

# RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS QUE ENVOLVEM POLÍTICAS PÚBLICAS: CAMINHO DEMOCRÁTICO, VIÁVEL E SUSTENTÁVEL\*

Luciane Moessa de Souza\*\*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Fundamentos para a adoção de métodos consensuais de resolução de conflitos na esfera pública; 2.1. Fundamentos constitucionais; 2.2. Fundamentos infraconstitucionais; 3. Os princípios constitucionais que regem a atuação do Poder Público e suas consequências na resolução consensual de conflitos; 4. Os (falsos) argumentos contrários à consensualidade na esfera pública; 5. Causas e consequências da eclosão de conflitos envolvendo políticas públicas; 6. Vantagens da adoção de métodos consensuais na resolução de conflitos que envolvem políticas públicas; 7. As medidas necessárias para a viabilização da resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo o Poder Público; 8. Quem pode ser mediador; 9. Espaços de utilização da mediação de conflitos envolvendo políticas públicas; 10. Conclusões.

## 1. Introdução

Muito se tem defendido a ampliação da utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos em nosso país, seja na esfera privada, onde ela nasce, seja na esfera pública, onde se tem presenciado um forte movimento, por exemplo, no seio da Justiça Federal, pela celebração de acordos para encerrar litígios em juízo, sejam eles obtidos pela negociação direta, pela mediação ou pela conciliação. Se este movimento, por um lado, enfatiza a redução de tempo e custos para a resolução do conflito, também pode e deve apontar as vantagens qualitativas que a solução consensual apresenta para as partes, as quais não teriam como ser alcançadas mediante a prolação pura e simples de uma decisão judicial ou administrativa unilateral.

Não obstante, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Poder Público seja parte em mais da metade dos processos judiciais em curso em nosso país<sup>1</sup>, pouco ainda se produziu, seja em nível normativo (vide a Resolução 125, de 2010, do próprio CNJ), seja em nível doutrinário, seja em nível jurisprudencial,

\* Parte deste artigo (itens 1 a 4 e 7) integra trabalhos da autora publicados na obra "Transformações e tendências do Direito Administrativo", coordenada por Thiago Marrara, pela Editora Almedina, e na obra "Meios consensuais de solução de conflitos na Justiça Federal", coordenada por Daniela Gabbay e Bruno Takahashi, pela Editora Gazeta Jurídica.

\*\* Mestre em Direito do Estado (UFPR); Doutora em Direito, Estado e Sociedade (UFSC), tendo sido Visiting Scholar na University of Texas, campus Austin; Procuradora do Banco Central do Brasil

<sup>1</sup> Vale registrar também que o número de processos judiciais em curso no Brasil ultrapassa os 90 milhões.

sobre as peculiaridades da resolução consensual de conflitos *na esfera pública*. E esta necessidade é evidente por conta do regime jurídico diferenciado da Administração Pública em face dos particulares, o qual lhe coloca limites muito claros e relevantes no momento de negociar para resolver conflitos.

Por tal razão, este trabalho, para além de defender, como tantos vêm defendendo, a possibilidade de resolução consensual de conflitos na esfera pública, bem assim de refutar os argumentos daqueles que a ela se opõem, se propõe a sintetizar quais são as peculiaridades que a presença de um ou mais entes públicos em pelo menos um dos polos do conflito traz para a sua resolução – e qual a metodologia adequada para dar conta de tais peculiaridades. Ao final, abordarei também o projeto de lei sobre mediação em curso no Senado Federal na parte em que ele dispõe sobre os conflitos que envolvem o Poder Público, formulando propostas de aprimoramento.

