Carlos Alberto de, "aos processos adjudicatórios se contrapõem aqueles chamados consensuais. Esses consistem em uma ordenação de meios aptos a gerar condições objetivas para predispor as partes para a realização de um acordo. Na verdade, existe um número ilimitado de arranjos capazes de propiciar soluções consensuais, com maior ou menor participação de terceiros, cuja função, diferentemente dos processos adjudicatórios, é apenas de auxiliar as partes a atingirem uma solução de consenso, sem decidirem a matéria em litígio. Esses arranjos compõem verdadeiras metodologias com essa finalidade". _____. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 174.

³⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1132.

³⁷⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1994, v.1. p. 55.

da natureza patrimonial ou extrapatrimonial), ao passo que para José Eduardo Carreira Alvim³⁷⁹ são aqueles que podem ser objeto de transação (critério da disponibilidade fática). Não menos importante é o entendimento de Joel Dias Figueira Junior³⁸⁰, que entende que direitos disponíveis são aqueles que podem ser livremente negociados ou alienados (critério dos bens dentro e fora do comércio). Já Carlos Alberto Carmona³⁸¹ entende que são os direitos que não precisam ser obrigatoriamente exercidos pelo titular (critério da obrigatoriedade de exercício). Por fim, merece ser lembrada a lição de Eduardo Talamini³⁸², para quem direitos disponíveis são aqueles que podem ser espontaneamente reconhecidos, independentemente de chancela judicial (critério do reconhecimento).

Na realidade, o próprio conceito de indisponibilidade é vago já que não há um critério uniforme, racional e seguro que o individualize³⁸³.

Igualmente, a noção de (in)disponibilidade do interesse / bem não está necessariamente atrelada à classificação que os distingue em públicos e privados já que tanto os interesses públicos quanto os interesses privados contém esferas próprias de disponibilidade e de indisponibilidade.

Especificamente quanto aos bens e interesses da Administração Pública, para fins de verificação da sua (in)disponibilidade, é comum a adoção da classificação estrangeira de Alessi³⁸⁴, que divide o interesse público em primário e secundário para se afirmar que apenas estes são relativamente disponíveis, mantendo a indisponibilidade do interesse público primário.

Para o jurista italiano, o interesse público possui dois diferentes prismas: primário e secundário. O interesse público primário é o interesse da sociedade e da coletividade como um

³⁷⁹ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Comentários à Lei de Arbitragem. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 32-34.

³⁸⁰ FIGUEIRA JR., Joel Dias. Arbitragem, Jurisdição e Execução. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999. p. 178.

³⁸¹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei 9.307/96. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 38.

³⁸² TALAMINI, Eduardo. Sociedade de Economia Mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa. In: Revista de Arbitragem e Mediação, n. 5, p. 144-147, abr./jun. 2005.

³⁸³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, no egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos da Fazenda Pública. In: Revista dos Tribunais, n. 820, item n. 7, p. 38 Apud GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. In: Jefferson Carús Guedes; Luciane Moessa de Souza. (Org.). Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 243-272.

³⁸⁴ ALESSI, Renato. Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano. 3ª Ed. Milano: Giuffrè, 1960. p. 197-198 Apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 63.

todo, o bem geral da coletividade. Em contrapartida, o interesse público secundário se caracteriza como o modo pelo qual os órgãos administrativos veem o interesse público.

Em interessante raciocínio, Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁸⁵ entende que o interesse público secundário ou derivado tem natureza instrumental. Refere-se às pessoas jurídicas que os administram e existem para que os interesses primários sejam satisfeitos, resolvendo-se em direitos patrimoniais, ou seja, direitos que podem ser quantificados monetariamente, que estejam “no comércio”, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação que vise a dotar a Administração ou os seus delegados, dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado.

De acordo com o autor, para o alcance das atividades-fim da administração (satisfação dos interesses públicos primários), a Administração produz uma série de atividades-meio, de natureza instrumental e operativa, em que a indisponibilidade é meramente relativa.

Estes, inicialmente indisponíveis, podem vir a ser disponibilizados e, portanto, tornam-se relativamente disponíveis, diante de situações concretas.

Ocorre que há extrema dificuldade na conceituação do que seja o interesse público³⁸⁶ e a divisão “interesse primário vs interesse secundário” pode levar à inadequada³⁸⁷ conclusão de que existem interesses patrimoniais estatais dissociados dos interesses da coletividade como se fossem categorias separadas estanques.

Na realidade, a questão da (in)disponibilidade do interesse e dos bens públicos não depende e não deve ser necessariamente atrelada à classificação acima referida. O grau de disponibilização de um interesse / bem dependerá diretamente do substrato normativo que lhe dá fundamento e de sua hierarquia no ordenamento jurídico.

Partindo desta premissa, são absolutamente indisponíveis os interesses elencados pelo Poder Constituinte Originário como parte do núcleo duro da Constituição Federal (Cláusulas Pétreas), de seus objetivos fundamentais (art. 3º, CRFB) e de todas as situações inerentes à própria existência do Estado como tal.

³⁸⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 228.

³⁸⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.188.; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p.36.

³⁸⁷ RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. *Processo Público e Constituição: uma análise das prerrogativas processuais da Fazenda Pública à luz das garantias constitucionais do processo*. In: FUX, Luiz (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 5.

Nas precisas lições de Eduardo Talamini³⁸⁸:

Existem valores, atividades e bens públicos que, por sua imprescindibilidade para que o Estado exista e atue, são irrenunciáveis e inalienáveis. Vale dizer, no que tange ao núcleo fundamental das tarefas, funções e bens essencialmente públicos, não há espaço para atos de disposição. Mas essa afirmação comporta gradações. Existem atividades e bens que, em vista de sua absoluta essência pública, não podem ser abdicados ou alienados, ainda que mediante alguma contrapartida e nem mesmo com expressa autorização legal. Por exemplo, não se concebe que sequer por meio de lei o Poder Público possa renunciar, ainda que parcial ou pontualmente, ao seu poder de legislar ou à titularidade do Poder de Polícia. Do mesmo modo, não se admite que o Poder Público possa desfazer-se de uma parte do território nacional, ainda que autorizado por lei.

Evidente a existência de interesses públicos indisponíveis pelo Poder Constituído, seja qual for a espécie normativa que autorize, já que a própria disponibilidade legislativa dos bens e interesses sofre as limitações da hierarquia normativa existente e, portanto, se submetem às prescrições e proscricções constitucionalmente estabelecidas. Exemplo clássico destes interesses absolutamente indisponíveis seria a impossibilidade de se disponibilizar totalmente o poder de império da Administração ou de alienação de todo seu território.

Ocorre que há outros interesses que, a despeito de não serem essenciais, a priori, estariam excluídos da esfera de disponibilidade do Poder Executivo em razão de seu caráter público. Seriam os denominados interesses públicos relativamente indisponíveis.

Assim, o interesse / bem disponibilizado por norma constitucional derivada (Emenda Constitucional, por exemplo) é submetido à mínima indisponibilidade já que sua limitação consiste única e exclusivamente na necessidade de respeito ao núcleo duro da Constituição (cláusulas pétreas) e na compatibilidade com os objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, CRFB).

