VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO: DIÁLOGOS OU DISJUNÇÕES ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MARIA CRISTINA VIDOTTE BLANCO TARREGA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

N935
Novas perspectivas do direito: diálogos ou disjunções entre o direito público e o direito privado [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNA/UCR/IIDH/IDD/UFPB/UFG/Unilasalle/UNHwN;

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega -

Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-393-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia no mundo contemporâneo.
1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Perspectiva. 3. Diálogo. 4.

Disjunção. I. Encontro Internacional do CONPEDI (6. : 2017 : San José, CRC).

CDU: 34

Universidad Nacional de Costa Rica
Heredia – Costa Rica
www.una.ac.cr

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis – Santa Catarina – Brasil

Universidad de Costa Rica San José – Costa Rica https://www.ucr.ac.cr

VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO: DIÁLOGOS OU DISJUNÇÕES ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

Apresentação

A obra expõe, de forma bastante evidente, o quão ecléticas e ricas foram as apresentações e os debates ocorridos no âmbito do Grupo de trabalho intitulado “Novas perspectivas do direito: diálogos ou disjunções entre o direito público e o direito privado”, por ocasião do VI Encontro Internacional do CONPEDI, na Costa Rica.

Os artigos externam a preocupação dos seus autores de real e efetivamente trazerem à baila as novas discussões empreendidas nos mais diversos ramos do Direito. Se por um lado enaltecem a novidade, os textos não descuidam, por outro, da doutrina tradicional e da perspectiva constitucional tradutora do empoderamento da dignidade da pessoa humana.

A riquíssima experiência de apresentação dos textos de tamanha qualidade somente foi possível pela envergadura dos autores, os quais se comprometeram com a discussão, séria e necessária, de diversos e atuais temas, que entoam a regência da vida moderna pelo direito nas mais diversas áreas.

Por óbvio, os trabalhos não estão a salvo de críticas, mas procuram estabelecer, em intensidades diferentes, a comunicabilidade e a interseção vigentes entre o que outrora se distinguia de forma acentuada como público e privado, nacional e internacional. Novos horizontes se avistam e inovadoras perspectivas estabelecem as relações humanas e estatais.

Aos leitores, desejamos aprazível e inspiradora reflexão!

San Jose, Costa Rica, maio de 2017.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - ESDHC

Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Carrega - UFG

A MEDIAÇÃO COMO MUDANÇA CULTURAL: UMA PROPOSTA PARA A AMÉRICA LATINA E CARIBE A PARTIR DA VISÃO BRASILEIRA

THE MEDIATION AS CULTURAL CHANGE: A PROPOSAL FROM BRAZILIAN VISION TO LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN

Paulo Roney Ávila Fagúndez

Resumo

O tema central do presente artigo constitui-se no estudo da mediação como uma proposta de democratização do processo na América Latina e Caribe. A mediação é um instrumento importante de gestão de conflitos em todas as instâncias da vida. No setor público pode contribuir também para o acesso à justiça, com a adoção de medidas tendentes à gestão dos conflitos através de múltiplas possibilidades

Palavras-chave: Mediação, Processo, Democratização, Interculturalidade, Acesso à justiça

Abstract/Resumen/Résumé

The central theme of this article is the study of mediation as a proposal for democratizing process in Latin America and the Caribbean. Mediation is an important instrument of conflict management in all instances of life. In the public sector may also contribute to the access to justice, with adoption of measures for conflict management through multiple possibilities.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mediation, Process, Democratization, Interculturality, Access to justice

1.Introdução

O tema central do presente artigo constitui-se no estudo da mediação enquanto proposta tendente a revolucionar o sistema jurídico, a partir da visão dos países em desenvolvimento, especialmente os da América Latina e Caribe.

A experiência brasileira pode contribuir para uma reflexão na região.

Os países dependentes economicamente estão presos a uma cultura dominante. A colonização cultural europeia transfere para os países dominados toda uma visão sobre a estrutura do poder.

No Brasil deposita-se toda a confiança no modelo institucionalizado de Justiça.

O direito, enquanto expressão cultural, está preso ao imperialismo político.

Contudo, o direito pode ser instrumento garantista de direitos fundamentais, em sociedades democráticas, ou empregado como alicerce para dominação através da veiculação de sua ideologia.

O direito, antes de ser processo, é expressão multidimensional da cultura.

Em alguns países confunde-se com a religião e em outros torna-se puro instrumento de controle político.

No entanto, firma-se como meio político de controle das condutas sociais. Há tantas visões do direito quantas forem as ideologias conhecidas.

No Oriente o direito foi desconsiderado ou visto com desconfiança, porquanto a moralidade sempre esteve regendo as relações humanas.

Muito embora no Brasil se falasse na gestão dos conflitos fora do Judiciário, através da mediação, nenhuma legislação havia regulamentado tal prática.

A arbitragem é instituto presente no ordenamento jurídico do País desde o início do século XX, sem que tenha sido tornado, majoritariamente, a prática de gestão dos interesses disponíveis.