## 2. Fundamentos para a adoção de métodos consensuais de resolução de conflitos na esfera pública

### 2.1. Fundamentos constitucionais

Os três grandes fundamentos jurídico-constitucionais para a adoção de métodos consensuais na resolução de conflitos em que se vê envolvido o Poder Público, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial, são: a) o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Const. Federal), que exige a disponibilização de métodos *adequados (sob os aspectos temporal, econômico e de resultados)* de resolução de conflitos, não se subsumindo a uma simples garantia de *acesso* formal ao sistema judicial – princípio do qual decorre o também positivado princípio da razoabilidade na duração do processo administrativo e judicial (art. 5º, LXXIV); b) o princípio da eficiência (art. 37, *caput*), que demanda sejam os conflitos resolvidos da forma que apresente a melhor relação entre custo e benefício, ou seja, menores custos, menos tempo, menos desgaste para a relação entre as partes e melhores resultados para ambas; c) o princípio democrático, fundamento de nossa ordem constitucional (art. 1º), que decorre de o Estado não ser um fim em si mesmo e reclama portanto que, quando o Poder Público se veja envolvido em conflitos com particulares, ele se disponha, em primeiro lugar, a dialogar com estes para encontrar uma solução adequada para o problema.

Por tais razões, entendo – e defendi tal posicionamento em minha Tese de Doutorado<sup>2</sup> – que o Poder Público deve necessariamente disponibilizar métodos de resolução consensual de conflitos para as situações em que estiver litigando com particulares – não sendo, todavia, os particulares, por evidente, obrigados a tomar

<sup>2</sup> A Tese em questão, defendida perante a UFSC, resultou na publicação de duas obras de minha autoria pela Editora Fórum em 2012: “Meios consensuais de resolução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação nas esferas administrativa e judicial” e “Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais”.

parte nestes processos consensuais, podendo optar, se assim entenderem mais apropriado, pelo processo contencioso tradicional. Da mesma forma, nos conflitos que envolvem entes públicos entre si, a solução consensual deve ser buscada até que se tenha sucesso, por decorrência lógica do princípio da eficiência.

### 2.2. Fundamentos infraconstitucionais

A par dos fundamentos constitucionais, nosso ordenamento infraconstitucional conta, desde 1990<sup>3</sup>, com diversas previsões de resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público, a maioria inclusive versando sobre direitos indisponíveis.

A primeira grande inovação neste sentido foi feita pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 1990), ao alterar a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 1985) e acrescentar o parágrafo 6º. ao seu artigo 5º., o qual prevê a celebração de “ajustes de conduta” em todos os temas que podem ser objeto da referida ação, vale dizer, meio ambiente, patrimônio cultural, histórico e paisagístico, ordem econômica, defesa do consumidor, entre outros. Muito embora haja quem afirme que não existe autêntica negociação na celebração de termo de ajustamento de conduta, o ideal é que ela exista, sim, até porque o mais comum é que diferentes direitos fundamentais colidam entre si nos conflitos de natureza coletiva, devendo-se buscar a solução que seja capaz de compatibilizá-los de forma ótima.

No mesmo ano de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069) também previu, em seu artigo 211, a possibilidade de celebração de ajuste de conduta.

Tal exemplo foi seguido pela legislação de defesa da concorrência (Lei 8.884, de 1994), cujo artigo 53 admitiu a celebração de compromisso de cessação de conduta para suspender processo administrativo sancionador. Este modelo segue sendo adotado pela nova lei que disciplina o assunto (Lei 12.519, de 2011), cujos artigos 9º., V, e 85 continuam a dispor sobre o compromisso de cessação de conduta lesiva à concorrência.

Em 1997, a Lei 6.385, de 1976, que disciplinou o mercado de capitais e criou a Comissão de Valores Mobiliários para regulá-lo, foi alterada pela Lei 9.457, que incluiu os parágrafos 5º. a 12 em seu artigo 11, que trata do processo administrativo sancionador. Os novos parágrafos 5º. a 9º. tratam da possibilidade de suspensão do processo punitivo mediante celebração de termo de compromisso de ajustar a conduta às prescrições legais. Alguns destes parágrafos tiveram sua redação alterada pelo Decreto 3.995, de 31 de outubro, mas a tônica foi mantida. Tais dispositivos foram regulamentados pelas Deliberações CVM 390, de 2001, e 486, de 2005. Na prática, somente após a regulamentação, que criou o Comitê de Termo de Compromisso, é que a norma passou a efetivamente ser levada a efeito, produzindo-se percentuais altíssimos de cumprimento de acordos.