Por outro lado, o interesse disponibilizado por norma legal primária (“com força de lei”) encontra maiores possibilidades de restrição já que se submete à consecução dos fins estabelecidos nas normas constitucionais originárias e derivadas. A disponibilidade destes interesses está submetida à respectiva compatibilidade com os valores constitucionalmente tutelados, devendo ser levado em consideração, é claro, que a autorização legislativa expressa

³⁸⁸ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: Consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). In: Revista de Processo, São Paulo, v. 128, p. 59-77, out. 2005. p. 60.

representa uma prévia ponderação do legislativo a respeito da disponibilização do interesse / bem em questão, merecendo ser reconhecida sua validade *prima facie*, até mesmo em decorrência da presunção de sua constitucionalidade.

A visão clássica sustenta que estas (normas primárias) são as únicas em que se permite a disponibilização dos interesses e bens de natureza pública. O fundamento para vedar a disponibilização de bens e interesses a partir de atos administrativos (normas secundárias) reside na clássica afirmação de que a Administração tem apenas a gestão dos bens públicos e não sua propriedade, pertencente à coletividade, o que levaria à ausência de poder de livre disposição desses bens e interesses. Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho³⁸⁹ pondera que:

Os bens e interesses públicos não pertencem a Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conserva-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos. O princípio da indisponibilidade enfatiza tal situação. A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. Por essa razão e que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser. Da mesma forma, os contratos administrativos reclamam, como regra, que se realize licitação para encontrar quem possa executar obras e serviços de modo mais vantajoso para a Administração. O princípio parte, afinal, da premissa de que todos os cuidados exigidos para os bens e interesses públicos trazem benefícios para a própria coletividade.

Isso porque quando se fala que a Administração só tem a gestão dos bens e não sua propriedade se está a utilizar a metonímia da Administração como parcela do poder político, ou melhor, como sinônimo do exercício da função típica do Executivo³⁹⁰ e, ainda assim, atrelada à concepção de que a Administração Pública atua apenas na esfera da determinação legal, sendo a omissão legislativa impositiva de um não-fazer (princípio da legalidade na concepção clássica, de que a Administração só pode agir quando a lei determinar).

De acordo com este entendimento, como manifestação da representação popular³⁹¹, a disponibilização dos interesses / bens públicos somente é possível através da autorização legal

³⁸⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 34.

³⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 74

³⁹¹ Segundo os termos da Constituição Federal “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (Artigo 1º, parágrafo único, CF/88).

específica (Poder Legislativo), observados os limites normativo-constitucionais para tanto, como é o caso do respeito à supremacia da Constituição e de seu núcleo duro (valores, atividades e bens imprescindíveis à existência do Estado).

Este é o entendimento da doutrina clássica³⁹² e que se reflete em decisões do Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa do seguinte trecho do voto do Relator do Recurso Especial nº 1.196.773/PA:

[...] Isso porque, em se tratando de Fazenda Pública, a renúncia à prescrição pressupõe expressa lei autorizativa. Assim, o instituto da renúncia à prescrição, norma de caráter essencialmente privado, não se compatibiliza com os princípios que regem a Administração Pública, de modo que a irrenunciabilidade da prescrição, no âmbito do regime de direito público, é consequência da própria indisponibilidade dos bens públicos. Nesse sentido: REsp 747.091/ES, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 6.2.2006; AgRg no REsp 907.869/ES, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 18.12.2008 [...]

(STJ. REsp 1196773/PA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/09/2013, DJe 29/10/2013)

Adotando-se este posicionamento, a autorização legislativa genérica do art. 30 do Projeto de Lei n. 7.169/14 é insuficiente para a adoção de soluções consensuais em que haja disponibilidade parcial de direitos e interesses da Administração.

Inclusive, nesta hipótese, insuficiente a previsão de edição de mero regulamento como previsto no art. 30, §2º do referido projeto de lei, já que ausente a sua natureza de norma jurídica primária (lei).

Ocorre que a afirmação de que o poder de gestão não engloba o poder de disposição é incompleta. Na realidade, gerir um patrimônio significa adotar práticas de boa administração, destinando o patrimônio (bens e interesses) aos fins desejados pelo seu titular. Especificamente no caso da Administração Pública, a gestão do seu bens e interesses exige do administrador a utilização dos meios que considerar (e justificar, é claro) necessários e úteis à obtenção do resultado, qual seja, a realização dos interesses públicos previstos nas normas constitucionais.

³⁹² Neste sentido: SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 201; GUEDES, Jefferson Carús. “Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública”. In: Jefferson Carús Guedes; Luciane Moessa de Souza. (Org.). Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, v. 1, p. 251; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1133.

No seu mister, a atuação do administrador deverá estar em conformidade com a ordem jurídica globalmente considerada, não havendo necessidade de autorização normativa específica para cada ato de disposição se este se inserir dentro do contexto geral de realização do interesse público (respeito à ordem jurídica como um todo e, obviamente, à hierarquia normativa).

Tomás-Ramon Fernández e Eduardo García de Enterría³⁹³ constataam que a “Administração negocia e que a negociação converteu-se em um instrumento imprescindível para a tarefa de administrar”.

Enquanto instrumentais³⁹⁴ à realização do interesse público primário, ou seja, dos fins que o Constituinte estabeleceu como meta de resultados aos administradores públicos, a atuação da Administração não se limita apenas às situações em que o legislador lhe autoriza atuar. Esta visão clássica do Princípio da Legalidade dá lugar à noção de juridicidade, que se traduz na atuação do administrador com base no ordenamento jurídico considerado como um todo, com especial destaque à observância das normas constitucionais.^{395, 396}

Como observa Gustavo Binbenojm:³⁹⁷

A atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade praeter legem), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra legem, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

Em sentido semelhante, Juarez Freitas³⁹⁸ expõe que:

³⁹³ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de derecho administrativo. 9. ed. Madrid: Civitas, 1999, v. 1, p. 663.

³⁹⁴ Cf. DALLARI, Adilson de Abreu. “Atualmente, com base no princípio participativo, afirmado pela Constituição Federal, já se desenvolvem várias ações calcadas na colaboração, no entendimento e na soma de esforços dos agentes privados e governamentais. [...] Ao optar por uma solução amigável, a Administração Pública não está necessariamente transigindo com o interesse público [primário]. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita ou um meio mais hábil para a defesa do interesse público. DALLARI, Adilson de Abreu. “Viabilidade da transação entre o poder público e o particular”. In: Revista Interesse Público, n. 13, pp.11-24, 2002. pp. 15-16.

³⁹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

³⁹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 226.

³⁹⁷ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 52ª Ed. rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 38.

³⁹⁸ FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.p.60.

Assim, a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade sim, mas encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como razoável. Não significa dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente adjetivada razoável requer a observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional. A submissão razoável apresenta-se menos como submissão do que como respeito. Não é servidão, mas acatamento pleno e concomitante à lei e, sobretudo, ao Direito. Assim, desfruta o princípio da legalidade de autonomia relativa, assertiva que vale para os princípios em geral.

Assim, entende-se dispensável a exigência de autorização legislativa específica para a disposição de bens e interesses da Administração Pública enquanto atividade realizada no contexto das práticas de boa administração e busca de resultados (realização dos fins constitucionalmente previstos e obediência do ordenamento jurídico como um todo).

Dentro deste contexto de juridicidade e de observância do ordenamento jurídico em sua totalidade, com destaque para as normas constitucionais, vê-se que a própria ordem vigente traz diversas limitações ao poder de disposição e gestão dos administradores públicos e que, portanto, devem ser respeitadas.