Destaque-se que em 27 de maio de 2015 foi publicada a Lei n. 13.129/15 que altera complementa a Lei n. 9.307/96, permitindo a arbitragem até mesmo na seara pública.

Mais do que a Europa, a América Latina e Caribe apresentam uma visão diferenciada a respeito dos modos de gestão dos conflitos. Há aqui uma cultura xamânica, indígena, mais próxima das culturas antigas do Extremo Oriente do que do cientificismo europeu.

A mediação está mais em consonância com a cultura marginal da América Latina.

O processo, dotado de cientificidade e formalismo, é a maior expressão da cultura positivista adotada pela modernidade.

Portanto, o processo apresenta uma dimensão política, por conter importantes garantias ao sujeito que responde a uma ação judicial.

A Lei n. 13.140/2015 é um documento que pode ser visto como um marco, no ordenamento jurídico, da mediação no País.

Contudo, há a necessidade de mudança no próprio sistema educacional para que a cultura da paz possa ser compreendida na sua multidimensionalidade.

O modelo eurocêntrico imposto aos países mais pobres desrespeita a peculiaridade cultural de cada povo.

Na seara jurídica cada povo tem que encontrar uma solução diferenciada.

Adotando-se a cultura da mediação, há uma pluralidade de nações dentro do mesmo País.

Ademais, os nativos deverão ser respeitados. Os povos tradicionais deverão ter a sua cultura preservada, em uma sociedade plural.

A mediação e a conciliação são meios mais ágeis para a solução dos litígios, seja na esfera individual seja nos conflitos envolvendo entes públicos.

A mediação e a conciliação podem contribuir grandemente para que possa superar o modelo dogmático-positivista de Direito.

Com o advento da mediação almeja-se atingir um Estado Democrático de Justiça com a participação igualitária de todos no sistema de justiça.

A mediação e a conciliação, tanto no setor público quanto no setor privado, permitem que se deixem de lado os mecanismos opressivos estabelecidos pelo denominado Estado Democrático de Direito, para que se possa pensar em um verdadeiro Estado Democrático de Justiça, pautado em soluções que contem com a participação ativa do cidadão.

A lei que trata da mediação pode contribuir para que se construa um outro modelo mais em consonância com a ideia de justiça comunitária.

Durante muitos anos a ausência de marco legal foi uma das razões para a resistência por parte de doutrinadores, juristas e administradores públicos na utilização desses métodos alternativos de tratamento de conflitos, na seara pública.

E, mesmo na seara privada, a cultura da mediação não prevalecia, a par do esforço de alguns juristas transdisciplinares preconizadores de uma visão integrada do direito.

Diante da normativa posta deve-se compreender como implementar uma cultura da mediação em todas as instâncias da vida.

Como viabilizar as novas normas com a cultura do litígio presente no nosso sistema jurídico?

O ponto de partida da pesquisa será de análise da mediação enquanto proposta tendente a revolucionar o sistema de justiça alicerçado no modelo de contencioso.

Está-se agora diante de uma nova legislação, especialmente o novo Código de Processo Civil, que faz expressamente menção à mediação.

O problema da pesquisa reside no questionamento da mediação enquanto política pública que pode contribuir efetivamente para a democratização do acesso à justiça.

Daí o surgimento do problema da presente pesquisa: diante do marco legal da mediação adotado no Brasil, quais os desafios e possibilidades para a viabilização da autocomposição na cultura latino-americana e no Caribe? Assim, o objetivo geral do trabalho é verificar se a mediação pode se tornar, efetivamente, um instrumento a serviço da justiça cotidiana. Para isso deve-se analisar o cenário apresentado a respeito do tema.

A pesquisa foi elaborada por meio do método hipotético-dedutivo, com pesquisa em livros e periódicos científicos, contando também com a coleta de documentos textuais: legislação atualizada e doutrinas pertinentes. Além disso, utiliza-se o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

O trabalho está estruturado nos seguintes tópicos: o primeiro é referente ao surgimento da mediação como instrumento de gestão de conflitos; o segundo diz respeito ao papel a mediação como instrumento de gestão de conflitos, à valorização da mediação como método de autocomposição de conflitos e o debate sobre a indisponibilidade do interesse público; o terceiro diz respeito ao conceitos de processo, conciliação e mediação e a filtragem da causa como caminho seguro para a gestão dos conflitos; o quarto ponto diz respeito aos conflitos envolvendo envolvendo Estados**,** órgãos e entidades da Administração Pública e organismos internacionais**;** o quinto aborda a lei da mediação, que estabelece regras gerais e também traz os limites da própria lei; por derradeiro trata das regras específicas para a gestão dos conflitos envolvendo particulares, Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações.

2. Quando surge a mediação? Por que surge a mediação? Por que a mediação é instrumento importante de gestão de conflitos?

A mediação surge no Extremo Oriente. Fica difícil responder exatamente quando, mas com certeza se pode afirmar que chineses e japoneses edificaram as culturas mais antigas que pensaram em formas de gestão dos conflitos humanos.