Em matéria ambiental, a Lei 9.605/1998 (art. 79-A), o Decreto 99.274/1990 (art. 42) e o Decreto 6.514/2008 (arts. 139 a 148) também admitem a celebração de

<sup>3</sup> Isto se não se considerar o Código Tributário Nacional, de 1966, que já admitia a extinção do crédito tributário por meio de transação – norma que, por seu turno, demanda detalhamento por lei específica.

compromisso de ajuste de conduta, reforçando e detalhando o permissivo já contido na Lei da Ação Civil Pública.

O Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 2003) também contém, em seu artigo 74, X, previsão de possibilidade de celebração de ajuste de conduta.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, igualmente, admite procedimento desta natureza no exercício das atividades de fiscalização das instituições de ensino superior (Lei 9.394/1996, art. 46, § 1º.; Decreto 5.773/2006, arts. 47 a 50). No mesmo compasso, a Consolidação das Leis do Trabalho foi alterada em 2001, com acréscimo do artigo 627-A e alteração do artigo 876, para se prever a possibilidade de celebração de termo de compromisso ou de ajuste de conduta em matéria de saúde e segurança do trabalho. Tais regras foram regulamentadas pelo Decreto 4.552/2002 (art. 28).

A legislação de quase todas as agências reguladoras contém norma semelhante: a) ANEEL – artigo 3º., V, da Lei 9.427, de 1996, e Resolução ANEEL 333, de 2008; b) ANATEL – artigo 19, XVII, da Lei 9.472, de 1996; c) ANP – artigo 20 da Lei 9.478, de 1997 e Portaria ANP 69/2011, art. 54; d) ANTT – Resolução 442/2004; e) ANTAQ – Resolução 987/2008; f) ANS – Lei 9.656, de 1998, art. 29, § 1º. e Lei 9.961, de 2000, art. 4º., XXXIX; g) PREVIC – Lei 12.154, de 2009, art. 2º., VIII; Instruções PREVIC 3 e 7/2010<sup>4</sup>.

Vê-se, assim, que quase todas as normas referidas tratam de direitos indisponíveis – o que não é grande novidade, já que o Código de Processo Civil (artigo 447, parágrafo único), a Lei de Divórcio e outros diplomas sempre admitiram a celebração de acordos em conflitos na área de direito de família, onde abundam os direitos indisponíveis (guarda e visita a filhos, por exemplo). Da mesma forma, a transação já é admitida em matéria de infrações penais leves desde a Lei 9.099, de 1995, que criou os Juizados Especiais Criminais, tendo sido ampliada com a edição da Lei 10.259, que criou os Juizados Especiais Federais (a pena máxima para os crimes cuja persecução pode ser “negociada”, que era de um ano, passou a dois anos)

Não se pode, portanto, de forma alguma *confundir indisponibilidade com intransigibilidade*, pois esta somente se afigura nas situações em que a lei expressamente veda a transação – como se vê do artigo 17, parágrafo 1º, da Lei 8.429, de 1992, que versa sobre improbidade administrativa.

Constituem ainda fundamentos legais para a utilização de meios consensuais no curso do processo administrativo o princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 2º., VI, da Lei 9.784, de 1999, e a previsão do artigo 2º., IV, da Lei 9.873, de 1999, no sentido de que a instauração de alguma espécie de conciliação interrompe o curso da prescrição para fins de processo administrativo na esfera federal.

Ainda na esfera administrativa, vale registrar que a previsão constante na

<sup>4</sup> Uma observação à parte merece ser feita ao cabo desta descrição de tantas normas que admitem a resolução consensual de conflitos em temas sensíveis: nem sempre a previsão normativa tem sido acompanhada da devida implementação de programas pelos entes públicos competentes. A pesquisa de campo que realizei no Brasil revela que são ótimos programas, que já produziram excelentes resultados, os do CADE, o da CVM e o da ANEEL. Muitas destas normas, infelizmente, ainda não “saíram do papel”.

legislação de diversas agências reguladoras, de realização de consultas e audiências públicas, para a elaboração de seus atos normativos, e que é adotada mesmo por entes que não dispõem de tal previsão legal (como o Banco Central do Brasil, cuja legislação básica é a Lei 4.595/1964), é um reforço muito importante para a ideia de consensualidade na tomada de decisões na Administração Pública. Muito embora no direito brasileiro as manifestações apresentadas não vinculem a Administração, nos EUA, a partir desta previsão, em muitos casos se adota o procedimento do “negotiated rulemaking”, buscando-se alcançar um consenso entre os setores regulados e os usuários dos serviços regulados, que é levado em conta pelo ente regulador competente ao elaborar a norma<sup>5</sup>.