Há hipóteses em que o próprio ordenamento constitucional exige, de antemão, lei específica para a disponibilização de determinados créditos / bens, como ocorre com o art. 150, §6º da Constituição em relação à transação com créditos tributários. Nestes casos, não se discute se é ou não possível ao administrador, dentro do seu poder de gestão, dispor dos créditos tributários com fundamento apenas em norma genérica ou na Constituição, já que o próprio Poder Constituinte estipulou necessária a edição de lei específica para tanto.

O mesmo se diga em relação aos bens imóveis, como estipulado pelo legislador na edição da Lei 8.666/93 (com fundamento nos arts. 22, XXVII c/c 37, XXI, ambos da Constituição), também limitando o poder de gestão e disposição desta espécie de bens públicos, não só na alienação como também nas situações de doação ou permuta.

Em relação às quantias em espécie, ou seja, ao poder de disposição e gestão do dinheiro público, devem ser observadas as limitações constitucionais e legislativas para a realização do acordo, como, por exemplo, a necessidade de prévia dotação orçamentária e o respeito às regras de transparência e controle como previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Observados os condicionantes constitucionais e legislativos ao poder de disposição e gestão dos bens públicos, cabe ao administrador eleger o modo mais adequado à realização das finalidades constitucionais que está submetido, devendo, neste processo, observar a especial

necessidade de justificação da sua atuação, garantindo a boa gestão da coisa pública e se submetendo ao princípio do controle.

No atual contexto do direito administrativo contemporâneo, de resultados, soa anacrônico se pensar no atuar administrativo submetido às estritas autorizações legais, desconsiderando a realidade e a necessidade de a administração adotar práticas que correspondam de modo ágil e eficiente às pretensões dos administrados. As previsões legislativas servem não como critérios autorizadores, mas como parâmetros limitadores do poder de gestão e disposição dos bens e interesses públicos.

Comprovando que seu atuar não está limitado especificamente por qualquer norma jurídica e que, ao contrário, se encontra em vias de realizar os fins constitucionalmente previstos, basta ao administrador que instaure procedimento administrativo e demonstre o preenchimento do requisito da vantajosidade e do atendimento do interesse público primário (que perpassa pela ótica do resultado) para que possa gerir adequadamente o interesse e os bens públicos, inclusive com o poder de sobre eles dispor. Como ressalta Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁹⁹:

[...] Ao atuar neste campo, da solução administrativa de conflitos, deve-se reconhecer ao Estado a necessária flexibilidade para ponderar interesses em jogo e definir, a partir de processos administrativos, abertos e transparentes, fórmulas que se mostram as mais eficientes sob o critério finalístico, ou seja, para se lograr mais completa e celeremente a composição pretendida pelo direito, o que necessariamente conduz a uma profunda revisão do que, afinal, é ou não indisponível para o Estado administrador [...]

O Supremo Tribunal Federal possui decisão em sentido semelhante, entendendo legítima a excepcional desnecessidade de autorização legislativa prévia para a formulação de acordo, conforme se vê do seguinte julgado:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma

³⁹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 119.

diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.

(STF. RE 253885, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796)

Em seu voto, a então Ministra Ellen Gracie destacou que:

Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade [...] Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse.

Adotando-se tal perspectiva contemporânea de um modelo consensual da Administração Pública, conclui-se que a previsão do art. 30, II do Projeto de Lei 7.169/2014, que autoriza o cabimento da resolução autocompositiva dos conflitos através de mera autorização regulamentar (normativa secundária), é legítima e lícita, demonstrada a ‘vantajosidade’ motivada da escolha (eficiência e resultado positivo) no devido processo administrativo.

Desta forma, fundamentando-se em razões justificadas pela eficiência e pelo encontro de uma solução adequada à consecução do interesse público (fins constitucionais), evidencia-se que a disponibilização destes interesses instrumentais é respaldada diretamente nas normas constitucionais regentes (arts. 18 e 37, ambos da Constituição Federal).

Carlos Alberto de Salles⁴⁰⁰ destaca, ainda, que fator fundamental para o atingimento dos objetivos da mediação é que do processo participem pessoas com autoridade para consentir com o possível acordo, não bastando, a princípio, que tenham apenas “poderes para transacionar”. Isso porque, como ressalta o autor:

Nem sempre a outorga de poderes formais para transacionar é significativa de transmitir ao outorgado a efetiva capacidade de decidir em nome da pessoa, empresa ou instituição outorgante. Para a mediação chegar a resultados frutíferos, é importante a participação de pessoas com inteiras condições de chegar a um acordo, sob pena de pôr a perder os esforços realizados em direção ao consenso⁴⁰¹.

Importante notar que as hipóteses acima são relativas às situações nas quais não se evidencia alguma ilegalidade *prima facie* da conduta administrativa já que, se esta for verificada pela Administração, esta tem o dever-poder de ceifa-la, independentemente de a causa ter ou

⁴⁰⁰ SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2001. pp. 184-187.

⁴⁰¹ SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 184.

não sido judicializada. Como previsto nos arts. 1º, caput e art. 37, caput, ambos da Constituição Federal, em um Estado Constitucional Democrático a conduta da Administração Pública deve ser pautada na atuação lícita e na correção das eventuais ilicitudes porventura verificadas.

Eduardo Talamini⁴⁰² ressalta que “a Administração, uma vez constatando que não tem razão em dado conflito, tem o dever de submeter-se aos parâmetros da legalidade”. Não há necessidade de autorização legislativa específica diferenciada para isso já que a autotutela emana da própria norma violada e, em grau superior, da própria Constituição Federal como determinação normativa de caráter impositivo e de eficácia direta e imediata.

Mais adiante, o referido autor constata:

O princípio da indisponibilidade do interesse público, na acepção antes vista, tampouco *desautoriza a constatação ora feita. A Administração Pública não está dispondo, “abrindo mão”, do interesse público quando dá cumprimento a direito alheio. E isso pela óbvia razão de que, nessa hipótese, se não há direito em favor da Administração, não há que se falar em interesse público. [...] Nesse passo, cumprir deveres e reconhecer e respeitar direitos do administrado é atender ao interesse público. Só assim estará sendo observado o interesse público primário, que é o verdadeiro e único interesse público. Como se verá, o reconhecimento da razão do particular precisará sedar mediante devido processo administrativo. O cumprimento do dever junto ao particular precisará ser deferido pela autoridade administrativa competente – e assim por diante. Mas o fundamental é que é possível – mais do que possível, é dever da Administração – cumprir direitos alheios ou abdicar de pretensões infundadas quando constata que não tem razão.*

Neste sentido, veja-se que o Código Modelo de Processos Administrativos - Judicial e Extrajudicial - para a Ibero-América, aprovado em 2012 em Buenos Aires, em seu art. 71 faz a ressalva quanto aos atos manifestamente nulos. Expressamente, prevê que “Ressalvados os casos de nulidade dos atos administrativos, as partes poderão recorrer a outros meios adequados de solução de controvérsia, tais como arbitragem, conciliação, mediação, transação e composição amigável”

Do mesmo modo, não é correto o entendimento de que nas pretensões contrárias à Fazenda, o interesse público somente estará sendo atendido por meio de uma decisão judicial transitada em julgado. A Administração não deve deixar de reconhecer direitos legítimos

⁴⁰² TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: Consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). In: Revista de Processo, São Paulo, v. 128, p. 59-77, out. 2005. p. 63

apenas porque lhe é movida pretensão ou porque há um processo judicial em curso.⁴⁰³ Inclusive, a mera existência de processo judicial não torna o interesse público secundário indisponível, afinal, do contrário “significaria imaginar que a litispendência imuniza a Administração de seu dever maior, de submeter-se à legalidade”.⁴⁰⁴

A busca por outros mecanismos de composição de litígios que não o clássico processo jurisdicional está de acordo com a concepção de que nem sempre a forma adjudicativa é a mais adequada para o direito material controvertido.