No Tao de King, que teria sido escrito por Lao-tsé(1997) já apresenta uma visão a respeito do Estado e da estrutura normativa, dentro de uma visão essencialmente crítica.

Para os chineses, a lei não tem força suficiente para conter os impulsos humanos. Em uma determinada passagem afirma que quanto mais leis e decretos forem criados mais safados existirão sobre a face da terra.

O direito do Extremo Oriente confunde-se com a moralidade.(FAGÚNDEZ, 1995). No Japão prevalecem os *giri*, considerados verdadeiros compromissos éticos entre parentes entre si, patrões e empregados etc. (FAGÚNDEZ, 2005).

Ao ingressar em juízo, o sujeito quebra a confiança mútua que deve prevalecer.

No Ocidente adotou-se, originariamente, mais um modelo estatal, alicerçado no pensamento dos gregos e romanos.

No período medieval direito confundiu-se com a religião. (WOLKMER, 2014).

Na visão oriental a informalidade no trato dos conflitos permaneceu.

Para a América Latina colonizada o modelo processual importado da Europa transforma o processo em um método ou metodologia para a descoberta da verdade, como afirma Calamandrei (1960), em sua obra Processo e Democracia.

O processo é uma metodologia científica para a descoberta da verdade.

Acredita-se que o processo é instrumento da civilização para a gestão dos conflitos.

Na literatura da teoria geral do processo considera-se a heterocomposição uma evolução em relação à autocomposição.(GRINOVER et alii, 2014).

O modelo europeu passou a ser adotado pelas faculdades de direito ocidentais, até mesmo dos países dominados da América Latina e Caribe.

No entanto, se apresenta clara a inadequação do modelo para dar conta da complexidade peculiar dos conflitos nos países dependentes e marginalizados terceiro-mundistas.

Não significa que sejam os marginalizados piores ou melhores que os ditos civilizados.

Na verdade, todos são diferentes.

Uma determinada fórmula poderá ser adotada sem êxito, tendo em vista que a realidade sempre é distinta de qualquer modelo científico adotado.

A padronização de metodologias apresentada pela ciência não contribui para a complexidade dos fenômenos.

Em virtude da crise da judicialização dos conflitos, houve previsão de possibilidade de acordo judicial quando envolvesse órgãos da administração pública direta ou indireta.

Pela via da legislação houve várias tentativas no sentido da agilização do processo, com a adoção de ritos mais simplificados. Contudo, as tentativas não surtiram os efeitos desejados.

Houve um enorme esforço legislativo no sentido de reformar o sistema judicial diante da crise por ele enfrentada.

As Leis dos Juizados Especiais Estaduais (Lei nº 9.099/95), Federais (Lei nº 10529/2001) e a Lei da Arbitragem, Lei n. 9307/96, buscaram tornar a solução mais célere dos litígios.

No que tange à arbitragem, faz-se referência aos direitos patrimoniais disponíveis, havendo, contudo, a partir da mudança legislação, também a possibilidade do seu emprego nos conflitos envolvendo o setor público.

Antes, o processo trabalhista trouxe a oralidade, simplificando ritos e contribuindo para a adoção obrigatória da conciliação nos litígios envolvendo patrões e empregados.

O maior obstáculo para o reconhecimento imediato dos meios alternativos de gestão dos conflitos foi a indisponibilidade do interesse público.

Ademais, a adoção do sistema inglês de controle jurisdicional dos atos administrativos sobrecarregou o Judiciário de demandas, sem que houvesse a criação, por parte da Administração, de mecanismos internos de gestão de conflitos.

Os princípios inscritos na Constituição Federal firmaram uma postura engessada do Poder Público, em vez de estimular a conciliação e a mediação.

Dentre os princípios, o mais conservador, indubitavelmente, é o da legalidade, que amarra o Estado aos ditames da lei, e sendo considerado o verdadeiro alicerce do denominado Estado Democrático de Direito.

Na verdade, o modelo de litigiosidade no Brasil entrou em crise com o fortalecimento do Judiciário, que adveio com a Constituição de 1988 e a consequente descrença para com os Poderes Executivo e Legislativo.

O regime autoritário, instalado no país em 1964 hipertrofiou o Executivo e marginalizou o Legislativo e o Judiciário. O Ato Institucional n. 5 é a maior expressão do

controle exercido sobre os mandatários democraticamente eleitos, por permitir a cassação de parlamentares.

Ademais, a Lei de Segurança Nacional era empregada para perseguir e punir nos Tribunais Militares os inimigos do regime.

Durante mais de vinte anos passou a ser gestado o retorno pleno da democracia no Brasil.

A mediação como proposta de gestão dos conflitos somente foi despertada recentemente através de pesquisas voltadas ao estabelecimento de uma justiça restaurativa.

Muito embora os conservadores não defendessem a mediação, ela apareceu como alternativa à crise do Judiciário.

A Resolução 125/2010 foi efetivamente inovadora, porquanto as práticas restaurativas no Brasil eram escassas e se falava muito pouco em mediação.

A partir da iniciativa do CNJ houve o fortalecimento de uma proposta tendente a consolidar um sistema normativo voltado à mediação dos conflitos, que se corporificou na Lei nº 13.140/2015.