Já na esfera judicial, temos, além da já citada legislação dos Juizados Especiais Federais, a lei que criou os Juizados Especiais da Fazenda Pública, dispendo sobre o processamento especial dos litígios de pequena monta envolvendo os Estados, Distrito Federal e Municípios – Lei 12.153, de 2009. Note-se que esta lei necessita de complementação por legislação de cada Unidade da Federação, nos termos de seu artigo 8º. E, na esfera federal, a legislação básica sobre transações é a Lei 9.469, de 1997, que admite transação sem diferenciar ou restringir a matéria, para os litígios que envolvem a União ou outro ente federal. Esta norma está regulamentada por diversas Portarias da Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados. Da mesma forma, vale mencionar que o Código Tributário Nacional admite a transação como forma de extinção do crédito tributário (artigo 156, III).

### 3. Os princípios constitucionais que regem a atuação do Poder Público e suas consequências na resolução consensual de conflitos

A defesa das possibilidades que a resolução consensual de conflitos oferece não implica, naturalmente, negar as cautelas adicionais que esta requer em face das especificidades atinentes ao regime jurídico da Administração Pública. Estas especificidades acarretam limitações ao poder/dever de transigir e decorrem basicamente dos princípios da legalidade (ou da juridicidade), da isonomia e da publicidade.

O *princípio da legalidade* é um dos primeiros argumentos apresentados por aqueles que se opõem à utilização da consensualidade na esfera pública. Pretende-se extrair do princípio da legalidade a consequência de que o ordenamento jurídico não deixa nenhum espaço para a negociação no momento de aplicação da lei ao caso concreto. Ora, não é necessário sequer ter conhecimentos jurídicos especializados para se ter ouvido falar das múltiplas interpretações possíveis acerca de cada norma. Também é fato notório e frequente (embora evidentemente indesejável) a presença de lacunas e contradições em nossa ordem jurídica, nem todas solucionáveis pelos critérios

<sup>5</sup> Eu trato do assunto na obra “Meios consensuais...”, já referida (no item “elaboração negociada de regulamentos administrativos”), e também Sérgio Varella Bruna, na obra “Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial”, publicada pela Editora Revista dos Tribunais, explora bastante bem o tema.

hierárquico, temporal e de especialidade. A isto pode se acrescentar o fenômeno ineliminável da colisão entre direitos fundamentais, da qual decorre a potencial colisão entre políticas públicas. Forneço exemplos: pense-se na presença de recursos minerais estratégicos e valiosos em terras indígenas ou territórios quilombolas. Ora, a Constituição Federal assegura, a um só tempo, o reconhecimento de territórios a tais comunidades, e o interesse público na exploração de nossos recursos minerais. Pense-se ainda na coincidência geográfica parcial (e tais exemplos não são exercícios de imaginação, mas sim extraídos de minha atuação como Conciliadora na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia-Geral da União em 2010 e 2011) entre territórios de populações remanescentes de quilombos e os limites de unidades de conservação, cuja proteção também é um mandamento constitucional. O potencial de conflitos é imenso – e o recurso à legalidade pura e simples não fornece nenhuma solução. É preciso encontrar maneiras criativas de compatibilizar tais direitos fundamentais e as políticas públicas que devem garanti-los. Para este fim, a verificação das normas jurídicas aplicáveis ao caso é apenas o ponto de partida da negociação, a moldura que lhe traça os limites. Por tal razão, todos os acordos envolvendo o Poder Público devem ser devidamente fundamentados, já que os atos administrativos (e aí se inclui a autorização de acordos, mesmo em juízo) se sujeitam a controle interno e externo de juridicidade, e tal fundamentação deve ser fática e jurídica, de modo a deixar claro porque uma determinada solução é o caminho mais adequado para resolver o conflito, sob o ponto de vista da legalidade, da economicidade e todos os demais parâmetros que devem reger a atuação de entes públicos.