Ainda, que a Administração é gestora de interesses públicos e que, diante dos graus de (in) disponibilidade dos interesses e direitos em jogo, poderá fazer uso da técnica adequada à solução da controvérsia de modo a melhor atender ao interesse público, em prol de uma administração de resultados positivos, seja através de métodos autocompositivos (negociação, mediação, conciliação), seja através de métodos heterocompositivos (arbitragem ou a própria jurisdição).

Justificável, portanto, a previsão de que os pedidos de resolução de conflitos submetidos às Câmaras, como previsto no art. 30, II do Projeto de Lei 7.169/2014, sejam avaliados de acordo com a regulamentação do respectivo ente federado, como apregoa o §2º do dispositivo mencionado, como regra, dispensando a exigência de lei específica para tanto, excepcionadas as hipóteses nas quais as normas jurídicas o exijam (v.g. art. 150, §6º, CRFB e art. 17, Lei 8.666/93).

- **Confidencialidade vs Publicidade**

Verificada a especificidade dos interesses públicos que podem ser objeto de negociação, mediação, conciliação ou arbitragem em causas nas quais a Administração Pública seja parte, passa-se agora ao enfrentamento da segunda barreira específica à utilização destas técnicas, qual seja, a da imposição normativa constitucional da publicidade em confronto com o princípio da confidencialidade, característico de algumas destas técnicas.

Como princípio constitucional, a publicidade é direcionada ao Poder Público como regra geral que alcança todas as esferas políticas em quaisquer de suas funções (legislativa, administrativa e jurisdicional).

⁴⁰³ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na execução contra a Fazenda Pública. In: Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, pp. 43-57, jul./set. 2010. p. 44.

⁴⁰⁴ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: Consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). In: Revista de Processo, São Paulo, v. 128, p. 59-77, out. 2005. p. 65

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁰⁵, pelo princípio da publicidade se traduz a ideia de que a Administração deve ser transparente em toda a sua atuação, corolário lógico e direto de um Estado Democrático de Direito. Através da publicidade, permite-se que os cidadãos e os órgãos competentes façam o necessário controle da atividade pública, fornecendo credibilidade e confiança nas instituições públicas e no respeito à ordem normativa vigente.

Atua a publicidade como garantia fundamental e como dever do Poder Público. São duas as perspectivas expostas por Gilmar Ferreira Mendes⁴⁰⁶ como decorrentes do princípio da publicidade: (1) na perspectiva do direito à informação (e de acesso à informação), como garantia de participação e controle social dos cidadãos (a partir das disposições relacionadas no art. 5º, CF/88), bem como (2) na perspectiva da atuação da Administração Pública em sentido amplo (a partir dos princípios determinados no art. 37, caput, e artigos seguintes da CF/88).

O art. 5º, XXXIII, da Constituição limita a divulgação de informações de interesse público individual, coletivo ou geral em situações nas quais se possa colocar em risco a segurança da sociedade e do Estado. A Lei Federal nº 12.527 de 18 de novembro de 2011 trata do acesso e o sigilo de informações públicas, especialmente em seus arts. 21 a 31 e é regulamentada pelo Decreto Federal nº 7.845 de 14 de novembro de 2012.

Preveem os arts. 23 e 24 da referida lei que:

Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;

II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;

III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;

IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

⁴⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 114-115.

⁴⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2012. pp. 985-986. Ebook.

V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas;

VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;

VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

Art. 24. A informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada.

Evidenciada em abstrato alguma das situações previstas no art. 23 da Lei 12.527/2011, ou verificada a necessidade em concreto, mediante ponderação entre normas constitucionais em conflito, de restrição da publicidade, possível a aplicação da “publicidade restrita” na atuação do Poder Público.

No plano processual propriamente, a regra também é a da publicidade dos atos processuais, com ressalva às excepcionais situações de defesa da intimidade ou de interesse social (arts. 5º, LX e 93, IX, da Constituição Federal), garantida em qualquer caso a presença das partes e dos seus advogados⁴⁰⁷.

Portanto, no ordenamento jurídico prevalece a “publicidade plena ou popular” como regra, sendo excepcional a “publicidade restrita ou especial”⁴⁰⁸, seja por conta de ponderações feitas previamente pelo próprio legislador infraconstitucional como também pela ponderação concreta exercida em face de outros princípios e valores constitucionalmente tutelados.

O art. 2º, VII do Projeto prevê que a confidencialidade é princípio orientador da mediação, sendo certo que quanto ao termo, há interessante posicionamento doutrinário⁴⁰⁹ que diferencia “confidencialidade” de “privacidade”.

Em sentido amplo, confidencialidade representa o dever das partes que optaram pelo meio consensual de resolução do conflito de reservar do conhecimento de terceiros a existência

⁴⁰⁷ GRECO, Leonardo. “Garantias fundamentais do processo: o processo justo”. In: Revista Jurídica, n. 305, pp.61-99, mar. 2003. pp. 86-87.

⁴⁰⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 7

⁴⁰⁹ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. “A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções”. In: Revista de Direito Privado, n. 49, 2012, pp. 227-285. pp. 231-234

do próprio conflito, dos documentos exibidos, das provas produzidas, do desenrolar das negociações e de eventual decisão (caso o processo seja heterocompositivo, como ocorre com a arbitragem, por exemplo). É sinônimo de sigilo.

Em sentido estrito, confidencialidade é a imposição de sigilo para todos os sujeitos que participam do método não jurisdicional de solução do conflito. Já a privacidade seria a vedação a que terceiros estranhos ao conflito participem das negociações ou da audiência arbitral.

José Emilio Nunes Pinto⁴¹⁰ ressalta que:

Já tivemos oportunidade de analisar o conceito de confidencialidade como sendo a obrigação imposta às partes e aos árbitros e, em alguns casos, mencionados em regulamentos de instituições arbitrais, a terceiros que participem de alguma maneira, direta ou indiretamente, de procedimentos arbitrais, de não divulgar ou publicar quaisquer dados, informações e quaisquer outros detalhes que tenham tomado conhecimento no curso daqueles. A privacidade, no entanto, refere-se à condução do próprio procedimento arbitral e à realização de seus atos. Em razão da privacidade conferida ao procedimento arbitral, dele somente poderão participar as partes, seus procuradores, os árbitros e aqueles que, por deliberação das partes e do tribunal arbitral, venham a ser chamados para dele participar. Em suma, a privacidade impede que estranhos ao procedimento dele participem ou assistam a quaisquer sessões do tribunal arbitral, diferentemente do que ocorre no processo judicial que é, por natureza e salvo exceções, público.