Na própria doutrina verificou-se uma mudança substancial do discurso da indisponibilidade do interesse público para uma concepção mais aberta, calcada no consensualismo e na ideia de uma cidadania ativa, em vez de um Estado patriarcal (DIAS, 2016).

Embora tenha assumido um compromisso com uma nova justiça, a lei não teria o condão de modificar uma visão conservadora do processo existente no Brasil.

A promessa de felicidade era falsa, muito embora houvesse entusiasmo por parcela significativa da doutrina, sem levar em consideração a realidade brasileira. Os autores estrangeiros, como Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) já vinham há algum tempo anunciando a "terceira onda" promovedora do acesso à justiça de amplos setores da sociedade.

Nesses termos, a mediação vem contribuir para a democratização do direito, permitindo o mais amplo acesso à justiça através dos meios consensuais, sobretudo, a um sistema judicial mais ágil e que envolva a participação do cidadão.

A mediação é democrática, ao contrário do processo, que apresenta uma estrutura arcaica e rígida de poder.

O Estado-juiz impõe uma decisão, mesmo contrária ao interesse das partes.

O processo é um meio político de controle de condutas centrado na figura do Magistrado.

A mediação é um convite para o diálogo entre os verdadeiros interessados na solução da contenda, que são as partes, e contribui para o acesso à justiça, ao tornar-se um meio de exercício direto da democracia.

A mediação pressupõe uma visão mais ampla do fenômeno jurídico que, no fundo, é hipercomplexo (FAGÚNDEZ, 2003) e que requer para sua otimização uma visão holística(FAGÚNDEZ, 2000).

Contudo, como lembra Warat (2004), a mediação não pode ser concebida com um método para a descoberta da verdade. E que não pode ser ensinada em curso de formação de mediadores.

A cidadania ativa é uma característica essencial da mediação(EIDT, 2015).

Ademais, a mediação é uma porta aberta para a carnavalização do direito (WARAT, 1988), a partir de uma visão surrealista do fenômeno jurídico.

A mediação é o caminho seguro para se construir a sociedade global, multicultural, que permita a convivência dos diferentes.

A adoção da mediação nas sociedades complexas é o caminho adequado para a gestão dos conflitos.

Com o novo Código de Processo Civil houve o reconhecimento da mediação como proposta de agilização de acesso e promoção da Justiça, inclusive na seara da Administração Pública.

É urgente a modificação da concepção esclerosada de Administração que represa no Judiciário uma multiplicidade de ações sem solução, sem adotar internamente uma modelo que tenha capacidade de gestão dos conflitos. (EIDT, 2015, p. 70-71)

O advogado é sempre o primeiro Magistrado da causa e deve dar a ela a solução mais célere e mais justa.

Todos os atores do processo são responsáveis pela sua solução dialogada.

Essa nova postura da advocacia pública, preocupada com a gestão adequada dos conflitos envolvendo o Poder Público parece ser mais condizente com os artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988, bem como com os princípios que regem a Administração Pública, previstos no artigo 37.

O que se busca com a mediação é uma gestão comunitária dos conflitos e a aproximação do cidadão ao Estado. (COELHO; LÚCIO, 2011, p. 13)

A característica marcante do regime de força é o fosso cavado entre o governo e a nação.

3. Autocomposição de conflitos e o método: e a indisponibilidade do interesse público

3.1 Conceito de Processo, Conciliação e Mediação e a filtragem da causa: como caminho seguro para a gestão dos conflitos nas sociedades complexas.

O direito é visto como um fenômeno estatal. O direito científico, inserido na engrenagem estatal, surge como o método correto para se aplicar sempre que houver litígio. Na verdade, nos Estados Democráticos exsurge como o *locus* do debate entre duas visões postas. Trata-se de uma guerra, da qual deve sair um vencedor. Quem está com razão? Quem tiver a razão tem o direito. E quem perder não tem direito algum?

O Poder Público chama para si todos os litígios, como se neles todos residisse o interesse público. Todos os conflitos podem ser submetidos ao Estado. Na Constituição do Brasil adota-se o sistema de controle judicial. Os conflitos, na sociedade ocidental, passaram a ser questão de Estado. Na verdade, com o advento do denominado Estado Moderno, coube ao Judiciário a resolução dos conflitos.

O processo parte do pressuposto da indisponibilidade do interesse público. Os processos privados são tratados e resolvidos pelo Estado, mesmo na hipótese da disponibilidade dos interesses patrimoniais.

É como se a verdade estatal única pudesse ser harmonizadora dos conflitos sociais. Ledo engano. O modelo tornou os conflitos mais complexos. Criou-se uma estrutura cara e enferrujada e que resultou numa profunda crise no sistema de promoção da justiça. O modelo científico se esgotou. A estrutura estatal criada tornou difícil o acesso à justiça. O retorno à autocomposição é imprescindível.