Uma segunda “limitação” igualmente relevante é o *princípio da isonomia*. O Poder Público, quando firma um acordo, assim como se dá em qualquer outro ato administrativo, está estabelecendo um precedente – ou seja, todo aquele que se veja em conflito com ente público na mesma situação ou em outra muito similar terá pleno direito de invocar para si a mesma solução, por decorrência evidente do princípio da isonomia. Por tal razão, antes de firmar um determinado acordo, é natural que o Poder Público busque averiguar e levar em conta se o conflito em questão é uma situação única ou um conflito repetitivo no qual milhares de pessoas também se enquadram. E deve levar isso em conta não apenas por saber que terá que firmar o mesmo acordo em situações semelhantes, mas também para verificar se será viável, técnica e financeiramente, o cumprimento de tais acordos.

Por fim, a terceira peculiaridade da resolução consensual de conflitos na esfera pública se deve à incidência do *princípio da publicidade*. Quando se analisa, por exemplo, a doutrina, seja brasileira, seja alienígena, sobre mediação de conflitos, muito se ouve falar sobre ser a confidencialidade essencial ao desenvolvimento da mediação. Assim não me parece, nem sequer na esfera privada. Na realidade, o que se busca com a confidencialidade é que as partes fiquem mais à vontade para negociar – e a confidencialidade não é o único fator relevante para chegar a este resultado. Todavia, o que nos interessa aqui é a esfera pública. Não se pode negar que, havendo um terceiro como facilitador da negociação (no caso, o mediador), é fundamental que as partes envolvidas no conflito nele confiem e é também bastante salutar para

o progresso da negociação que ele tenha sessões separadas com cada uma das partes – de cuja existência todas elas devem ter conhecimento. Neste espaço (sessões privadas), é eventualmente possível que entes públicos ou os particulares revelem ao mediador alguma informação que não desejem que chegue ao conhecimento da outra parte, normalmente por enfraquecer sua posição na negociação. Admite-se, nestes casos, que o mediador mantenha sigilo sobre tais informações – desde que elas não se enquadrem nas exceções à confidencialidade da mediação que são reconhecidas inclusive na esfera privada (intenção de praticar um crime, revelação da violação a direitos de menores ou outras normas de ordem pública, etc.).

Não se pode admitir, contudo, a ideia de confidencialidade para as sessões conjuntas de mediação, muito menos para a documentação produzida durante o procedimento de resolução consensual do conflito, a menos que se trate de informação acobertada por sigilo comercial, industrial, bancário, que coloque em jogo a intimidade ou a vida privada de particulares ou, ainda, que se trate de algum segredo de Estado. Vale dizer, quando se pensa em resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público, a publicidade é a regra; a confidencialidade é a exceção e precisa ser juridicamente justificada.

Vale registrar que esta diferenciação (não aplicação da confidencialidade) é tão relevante que, justamente por conta dela, defendo que não existe, na esfera pública, como existe na esfera privada, a necessidade de separação das figuras do terceiro que facilita o diálogo (o mediador) e do terceiro julgador (que decidirá o conflito se o acordo não for alcançado). Por tal razão, se forem devidamente capacitados, entendo que também os magistrados podem conduzir o processo de resolução consensual de conflito que envolva entes públicos, sendo de certa maneira artificial aqui a distinção que se costuma fazer entre mediação e conciliação<sup>6</sup>.

#### 4. Os (falsos) argumentos contrários à consensualidade na esfera pública

Além do já mencionado (e refutado) argumento atinente à incidência do princípio da legalidade, aqueles que resistem à aplicação da consensualidade para a resolução de conflitos na esfera pública costumam invocar também outros argumentos: a) a desigualdade nas relações de poder; e b) a suposta indisponibilidade do interesse público.