Tratando especificamente da arbitragem em demandas envolvendo o Poder Público, Fichtner, Mannheimer e Monteiro⁴¹¹ descrevem que o interesse público é normalmente relacionado como exceção ao dever de confidencialidade. Entendem os autores que “a regra do sigilo cederá diante do princípio constitucional da publicidade dos atos da Administração Pública (art. 37 da CF)”⁴¹².

Carlos Alberto de Salles⁴¹³ enfatiza que:

A publicidade dos atos da Administração Pública é um dos princípios centrais da *atividade administrativa contemporânea*. Ela é a propulsora da ‘transparência’ dos

⁴¹⁰ PINTO, José Emilio Nunes. “A confidencialidade na arbitragem”. In: Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 6, p. 25. São Paulo: RT, jul./set. 2005.

⁴¹¹ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. “A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções”. In: Revista de Direito Privado, n. 49, 2012, pp. 227-285. pp. 274-275

⁴¹² Contra, entendendo possível a realização de mediação confidencial mesmo quando envolvido o Poder Público: DIAS, Maria Tereza Fonseca. “A mediação como instrumento de eficiência e consensualidade do processo administrativo disciplinar”. In: Revista Fórum Administrativo - FA, Belo Horizonte, ano 12, n. 134, p. 52-63, abr.2012. p. 58.

⁴¹³ SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2001. P. 284.

atos da administração e fator indispensável para se garantir a responsividade dos agentes públicos.

Em se tratando de mediação, há que se ter em conta que a confidencialidade é um princípio expresso no Projeto de Lei 7.169/2014, como acima exposto.

José Joaquim Gomes Canotilho⁴¹⁴ afirma que princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado, que carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), que têm função de ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia de direito’ (Larenz), servindo como fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Em interessante passagem, Luís Roberto Barroso⁴¹⁵ afirma que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Seriam “mandamentos de otimização”, com a possibilidade de serem satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Vê-se, assim, que o Projeto de Lei 7.169/2014, ao elencar a confidencialidade como princípio, busca que esta seja realizada na maior medida possível dentro das possibilidades fático-jurídicas existentes, não sendo uma imposição irrestrita e incontornável. A regulamentação específica da confidencialidade está prevista nos arts. 28 e 29 do Projeto e dispõe que a confidencialidade é a regra geral do procedimento de mediação, com as seguintes exceções: a) Deliberação das partes; b) Exigência de divulgação por força de lei; c) Exigência de divulgação como forma de se fazer cumprir o que acordado.

A confidencialidade alcança os documentos preparados unicamente para os fins da mediação e todas as manifestações de vontade das partes durante o procedimento, sendo que o art. 28, §2º do Projeto chega ao ponto de declarar inadmissível a prova produzida violadora do dever de confidencialidade.

Como técnica de auxílio e estímulo à obtenção de canais adequados de comunicação, em busca de solução consensual de controvérsias, a mediação conta com a confidencialidade

⁴¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. Ed. Coimbra: Almedina, pp. 1160-1161.

⁴¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 357-358.

como interessante mecanismo de apoio⁴¹⁶, apesar de grande parte da doutrina não considerar o sigilo como inerente ao método alternativo.⁴¹⁷

Como bem exposto por Christopher W. Moore:⁴¹⁸

A confidencialidade, embora com frequência considerada um aspecto importante e na verdade uma necessidade funcional da mediação, não é universalmente garantida ou necessária. Alguns Estados dos Estados Unidos proporcionam garantias legais de confidencialidade entre os disputantes e o mediador [...] Outros Estados não permitem a confidencialidade e, às vezes, podem solicitar dados ou intimar os mediadores a testemunhar nos procedimentos legais de pós-mediação, quando as partes não conseguiram chegar a um acordo. Os mediadores devem descrever os limites de confidencialidade permitidos em seu Estado ou agência, para que os disputantes conheçam os limites de sua privacidade.

Apesar disso, é inegável que a confidencialidade dá efetividade e seriedade ao processo de mediação já que:

Sendo a informação importante moeda de troca nas negociações e de exposição sensível à confiança e à promessa de reciprocidade, não é raro que um mediador somente consiga os dados cruciais para a inteligibilidade de um conflito numa sessão privada, após a promessa de confidencialidade.⁴¹⁹

Adiante, de modo extremamente lúcido, conclui-se que “se, entretanto, fosse possível que o mediador testemunhasse em juízo sobre as informações que obteve em razão da mediação, uma parte de má-fé poderia utilizar o processo de mediação para obter uma vantagem estratégica em uma futura disputa judicial”⁴²⁰.

Das linhas acima traçadas, conclui-se que a confidencialidade é um princípio previsto no Projeto de Lei 7.169/2014 e que como princípio, deve ser aplicado na maior medida possível,

⁴¹⁶ Em sentido contrário, entendendo ser a confidencialidade essencial à mediação, inclusive quando envolver o Poder Público: MARTÍNEZ, Gerardo Carballo. “La mediación administrativa: algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal”. In: Revista Jurídica de Castilla y León, n. 29, pp. 1-22, jan. 2013. p.21.

⁴¹⁷ Cf. AZEVEDO, Gustavo Tranco, Confidencialidade na mediação, in AZEVEDO, André Gomma de (Org.), Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, Vol. 2, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003. p. 303.

⁴¹⁸ MOORE, Christopher W. O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2ª Ed. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998. pp. 176-177.

⁴¹⁹ AZEVEDO, Gustavo Tranco, Confidencialidade na mediação, in AZEVEDO, André Gomma de (Org.), Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, Vol. 2, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003. p. 306.

⁴²⁰ AZEVEDO, Gustavo Tranco, Confidencialidade na mediação, in AZEVEDO, André Gomma de (Org.), Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, Vol. 2, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003. p. 308.

estando regulamentada nos arts. 28 e 29, alcançando não só os documentos destinados especificamente à mediação como todas as declarações de vontade expressadas no procedimento, exceto as três hipóteses específicas de exigência legal, necessidade de divulgação para a exigência de cumprimento do próprio acordo e por deliberação das partes.

Nas hipóteses de solução alternativa de conflitos em que uma das partes seja o Poder Público, há que se observar a regra da publicidade dos atos estatais, o que afasta o sigilo destas técnicas de solução de conflitos e se enquadra na exceção legal do dever de confidencialidade, como bem reconhecido pelo art. 28 do Projeto, especialmente na parte em que ressalva a necessidade de divulgação “exigida por lei”.

Ocorre que esse afastamento da confidencialidade não se dá necessariamente em todos os casos já que, como visto, há situações em que a publicidade dos atos estatais pode ser restringida, vale dizer, quando houver concreta e específica situação de conflito entre valores constitucionalmente tutelados ou quando for algum dos casos previstos nos arts. 23 e 24 da Lei Federal nº 12.527/2011.

Assim, a regra geral é que não haverá confidencialidade nas técnicas consensuais de resolução de conflitos que envolvam o Poder Público, possibilitando-se sua utilização caso haja a demonstração em concreto de situação prevista na Lei 12.527/2011 ou em motivado caso de conflito entre princípios constitucionais, em que o valor conflitante com a publicidade prevaleça após o juízo de ponderação.

- **Impessoalidade**

Como dever da Administração Pública, o art. 37 da Constituição Federal dispõe que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

Objetiva a impessoalidade garantir a igualdade de tratamento dos administrados que se encontrem na mesma situação jurídica, evitando-se o favorecimento indevido de determinados sujeitos em relação aos demais.⁴²¹

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴²² esclarece que:

Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismo nem perseguições

⁴²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p.20.