Na verdade, precisa-se ser criativo para administrar racional e artisticamente os litígios. Há autores nacionais que há muito consideram a mediação como uma expressão da redemocratização do direito e, sobretudo, da liberação das amarras do dogmatismo.(WARAT, 2005; FAGÚNDEZ, 2003).

Contudo, havia a preocupação com a normatização porque poderia consistir na substituição de um dogma por outro. A mediação não pode ser vista como um instituto jurídico. Para sua compreensão há a necessidade de se ter uma visão interdisciplinar dos conflitos. A lei veio para normatizar e para trazer outros questionamentos a respeito da mediação. Normalmente o legislador não vai bem quando define termos. E cometeu o

mesmo equívoco quando definiu a mediação no parágrafo único do artigo 1 da Lei n. 13.140/2015, *in verbis*: "considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia". Há um debate intenso na doutrina a respeito dos termos mediação e conciliação, porquanto são empregados indevidamente como expressões que têm o mesmo significado.

A conciliação surge na Consolidação das Leis, já na década de 40, como uma proposta inovadora para o processo judicial. Contudo, na sua aplicação prática, verifica-se, cotidianamente que ambos os termos são empregados como sinônimos. O que se vê na doutrina é uma confusão terminológica entre conciliação e mediação, mesmo que parte dela (TARTUCE, 2015, p. 340) tenha se esforçado para dirimir o tema. No entanto, não se pode considerar mais a mediação como método ou meio alternativo, porquanto está prevista em lei e não consiste em uma fórmula mágica para a resolução dos conflitos. E nem se pode alegar que a conciliação há uma participação ativa do conciliador, porque hodiernamente defende-se intervenções do mediador enquanto terapeuta do conflito, quando for necessário. O melhor sistema a ser adotado é o multiportas (FAGÚNDEZ, 2016), através do qual se possibilita a gestão do conflito através de diferentes mecanismos.

A nova visão a respeito da gestão dos conflitos deve ser apresentada aos alunos antes de tudo para que se tenha operadores jurídicos com uma formação mais interdisciplinar, o que permitirá a formação de melhores mediadores. E mais importante é ver o conflito como algo vivo, presente, e não como fenômeno cristalizado no passado a gerar ressentimentos.

Assim, o modelo restaurativo contribui para que a dinâmica da justiça esteja presente na gestão cotidiana dos conflitos (FAGÚNDEZ, 2016).

3.2 Conflitos envolvendo Estados, órgãos e entidades da Administração Pública e organismos internacionais

O Estado-nação impõe aos seus cidadãos o cumprimento das normas. A experiência dos juristas que atuam no Direito Internacional é importante para a compreensão da gestão conflitos. Mesmo os organismos internacionais não podem impor as suas decisões aos países soberanos. A ética continua sendo uma questão central na gestão dos conflitos envolvendo as nações soberanas. O império da lei somente prevalece

dentro os limites do Estado-nação. Assim como pessoas, Estados e instituições envolvem-se em conflitos. Os Estados, em vez de sobrecarregarem os sistemas de justiça, deveriam contribuir para a solução das contendas.

A adoção de um modelo multiportas seria fundamental para agilizar as demandas, como já destacamos anteriormente.(FAGÚNDEZ, 2016) A questão central é ver o conflito como algo inerente à gestão pública, a fim de que arestas sejam aparadas antes que uma carga insuportável de demandas seja encaminhada ao Poder Judiciário. A falta de gestão de conflitos na seara pública virou a grande preocupação inclusive do próprio Conselho Nacional de Justiça.

Os conflitos envolvem pessoas, instituições e Estados.

A coerção da decisão judicial considerada a peça-chave para fazer valer as sentenças tornou-se um instrumento gerador de arbítrio.

Como afirmam os chineses, se uma pessoa promove uma ação contra a outra também a pessoa acionada tem o direito de propor a ação, vale dizer, tem uma pretensão que, uma vez resistida, vai tornar a vida da comunidade insuportável. (DAVID, 2014).

A lei contribui tanto para o debate na seara pública quanto privada

A Lei n.° 13.140/2015, marco legal da mediação no Brasil, autoriza e incentiva que a Administração Pública preveja e resolva seus conflitos por meio da conciliação e da mediação (art. 32).

É como se o legislador pudesse impor uma solução emergencial para a crise do Judiciário. Não se pode afirmar que é uma mera sinalização, quando o CPC apresenta uma proposta séria de autocomposição no mesmo sentido da Lei e da Resolução n. 125.

A adoção da autocomposição requer todo um aprendizado, para que sejam criados organismos internos de prevenção e gestão de conflitos. Inteligência do artigo 32 da Lei da Mediação e do artigo 174 do CPC/2015.

O importante é que o legislador deixou uma porta aberta no artigo 32, parágrafo 2, da Lei da Mediação para que os conflitos possam ser passíveis de prevenção e gestão antes de ser acionado o Poder Judiciário.

Ao contrário do que defendem COELHO e LÚCIO (2011) não se trata de uma mera faculdade, se partir-se do pressuposto de que a mediação é uma política pública.

Ademais, está expresso no texto legal que não é uma mera faculdade.