<sup>6</sup> Existem várias diferenças apontadas pela doutrina brasileira entre os dois métodos, sendo uma das mais comuns a de que o mediador não pode sugerir soluções para o conflito, ao passo que o conciliador pode. Esta distinção já caiu claramente por terra nos EUA, eis que um estilo mais ativo de mediação (conhecido como “mediação avaliativa” e que é muito utilizado) admite claramente que o mediador desempenhe um papel de condutor do acordo, sendo que, na prática, nem sequer se registra (aqui ou nos EUA) no acordo de onde partiram as propostas de solução – pois isto é irrelevante. A distinção mais relevante é a que diz respeito à abordagem, mais rasa ou mais aprofundada, do conflito e suas razões. Enquanto na conciliação esta abordagem é mais superficial, na mediação deve ser mais profunda, valorizando-se seu papel pedagógico, pois esta deve ser usada quando as partes têm um relacionamento entre si que querem preservar (exemplo: sócios de uma empresa, Fisco e contribuinte, indústria e órgão ambiental), ao passo que aquela (a conciliação) serve para os conflitos em que não há relacionamento entre elas (exemplo: acidente de trânsito).

Quanto à desigualdade nas relações de poder, notadamente nos casos em que está envolvido um ente público federal ou estadual e um indivíduo (o exemplo clássico pode ser o segurado e o INSS), ela é de fato evidente e não pode ser ignorada quando se pensa em resolução consensual de conflitos. Não se trata porém de obstáculo incontornável. De fato, a desigualdade torna inadequada a negociação direta entre as partes, mas torna altamente recomendável a utilização da mediação, que é a negociação facilitada por um terceiro.

Um dos deveres elementares do mediador é buscar amenizar a eventual desigualdade entre os envolvidos no conflito, indicando ao lado mais fraco a necessidade de buscar um advogado ou outro perito técnico para aconselhá-lo, quando for o caso, buscando certificar-se de que ele compreendeu as questões técnicas e jurídicas que estão em jogo, buscando assegurar que informações essenciais para a resolução do conflito sejam compartilhadas entre as partes. Também é dever ético do mediador buscar garantir que os interesses legítimos daqueles que não estão presentes à mesa de negociação (por impossibilidade) sejam respeitados (é o caso de filhos menores, por exemplo, na seara privada).

O melhor argumento para se buscar uma decisão a respeito da adequação da mediação de conflitos à resolução de conflitos na seara pública consiste em realizar a sua comparação com o processo adversarial tradicional, seja ela na esfera administrativa ou em juízo. Será que o processo contencioso, com seu formalismo e rigoroso sistema de preclusões, oferece maiores condições de igualdade? Será que o processo judicial, em que tantas e tantas vezes a questão de direito material é esquecida em prol de discussões processuais, e em que é comum que o “vencedor” seja quem melhor manipula o procedimento, por ter o melhor advogado, é um processo baseado em maior equilíbrio de poder? É evidente que não. As possibilidades de enfrentar o desequilíbrio de poder, em realidade, são muito mais profícuas na mediação.

Quanto ao segundo argumento, o da indisponibilidade e supremacia do interesse público, em primeiro lugar, é preciso esclarecer de que interesse público se está tratando: o primário ou o secundário? Quando se trata do interesse público secundário, aquele meramente patrimonial, como bem distinguiu o administrativista italiano Renato Alessi, cujas lições foram trazidas ao Brasil por Celso Antonio Bandeira de Mello, não existe nem indisponibilidade nem supremacia.

Quando se trata de interesse público primário, este sim indisponível, pensar numa ideia de supremacia somente resolve o problema quando ele está em confronto com interesses individuais não consistentes em direitos fundamentais. Como já demonstraram bastante bem Gustavo Binenbojm e outros publicistas de escol, não existe supremacia de interesses titularizados pelo Estado e direitos titularizados por particulares quando ambos desfrutam de proteção constitucional. De outra parte, como já demonstrei nos exemplos citados no item anterior, interesses públicos primários, portanto indisponíveis, frequentemente colidem entre si (como também acontece com direitos fundamentais), havendo uma necessidade inadiável de harmonização entre eles, razão pela qual o nosso legislador já reconheceu implicitamente inúmeras vezes que *indisponibilidade não se confunde com intransigibilidade*, ao admitir a utilização

da negociação em um uma série de conflitos que envolvem direitos indisponíveis, de natureza pública e difusa inclusive, como visto no item 2.2.

Enfrentados estes relevantes argumentos, passo a enfrentar a mais complexa questão, qual seja, de como se pode viabilizar a resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público, primeiramente os individuais e, em seguida, os de dimensão coletiva.