⁴²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 114-115.

são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.

Não é difícil perceber que, por ser um princípio explícito aplicável às atividades administrativas realizadas pelo Poder Público, a impessoalidade também incide nas negociações e acordos realizados pela Administração. Na regulamentação das hipóteses em que a Administração Pública esteja autorizada a negociar, imprescindível sua observância mediante a estipulação de condições gerais que permitam aos administrados estar no mesmo patamar de igualdade se preenchidos os requisitos.

A impessoalidade e a igualdade no campo da negociação com o Poder Público funcionam como princípio a ser realizado na maior medida possível. Enquanto for possível trazer condições e parâmetros de negociação para o plano pessoal, melhor.

Entretanto, isso não significa que em casos concretos, devidamente justificados, haja certa margem de liberdade de atuação na negociação. Isso não significa violação da impessoalidade ou da igualdade já que foi a situação concreta, devidamente justificada, que levou à realização de determinado acordo específico, cujas condições não foram previamente definidas pelo regulamento.

Pollyana da Silva Alcântara⁴²³ destaca que:

[...] deve ser realizada em observância aos princípios da impessoalidade e isonomia. Obviamente, não há como a Fazenda Pública estender determinado acordo, de maneira automática e genérica, a todos os outros credores em outros processos, porque cada caso exige negociação específica. Entretanto, deve a Fazenda Pública, em momento oportuno, conceder igual tratamento a outros credores em situações análogas. Decerto, os princípios da impessoalidade e da isonomia devem ser cabalmente observados, e, por consectário, eventuais favoritismos e compadrios devem ser eliminados [...]

Corretamente, o Código Modelo de Processos Administrativos - Judicial e Extrajudicial - para Ibero-América prevê que:

Art. 72: O uso de meios alternativos de solução de controvérsias com a Administração estará sujeito aos seguintes princípios:

[...]

⁴²³ ALCÂNTARA, Pollyana da Silva. Da possibilidade jurídica da Fazenda Pública realizar conciliação em juízo. In: Revista Brasileira de Direito Municipal - RBDM. Belo Horizonte, ano 12, n. 39, pp. 97-111, jan./mar. 2011. p. 111.

II - Isonomia. Os acordos que envolvam normas administrativas ou atuações de alcance geral devem atingir todos aqueles que se encontrarem na mesma situação fática, ainda que desses acordos não tenham participado.

Assim, o regulamento deve trazer o máximo de condicionantes genéricas possíveis, sendo certo que a existência de limites fáticos e concretos podem permitir a realização de negociação com parâmetros diferenciados desde que haja justificativa para tanto.

- **Condicionantes técnicos. Poderes para a realização do acordo. Necessidade de motivação e justificativa. Vantajosidade**

Dentro da ótica da Administração Pública consensual e inserida no Estado Constitucional Democrático, imprescindível que a atuação administrativa esteja respaldada em motivos legítimos e claros à sociedade.

Como bem observa Di Pietro:⁴²⁴

Relacionada com a idéia de participação, ocorreu a processualização do direito administrativo, especialmente com a exigência constitucional do devido processo legal, que exige, entre outras coisas, a observância de formalidades essenciais à proteção dos direitos individuais, como a ampla defesa, o contraditório, o direito de recorrer, a publicidade.

Em decorrência do dever de motivar sua conduta, a Administração deve justificar a celebração do acordo, expondo as razões de fato e de direito que a levaram-na a aceitá-lo. Com bem exposto por Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara⁴²⁵, “É óbvio que, para ser válido, o acordo deve apresentar justificativa razoável e atender aos reclamos da boa administração [...] Nesta esteira, outro requisito indispensável é a demonstração de vantajosidade do acordo para a Administração”.

Claudio Penedo Madureira e Lívio Oliveira Ramalho⁴²⁶ chegam a falar em “imperiosidade da instauração de procedimento administrativo para a deliberação acerca da pertinência teórica da celebração de acordo pela Fazenda Pública”.

Diante da sensibilidade do tema, em especial em razão das barreiras à solução consensual dos conflitos envolvendo a Administração Pública, há que se destacar a necessidade

⁴²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O direito administrativo sob influência dos sistemas de base romanística e da ‘common law’. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. n. 8, nov./dez. 2006. Disponível na internet <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 01 maio 2014. p. 17-18.

⁴²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na execução contra a Fazenda Pública. In: Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, pp. 43-57, jul./set. 2010. p. 48.

⁴²⁶ MADUREIRA, Claudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. A conciliação nos Juizados da Fazenda Pública. In: Revista Fórum Administrativo - FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 128, pp. 42-53, out./2011. p. 48.

de expressa motivação e justificação da opção pela solução alternativa, com especial enfoque na vantajosidade da medida adotada, como forma de evitar favorecimentos ou atos espúrios de sujeitos ímprobos.

3. Solução consensual facultativa

O art. 2º, parágrafo único do Projeto de Lei 7.169/2014 prevê que “ninguém será obrigado a submeter-se a procedimento de mediação”. O dispositivo veda a denominada “mediação obrigatória”, ou seja, a imposição da mediação como condição de procedibilidade das demandas judiciais.

Como observam Humberto Dalla e Michele Paumgarten⁴²⁷, a mediação obrigatória não se coaduna com a própria essência do instituto. Reporta-se à passagem anterior em que se expôs que a mediação é conjunto de técnicas destinado a modificar as pessoas e seus sentimentos, permitindo que haja um canal de comunicação livre de ruídos, especialmente destinadas às relações jurídicas continuativas de caráter interpessoal. Trata-se de trabalho artesanal em que não se adota a ótica de vencedor/derrotado.

De modo absolutamente lúcido, os autores expõem a problemática da mediação obrigatória, evidenciando o equívoco da concepção de que a mediação pode funcionar como mecanismo de combate ao excesso de demandas judiciais, esclarecendo que:

A forma como a mediação vem sendo introduzida em alguns ordenamentos desfigura o instituto e tem a finalidade de servir a propósitos meramente estatísticos, e que estão longe de atender às necessidades do cidadão. Pensar em uma instância prévia e obrigatória de conciliação, nas hipóteses em que se discute apenas uma questão patrimonial, ou impor sanções pela não aceitação de um acordo razoável (como o pagamento das custas do processo ou dos honorários advocatícios, mesmo em caso de vitória, quando aquele valor é exatamente o que foi decidido pelo magistrado na sentença), podem ser soluções válidas. São exemplos do direito inglês e do direito norte-americano que merecem ser estudados. Mas nunca numa mediação, onde há questões emocionais profundas, muitas vezes inconscientes, que demandam tempo, amadurecimento e mútua confiança para serem expostas e resolvidas. Sujeitar a admissibilidade da ação a uma tentativa prévia e obrigatória de mediação, num caso

⁴²⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Mediação Obrigatória: Um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: XXI ENCONTRO NACIONAL CONPEDI, 2012, Uberlândia. pp. 414-437. Disponível em: http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/mediacao_obrigatoria_conpedi.pdf. Acesso em: 01 de maio de 2014. p. 418.

de grande complexidade, acarretará uma das seguintes situações: a) as partes farão uma mediação simulada e, após duas ou três sessões dirão que o acordo é impossível, preenchendo, dessa forma, a condição legal que lhe foi imposta; b) as partes se submeterão a um procedimento superficial, e verdadeira questão subjacente aquele conflito, que funciona como motor propulsor oculto de toda aquela litigiosidade, não será sequer examinada; c) as partes se recusarão a participar do ato, por saberem que não há condições de viabilidade no acordo, e o juiz rejeitará a petição inicial, por ausência de condição de procedibilidade, o que, provavelmente, vai acirrar ainda mais os ânimos. Nenhuma dessas hipóteses parece estar de acordo com a índole pacificadora da moderna concepção da jurisdição.⁴²⁸

Deste modo, corretos os arts. 2º, parágrafo único e 30, §2º do Projeto de Lei 7.169/2014 ao adotarem a mediação como técnica facultativa de solução consensual⁴²⁹.