As câmaras de mediação funcionarão dentro dos órgãos da Advocacia Pública (Advocacia Geral da União, Procuradorias dos Estados e dos Municípios) e terão 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 e III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Há exceção quanto depender de autorização do Poder Legislativo.

Nem poderia limitar muito o legislador a aplicação da mediação, levando-se em consideração que grande parte dos conflitos dizem respeito à discussão do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados pelo ente público com os particulares.

Também a lei permite que haja a gestão dos conflitos envolvendo a prestação de serviços públicos, de acordo com o artigo 33 da Lei.

A deliberação das partes, devidamente reduzida a termo, constituirá título executivo extrajudicial, em obediência ao comando do art. 32, §3º.

A suspensão da prescrição está prevista no artigo 34 da Lei. Quando se considera instaurado o procedimento? A previsão está no art. 34, § 1º.

Quando se tratar de matéria tributária, deve-se atentar para o disposto no CTN, consoante previsão do art. 34, § 2º da Lei.

Como afirma art. 33, enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I da Lei n.° 13.140/2015.

Não se pode olvidar que se trata de uma lei federal que tem força coercitiva, ao mesmo tempo que busca respeitar as peculiaridades locais.

A adoção de métodos autocompositivos no País carece de cultura (FAGÚNDEZ, 2005) e deve-se levar em conta a falta de experiência dos entes a serem dotados de ampla competência para a adoção dos referidos métodos.(DIAS, 2016).

3.2.1 A lei estabelece regras gerais. O que fazer? O reconhecimento dos limites da lei.

A lei pode estabelecer regras gerais. No entanto, não pode invadir a liberdade que deve ser assegurada aos litigantes.

Não se pode ter a lei como camisa de força.

A mediação vem para libertar os indivíduos, em vez de aprisionar os fatos em compartimentos estanques.

O Brasil ainda não tem experiência suficiente para implementação da legislação.

De um modo geral, a América Latina como um todo precisa valorizar a sua própria cultura.

No que diz respeito aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a Lei n.° 13.140/2015 fixou regras gerais sobre a câmara de mediação administrativa e deixou para os entes federados a regulamentação do modo de composição e funcionamento das câmaras. (art. 32, "caput", parágrafo 1º).

Devem ser respeitadas as peculiaridades de cada região e dos conflitos analisados.

Deve-se sempre partir do pressuposto de que não há nenhum conflito igual ao outro. Assim, cada litígio deve ser administrado de acordo com as suas nuances.

3.2.3 No Brasil há regras específicas para a gestão dos conflitos envolvendo particulares, Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações

O legislador entrou em detalhes permitindo a transação por adesão na Lei n. 13.140/2015.

A figura da "transação por adesão" nada mais é do que uma jurisprudência administrativa.

Não se pode admitir que sejam parâmetros fechados.

Há sempre margem para a negociação, se houver efetiva aplicação do sistema multiportas.

Poderá a solução de um caso relativamente complexo ser resolvido tão-somente através do cálculo do contador.

A leitura deve ser a mais aberta possível para que o diálogo venha se instalar na Administração Pública.

Não poderia o legislador criar uma verdadeira arapuca para o servidor desavisado. E nem haveria a possibilidade de se fazer justiça.

É importante ressaltar que a transação por adesão não implica renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão (§ 6º do art. 36).

A Lei traz uma inovação importante. Há uma tendência de se adotar uma postura política diante das demandas jurídicas. Há uma inegável carência de ética quando se tem que adotar uma solução por parte da Administração Pública.(FAGÚNDEZ, 2017). Não é incomum a advocacia pública a serviço dos interesses dos governantes. A Lei traz um papel ativo da Advocacia-Geral da União(§1º art.36) para realizar a composição

extrajudicial do litígio. Não havendo a possibilidade de uma solução consensual, o Advogado-Geral da União poderá fazê-lo, com base na legislação.

Mesmo nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União poderá solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas. (§2º art.36)

Se não houver acordo e o AGU não dirimir a questão, é possível a propositura de ação judicial em que figurem concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a administração pública federal, porém, segundo a Lei de Mediação, deverá ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União (art. 39 da Lei).

A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar. (parágrafo 3º art. 36 da Lei).

Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio estiver sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Se o conflito envolver, de um lado, órgão/entidade federal e de outro órgão/entidade estadual ou municipal, ele poderá ser resolvido por meio de mediação feita pela AGU.

O legislador traz para a AGU, instituição relativamente nova, um papel que a ela nunca foi reservado.

É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito (art. 37).

Nos casos em que a controvérsia jurídica seja relativa a tributos federais ou a créditos inscritos em dívida ativa da União: I - não se aplicam as disposições dos incisos II e III do caput do art. 32 da Lei; II - as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços em regime de concorrência não poderão exercer a faculdade prevista no art. 37 da Lei; III - quando forem partes as pessoas a que alude o caput do art. 36 da Lei: a) a submissão do conflito à composição extrajudicial pela

Advocacia-Geral da União implica renúncia do direito de recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais; b) a redução ou o cancelamento do crédito dependerá de manifestação conjunta do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado da Fazenda. O disposto no inciso II e na alínea a do inciso III não afasta a competência do Advogado-Geral da União prevista nos incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem (art. 40).