## 5. Causas e consequências da eclosão de conflitos envolvendo políticas públicas

Quando se analisa a gênese de um conflito envolvendo uma política pública, constata-se, em geral, a presença de um ou mais destes fenômenos (considerando-se uma situação normal de boa fé na formulação da política, naturalmente): a) ausência de informações fáticas relevantes (déficit democrático e/ou técnico); b) avaliação equivocada de dados fáticos (erros técnicos); c) conflito com outra política pública, do mesmo ou outro nível federativo.

Na primeira hipótese, o Poder Público está insuficientemente informado – não levantou aspectos fáticos que eram necessários para formular a política, por conta de uma cultura autoritária, que não vê necessidade ou utilidade em dialogar com os destinatários da política, ou de incompetência técnica, que levou a um planejamento deficiente, que não soube traçar o diagnóstico completo antes de partir para a solução do problema.

Na segunda hipótese, os dados até estão disponíveis, mas são avaliados de forma tecnicamente equivocada, levando à formulação de medidas total ou parcialmente inviáveis ou inadequadas, por alguma razão, para o propósito a que se destinam.

Na terceira hipótese, a política até seria adequada e viável se considerado apenas um determinado interesse público legítimo e relevante, mas a proteção a este interesse entra em choque com outro interesse público igualmente legítimo e relevante. Os exemplos são inúmeros, notadamente quando se trata de políticas públicas que somente se efetivam mediante a ocupação/utilização de espaços territoriais determinados: a) mineração em áreas coincidentes ou vizinhas de territórios quilombolas ou terras indígenas em processo de demarcação ou já demarcadas; b) coincidência total ou parcial de terras indígenas ou quilombolas com áreas de unidades de conservação; c) construção de usinas hidrelétricas em áreas coincidentes ou vizinhas de outras em processo de demarcação como territórios quilombolas ou terras indígenas; d) moradias de comunidades carentes (ou não) em áreas de preservação ambiental (encostas de morros, margens de cursos d’água, mananciais); e) turismo X pesca industrial X pesca artesanal X conservação ambiental; f) geração de empregos, de receitas tributárias e de lucro privado X preservação ambiental; g) estímulo à pesquisa e lucro decorrente da propriedade industrial de fórmulas de medicamentos X universalização do tratamento de doenças; h) mineração, geração de energia elétrica ou produção de petróleo X preservação ambiental; i) necessidades de tráfego (e escolha dos meios de transportes a serem estimulados) X preservação do patrimônio histórico e cultural

urbano; j) preservação do patrimônio histórico-cultural X acessibilidade para pessoas com deficiência.

Com a eclosão do conflito, ao menos num momento inicial, em geral ocorre uma de três hipóteses: a) paralisação ou desaceleração da efetivação da(s) política(s) pública(s), para evitar desgastes e confrontos; b) a escalada do conflito e a violência dos grupos entre si e/ou contra os agentes estatais; c) a judicialização do conflito.

Em qualquer das três hipóteses, serão inevitáveis: 1) desgaste no relacionamento entre os envolvidos; 2) atrasos no cronograma da efetivação da política pública; 3) perda de controle sobre o desfecho do conflito.

É possível, porém, pensar em uma alternativa melhor do que qualquer uma destas três hipóteses, que permita ao Poder Público prosseguir na realização das políticas públicas e aos seus destinatários delas legitimamente desfrutarem: trata-se da resolução consensual do conflito, com a participação de todos os agentes públicos e grupos sociais e/ou econômicos nele envolvidos.

## **6. Vantagens da adoção de métodos consensuais na resolução de conflitos que envolvem políticas públicas**

A primeira vantagem da solução consensual é que ela, por ser produzida a partir do diálogo em que se confrontam e compatibilização de todos os interesses relevantes, será criativa em uma medida que jamais poderia resultar de qualquer decisão unilateral – criatividade necessária para que ela seja eficiente.

A segunda vantagem é que ela será legítima (democrática), já que foi capaz de encontrar a adesão/aceitação de todos os atores sociais/políticos/econômicos necessários para que ela seja efetivada.