4. O Projeto do Novo Código de Processo Civil

O art. 30, caput, I, II e III do Projeto de Lei 7.169/2014 tem redação muito semelhante à do art. 175 do Projeto⁴³⁰ de Novo Código de Processo Civil na versão final apresentada pela Câmara dos Deputados (PL nº 8046/2010). Veja-se:

Projeto de Lei n. 7.169/2013	Projeto de Lei n. 8.046/2010 (NCPC)
Art. 30. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, com competência para:	Art. 175. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação , com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:
I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;	I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;	II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação , no âmbito da administração pública;

⁴²⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Mediação Obrigatória: Um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: XXI ENCONTRO NACIONAL CONPEDI, 2012, Uberlândia. pp. 414-437. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/mediacao_obrigatoria_conpedi.pdf>. Acesso em: 01 de maio de 2014. p. 420.

⁴²⁹ O Real Decreto-Lei 5/2012 da Espanha, em seu art. 6.1 também rechaça a ideia de mediação obrigatória: “Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición. 1. La mediación es voluntaria”.

⁴³⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 8046/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 04 maio 2014.

III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.	III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.
---	---

Interessante observar que o Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 que deu origem ao Projeto de Novo Código de Processo Civil não continha previsão semelhante à redação do art. 175 do Substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados.

A inclusão do art. 175 pela Câmara dos Deputados teve o mérito de ressaltar a importância da solução alternativa de conflitos no âmbito das relações administrativas, seja entre órgãos públicos, seja entre a Administração e os particulares.

Ocorre que, apesar da semelhança das redações, há diferenças que merecem destaque.

O caput do art. 175 do Projeto de Lei n. 8.046/2010 traz verbo no imperativo “criarão”, dando a impressão de que será obrigatória, aos Entes Públicos, a criação das referidas Câmaras, ao contrário do que faz o Projeto de Lei n. 7.169/2014. Com razão o Projeto ora comentado já que a criação ou não de Câmaras de resolução consensual de conflitos é matéria que diz respeito às opções políticas de cada ente federativo, estando dentro de sua esfera de autonomia. Portanto, a redação do art. 175 do Projeto de Lei n. 8.046/2010 em sua versão final, ao dispor que os entes “criarão” Câmaras de resolução consensual de conflitos, viola o art. 18 da Constituição Federal (autonomia federativa).

Outra diferença diz respeito à expressa referência à conciliação na versão final do Projeto de Novo Código Civil apresentada pela Câmara dos Deputados. Como visto acima, andou bem o Projeto na medida em que há situações nas quais a mediação não será a alternativa mais adequada e sim a conciliação.

Portanto, da comparação entre as redações dos Projetos de Lei acima mencionados, vê-se que o Projeto de Lei 7.169/2014 poderia ter feito menção à conciliação ao passo que a versão final do Projeto de Lei 8.046/2010 não deveria ter se utilizado do verbo criar na forma imperativa, preservando a autonomia federativa em relação à criação das Câmaras de resolução consensual dos conflitos.

Art. 31. A instauração de procedimento administrativo para resolução consensual de conflito no âmbito da Administração Pública suspende a prescrição.

§ 1o Considera-se instaurado o procedimento quando o órgão ou entidade público emitir juízo positivo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data da formalização do pedido de resolução consensual do conflito.

§ 2o Em se tratando de matéria tributária, a suspensão da prescrição deverá observar o disposto na Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

1. Suspensão da prescrição e efetividade do instrumento consensual

O art. 31 do Projeto de Lei 7.169/2013 prevê a suspensão dos prazos de prescrição quando do início do processo de mediação. De acordo com Fredie Didier Jr e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira⁴³¹ a “prescrição é o encobrimento da eficácia de determinada pretensão (perda do poder de efetivar o direito a uma prestação)⁴³², por não ter sido exercitada no prazo legal [...] não conduz à perda de direitos, faculdades ou poderes”. Em seguida, afirmam que a “decadência é a perda do direito potestativo, em razão do seu não exercício dentro do prazo legal ou convencional”.

Como se pode perceber, desejável seria que o Projeto fizesse menção à suspensão não apenas da prescrição, referente aos direitos a uma prestação (dar, fazer ou não fazer), como também à suspensão do prazo decadencial em curso, relativo aos direitos potestativos. Nem se alegue que prazos decadenciais não são suspensos eis que o art. 207 do Código Civil de 2002 é expresso em destacar que “Salvo disposição legal em contrário” as normas de suspensão do prazo prescricional não se aplicam à decadência, ou seja, se houver previsão legal para a suspensão do prazo decadencial, nada há de errado. Portanto, infelizmente, o prazo para exercício dos direitos potestativos não fica suspenso pela instauração do procedimento de mediação.

Abordando a necessidade de suspensão dos prazos prescricionais e de caducidade durante o procedimento de mediação, Gerardo Martínez⁴³³ observa que:

Para llevar a cabo un proceso de mediación deberá figurar con claridad el objeto del asunto sometido a dicha disciplina y, en todo caso, deberá contener:

d) La expresa consignación de que mientras duren las conversaciones el procedimiento o el pleito principal quedarán suspendidos, sin que sean computables plazos de prescripción o caducidad

⁴³¹ DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais. Salvador: Juspodivm, 2011. p.172-173.

⁴³² AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In: Revista de Direito Processual Civil, São Paulo, v. 68, n. 3, jul./set. 2008, p. 35-46

⁴³³ MARTÍNEZ, Gerardo Carballo. La mediación administrativa: algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal. In: Revista Jurídica de Castilla y León, n. 29, p. 1-22, jan. 2013. p.20.

O Projeto ora comentado adotou a sistemática da suspensão do prazo prescricional e não de sua interrupção. Na interrupção, o prazo recomeça a contar integralmente, não sendo aproveitado o tempo anteriormente decorrido. Ao contrário, na suspensão, o prazo deixa de ser contabilizado durante sua duração, voltando a correr quando cessa a causa suspensiva, aproveitando o tempo anteriormente decorrido. Na suspensão, não há o reinício do prazo prescricional.⁴³⁴

Andou bem o Projeto, pois com a adoção da sistemática de suspensão do prazo, e não de sua interrupção, aproveita-se o lapso temporal já decorrido, evitando que possa haver manobra por parte de algum sujeito de má-fé em se utilizar da mediação apenas para conseguir a interrupção do prazo prescricional, reiniciando-o.

A suspensão dos prazos prescricionais como pontuado pelo art. 31 do Projeto de Lei 7.169/2014 garante a efetividade da mediação extrajudicial na medida em que tranquiliza as partes que participam do processo consensual quanto ao resguardo de suas pretensões caso do mecanismo não haja a formalização de acordo⁴³⁵.