Os mecanismos foram criados pelo legislador para permitir a gestão dos conflitos na seara administrativo. Só resta saber se a lei vai ou não pegar.

Conclusão

A mediação traz uma proposta revolucionária de gestão de conflitos na América Latina e Caribe. Trata-se, na verdade, de um projeto mais em consonância com a cultura marginal deste lado do mundo.

No caso do Brasil o equívoco pode residir na institucionalização da mediação. Quer dizer, a mediação imposta por cima não atinge a base da cultura marginalizada da América Latina.

Contudo, a transnacionalidade surge um momento importante na construção da cultura da paz.

A multiculturalidade é a marca determinante da sociedade global. A legislação não tem o condão de modificar a cultura, podendo, contudo, trazer uma certa influência na administração cotidiana dos litígios. A Lei de Mediação foi importante, mas o acesso à justiça não vai ocorrer por um passe de mágica.

Embora a Lei seja relevante, os operadores deverão estar preparados para a prevenção e gestão dos conflitos.

Portanto, não se pode esperar um efeito imediato, embora a legislação permita também a aplicação da mediação no setor público.

A democratização do processo é medida que se impõe para que o diálogo da mediação se estabeleça em todas as instâncias da vida.

A mudança gradativa ocorrerá com a adoção de uma mentalidade mais aberta a respeito do papel do direito na sociedade.

Somente através de uma educação jurídica que se poderá ter um profissional com uma visão transdisciplinar.

A educação para a paz deverá atingir a todos desde a mais tenra idade, nos bancos escolares.

O reconhecimento como política pública da mediação, embora seja importante, pode não ser determinante para a mudança de mentalidade.

A mediação promove uma verdadeira redemocratização do Poder Judiciário tão carente de legitimidade política.

A Lei não basta para que a cultura da paz seja instituída.

Há a necessidade de se promover uma educação para a gestão dos conflitos, antes que seja tarde.

Referências

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia:** o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BARBOSA, Aguida Arruda. Composição da historiografia da mediação – instrumento para o direito de família contemporâneo. **Revista Direitos Culturais**, v.2, n.3, Dezembro 2007, p. 11-22.

BERCOVITCH, Jacob. Understanding Mediation's Role in Preventative Diplomacy. Negotiation Journal, vol. 12, n. 3, 1996, p. 241-258.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation*. In Menkel-Meadow, Carrie J.; Love, Lela Porter; Schneider, Andrea Kupfer; Sternlight, Jean R. Dispute Resolution: Beyond the Adversarial Model. Nova York: Aspen Publishers, 2005, p. 310-312**.**

Águida Arruda*. História da mediação familiar no direito de família comparado e tendências.* Disponível em www.bvs-psi.org.br/local/file/congressos/AnaisPgsIntrod-parteI.pdf. Acesso 02 nov. 2012.

BERCOVITCH, Jacob. Understanding Mediation's Role in Preventative Diplomacy. Negotiation Journal, vol. 12, n. 3, 1996, p. 241-258.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 5ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2015.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos

no âmbito da Administração Pública. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, D.F., 29 jun. 2015. p.1.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation*. In Menkel-Meadow, Carrie J.; Love, Lela Porter; Schneider, Andrea Kupfer; Sternlight, Jean R. Dispute Resolution: Beyond the Adversarial Model. Nova York: Aspen Publishers, 2005, p. 310-312**.**

CALAMANDREI, Piero. Proceso y democracia.Tradução de Héctor Fix Zamúdio. Buenos Aires: EJEA, 1960.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfllet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
CARAM, Maria Elena. ELIBAUM, Diana Teresa. RISOLIA, Matilde. *Mediación – diseño de una práctica.* Buenos Aires: Libreria Historica, 2006

CARVER, T. B., VONDRA, A. A. **Alternative dispute resolution:** why it doesn't work and why it does. In: *Harvard Business Review on negotiation and conflict resolution*. Cambridge: Harvard Business School Press, 2000. p. 189-214.
COELHO. Meire Lúcia Monteiro Mota; LÚCIO, Magda de Lima. A advocacia pública federal nas metas do centenário: a mediação como instrumento de gestão. Revista de Direito dos Advogados da União, Brasília, v. 9, n. 9, p. 11-24, out. 2010. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/63003. Acesso em 24 set 2016.

DAVI, Rene. **Grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Editora, 2014.

DIAS. Maria Tereza Fonseca Dias. A mediação na administração pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsias no setor público.Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico> Acesso em 23 set 2016
EGGER, Ildemar. **O papel do Mediador**. Disponível em: <http://www.egger.com.br/ie/mediacao.htm>. Acesso em 20 abr. 2016.

EIDT, Elisa Berton. **Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública**. RPGE. Porto Alegre, v. 36 nº 75, p.55-74, 2015.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Direito e holismo**: introdução a uma visão jurídica de integridade. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **O direito e a hipercomplexidade**. São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Direito e taoísmo**. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **O modelo restaurativo, o sistema multiportas e a advocacia pública**: novos paradigmas para a ciência jurídica. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Florianópolis, DIOESC, n. 5, 2016.