O procedimento de mediação é realizado em diversas fases e rodadas⁴³⁶, que necessitam de um tempo mais ou menos longo para que possa produzir os efeitos desejados. A ausência de regramento quanto à suspensão dos prazos prescricionais poderia levar às partes a uma judicialização antecipada da questão em razão do risco de implemento do prazo prescricional, o que seria muito ruim para a solução consensual.

Assim, andou bem o Projeto de Lei 7.169/2014, que prevê a suspensão da prescrição quando da mediação, sendo interessante destacar que seu âmbito de aplicação não se resume às mediações extrajudiciais, alcançando também a mediação pós-judicial e aquelas porventura realizadas durante o processo de execução, situações nas quais os prazos prescricionais não estariam automaticamente suspensos, como ocorre no curso do processo de conhecimento.

De acordo com o art. 31, §1º do Projeto, considera-se instaurado o procedimento e, portanto, suspenso o prazo prescricional, quando o órgão ou entidade público emitir juízo positivo de admissibilidade da resolução consensual do conflito, retroagindo a suspensão da prescrição à data da formalização do pedido da parte.

⁴³⁴ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. 2ª Ed. Rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 382-383.

⁴³⁵ Cf. SPENGLER, Fabiana; WARTSCHOW, Eduardo Henrique. “Da mediação prévia”. In: Mediação enquanto política pública: a teoria a prática e o projeto de lei. Fabiana Marion Spengler, Theobaldo Spengler Neto (Orgs.) Santa Cruz do Sul: UNISC, 2010. p. 201.

⁴³⁶ Veja-se, por exemplo, o art. 18 do Projeto, que prevê “reuniões”, dando conta de que, para ser efetiva, a mediação não pode ser excessivamente rápida.

A introdução do referido parágrafo não foi a melhor solução, destoando da sistemática geral do próprio Projeto que, em seu art. 17 caput combinado com §3º, prevê que a suspensão do prazo prescricional tem início com a assinatura do termo inicial da mediação.

Além disso, mesmo que esteja prevista a retroatividade da suspensão à data da postulação da resolução consensual, esta somente ocorrerá caso a Administração concorde com a referida forma de solução do conflito. Se vier a inadmitir a proposta, o prazo prescricional não estará suspenso, o que poderá gerar sérios prejuízos ao administrado, em especial se não for respeitado prazo máximo para a resposta da Administração.

O término da suspensão do prazo prescricional se dá com a lavratura de seu termo final (art. 20).

Esta mesma razão que levou o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia a publicarem o item 24 da Diretiva⁴³⁷ 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial, nos seguintes termos:

(24) A fim de incentivar as partes a recorrerem à mediação, os Estados-Membros deverão assegurar que as suas regras relativas aos prazos de prescrição e caducidade não impeçam as partes de recorrer ao tribunal ou à arbitragem se a sua tentativa de mediação falhar. Os Estados-Membros deverão assegurar que este resultado seja alcançado, apesar de a presente directiva não harmonizar as regras nacionais relativas aos prazos de prescrição e caducidade. Não deverão ser afectadas pela presente directiva as disposições relativas aos prazos de prescrição e caducidade em acordos internacionais, tal como aplicadas nos Estados-Membros, por exemplo no domínio do direito dos transportes.

Portanto, deveria o legislador ter adotado a sistemática da suspensão do prazo não apenas para a prescrição como também para a decadência, ressaltando que a adoção da sistemática de suspensão busca dar efetividade ao próprio procedimento de mediação, como forma de permitir que as partes possam interagir e participar do processo sem a preocupação com o decurso do prazo extintivo de sua pretensão.

⁴³⁷ EUROPA. Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia. Bruxelas, 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0052&from=PT>>. Acesso em: 03 maio de 2014.

2. Modalidades de prescrição que serão suspensas. Questão da autonomia federativa em relação à prescrição administrativa

Como visto acima, a prescrição é o encobrimento da eficácia de determinada pretensão⁴³⁸ (perda do poder de efetivar o direito a uma prestação)⁴³⁹, por não ter sido exercitada no prazo legal, enquanto que a decadência é a perda do próprio direito potestativo, em razão do seu não exercício dentro do prazo legal ou convencional. Ambas são institutos de direito substantivo, ocorrendo extraprocessualmente.⁴⁴⁰

A competência legislativa para a regulamentação da prescrição e decadência (prazos, formas de suspensão, interrupção) dependerá do direito material que se esteja a analisar, sendo equívoco se pensar que ambos os institutos dizem respeito apenas ao direito civil, cuja competência legislativa é privativa da União⁴⁴¹.

Na realidade, há esferas de direito material que estão fora do âmbito do direito civil e que, deste modo, a regulamentação dos prazos prescricionais e decadenciais dependerá da legislação de cada ente político.

É o caso, por exemplo, dos prazos relativos ao poder de autotutela (anulação de atos e procedimentos) e ao poder administrativo sancionador, ambos sujeitos à decadência, cujo regime dependerá da legislação de cada ente federativo.

Como se pode perceber, a prescrição e a decadência são institutos que têm incidência muito mais ampla do que o paradigma do direito civil, sendo certo que por serem institutos típicos relacionados ao direito material, a competência legislativa para sua regulamentação poderá variar de acordo com a autonomia federativa.

Assim, considerando que o Projeto de Lei 7.169/2014 é norma editada pela União, entende-se que a suspensão dos prazos prescricionais, como regulamentada em seu art. 31, apenas alcançará aqueles relativos às matérias privativas da União, não alcançando, por exemplo, a decadência em geral ou a prescrição administrativa de matéria afeta a outro ente federativo.

⁴³⁸ DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais. Salvador: Juspodivm, 2011. pp.172-173.

⁴³⁹ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In: Revista de Direito Processual Civil, São Paulo, v. 68, n. 3, jul./set. 2008, p. 35-46

⁴⁴⁰ DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais. Salvador: Juspodivm, 2011. p.173.

⁴⁴¹ Em sentido semelhante: CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. “A segurança jurídica, a prescrição e a decadência no Direito administrativo”. In: Direito público: revista jurídica da Advocacia-geral do Estado de Minas Gerais, v. 3, n. 1/2, p. 79-98, jan./dez., 2006.

Poderia o Projeto ter expressado a ressalva acima feita, como bem fez em relação à matéria tributária. Neste aspecto, o art. 31, §2º do Projeto prevê que, em se tratando de matéria tributária, a suspensão da prescrição observará o que previsto no Código Tributário Nacional. A previsão não decorre de opção do Projeto, mas de imposição constitucional já que o art. 146, III, “b” da Constituição Federal exige lei complementar⁴⁴² para dispor sobre prescrição em matéria tributária. O dispositivo prevê que “Art. 146. Cabe à lei complementar: (...) III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...) b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários”.

Portanto, a suspensão prevista no art. 31 apenas alcançará o instituto da prescrição, não incidindo sobre os prazos decadenciais, não alcançando também a matéria tributária e todas as demais que não sejam de competência legislativa da União, sob pena de se estar a defender entendimento que padece de inconstitucionalidade formal por vício de competência.

⁴⁴² Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 559943, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, Repercussão Geral - Mérito DJe-182 Divulg 25-09-2008 Public 26-09-2008 Ement VOL-02334-10 PP-02169 LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 321-366.