_____. **A ética na Advocacia Pública.** Disponível em: http://emporiododireito.com.br/a-etica-na-advocacia-publica/ Acesso em 07 jun. 2016.

FALECK, Diego. *Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054*. Revista Brasileira de Arbitragem. Ano V, n.23, jun-ago-set 2009, Porto Alegre: Síntese, Curitiba: CBAr, p. 7-32.

FALECK, Diego. TARTUCE, Fernanda. *Introdução histórica e modelos de mediação*. Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em 12/09/2016.

FISHER, Roger; URY,William; PATTON, Bruce. *Getting to Yes: Negotiating Agreements Without Giving In*. Penguim Books, 1983.

FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel. *Beyond Reason: Using Emotions as You Negotiate*. Viking, 2005.

GLASER, Tania. *Sara Cobb, "Empowerment and Mediation: A Narrative Perspective*". Negotiation Journal 9:3 (July 1993), pp. 245-255. Summary by Tanya Glaser. Disponível em http://www.colorado.edu/conflict/transform/cobb.htm. Acesso 20 dez. 2012.

GOULART. Juliana Ribeiro; FAGÚNDEZ. Paulo Roney Ávila. **Como se pode fazer mediação na administração pública?** Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/como-se-pode-fazer-mediacao-na-administracao-publica-por-juliana-ribeiro-goulart-e-paulo-roney-fagundez-avila/> Acesso em 07 jun. 2016.

GOULART. Juliana Ribeiro. GONÇALVES. Jéssica. **Conheça os principais modelos de Mediação de Conflitos**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/conheca-os-principais-modelos-de-mediacao-de-conflitos-por-juliana-ribeiro-goulart-e-jessica-goncalves/> Acesso em 07 jun. 2016.

_____. **Breves considerações sobre a Lei de Mediação**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/breves-consideracoes-sobre-a-lei/> Acesso em 07 jun. 2016.

GRINOVER, Ada Pelegrini et alii. **Teoria Geral do Processo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. *Mediação no Judiciário: teoria na prática, prática na Teoria*. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

HIGHTON DE NOLASCO, Elena I. ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos.* 2ª Ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.

KLEBA. Maria Elisabeth; WENDAUSEN. Agueda. **Empoderamento:** processo de fortalecimento dos sujeitos nos espaços de participação social e democratização política.

KOVACH, Kimberlee K. *Mediation: Principles and Practice*. 3. ed. St. Paul: Thomson West, 2004.

LAO-TZU. **Tao de king.** Tradução Margic Martincic. São Paulo: Pensamento: 1997.

MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. ***Revista de Arbitragem e Mediação***, São Paulo, RT, n. 3, ano 1, set./dez. 2004.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Roots and Inspirations: A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution. MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C. (coord.). The Handbook of Dispute Resolution. San Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 13-31.

ROBERTS, Simon; PALMER, Michael. **Dispute Processes:** ADR and the Primary Forms of Decision-Making. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 177-178.

SANTOS, André Luis Nascimento dos. *A influência das organizações internacionais na reforma dos judiciários de Argentina, Brasil e México: o Banco Mundial e a agenda do acesso à Justiça*. Dissertação de mestrado – Universidade Federal da Bahia. Escola de Administração, 2008. Disponível em http://www.adm.ufba.br/sites/default/files/publicacao/arquivo/andre_luis_atual.pdf. Acesso 19 dez. 2012.

SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. **Poder Judiciário Latino-Americano e Banco Mundial**. Disponível em: http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=33 Acesso em: 22/02

SUARES, Marinés. **Mediación: Conducción de disputas, comunicación y técnicas**. Buenos Aires: Paidós, 2008

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

TARTUCE, Fernanda. **Técnicas de mediação**. In Mediação de Conflitos: da teoria à prática. SP: Atlas, no prelo.

TARTUCE, Fernanda; VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. A Mediação no Direito Internacional- notas a partir do caso Colômbia-Equador. In: Leonardo Nemer Calderia Brant; Délber Andrade Lage; Suzana Santi Cremasco. (Org.). Direito Internacional Contemporâneo. 1ed.Curitiba: Juruá, 2011, v. 1, p. 105-122.

GARCIA. Gustavo Filipe Barbosa Garcia. **Mediação e Autocomposição**: Considerações sobre a lei nº 13.140/2015 e o Novo CPC. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. São Paulo. Ano XII. nº 97, set-out. 2015

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

WAMBIER. Teresa Arruda Alvim (ORG). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo. Breves **Comentários ao Código de Processo Civil de 2015**, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2015.

WARAT, Luis Alberto. **Manifesto do surrealismo jurídico**. São Paulo: Acadêmica, 1988

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos(Organizador). **Fundamentos da História do Direito**– 8ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação**: teoria e prática. Guia para1 utilizadores e profissionais. Lisboa: Agora Publicações, 2001.