Justamente por ser legítima e resultante de um processo democrático, de um lado, e potencialmente eficiente, de outro, será também sustentável, já que estes atores não irão questioná-la, e sim contribuirão para sua efetivação, dialogando novamente em caso de qualquer impasse que não tenha sido antevisto.

Será ainda implementada da forma mais rápida e econômica possível, já que conta com a boa vontade dos envolvidos e o debate democrático deverá ter levado em conta os custos e benefícios iminentes a cada alternativa de solução.

Para chegar a um resultado tão desejável, porém, existe um caminho a ser percorrido. Passo a descrevê-lo, de forma simplificada.

## **7. As medidas necessárias para a viabilização da resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo o Poder Público**

Como foi visto, normalmente, será necessária a utilização de mediadores para viabilizar a negociação entre particulares e Poder Público, dada a desigualdade de poder. Tal necessidade é ainda maior em conflitos multipartes, nos quais existem diversos entes públicos envolvidos, e grupos distintos também na sociedade civil, nem sempre organizados. A primeira necessidade que se coloca, assim, é a de que

exista um quadro de mediadores previamente capacitados a que o Poder Público possa recorrer. Também é necessário definir de onde virão os recursos para pagar pelos serviços de mediação, quando os mediadores já não sejam servidores remunerados pelos cofres públicos para tal fim, bem como para pagar por eventuais estudos técnicos.

Existente este quadro, a escolha do mediador (ou equipe de mediadores, como é mais comum em se tratando de conflitos coletivos) deve ficar preferencialmente ao encargo das partes envolvidas. Se se tratar de um conflito judicializado, admite-se que o juiz da causa faça a escolha, mas é evidente que mediadores poderão ser recusados por razões de suspeição e há que se sopesar se vale a pena o ganho de tempo decorrente da escolha unilateral com a perda de autonomia e confiança das partes no(s) mediador(es) escolhido(s) sem a sua participação. Nos EUA, costuma-se permitir às partes que façam esta escolha, sempre havendo, contudo, uma proposta inicial de nomes constantes de um cadastro, de mediadores que se sabe serem previamente capacitados e experientes na matéria.

Escolhidos os mediadores, devem estes proceder ao diagnóstico do conflito, com a identificação de todos os interessados e/ou afetados, bem assim de todos os atores necessários para a resolução efetiva do problema. Este conjunto de atores envolverá desde os órgãos do Poder Executivo com competência para atuar na matéria, representantes do Legislativo, quando for o caso (por exemplo, nos conflitos acima referidos envolvendo limites de unidades de conservação ou mineração em terras indígenas, a participação do Poder Legislativo é essencial para viabilizar o acordo), o Ministério Público, a Defensoria Pública (quando houver pessoas hipossuficientes), o(s) empreendedor(es), quando for o caso, a comunidade diretamente afetada, quando for possível identificá-la, as entidades do terceiro setor que atuem na matéria naquela região, quando existentes.

Nesta fase, os mediadores deverão buscar entender os antecedentes do conflito, conversar com as partes sobre o funcionamento do processo de resolução consensual de conflitos, entender suas principais preocupações, expectativas e receios quanto ao mérito do conflito, bem assim verificar quais são as informações já disponíveis sobre o problema, quais os pontos de convergência e de divergência. Também deverão ajudar cada uma das partes a eleger seus representantes à mesa de negociação, já que estes deverão ser o elo permanente entre os demais participantes do processo e o grupo representado. Da mesma forma, deve-se investigar como funciona e quanto tempo levará o processo de ratificação de eventual acordo no seio de cada órgão público, empresa ou grupo de pessoas representado na mediação.

Com este quadro desenhado, devem os mediadores traçar um planejamento do processo, com cronograma de sessões privadas e conjuntas de mediação, local e datas para sua realização, proposta de duração e horário das sessões, bem assim de protocolo de conduta das partes, e até mesmo formas de dar publicidade ao processo, incluindo-se o relacionamento com a imprensa. Este planejamento poderá eventualmente já incluir formas de participação e interação com a sociedade em geral, mediante realização de audiências públicas, recebimento de sugestões, críticas e informações, etc. Também poderá incluir a identificação da necessidade de compartilhamento

de informações entre os envolvidos, bem assim da realização de estudos técnicos conjuntos durante o procedimento de mediação. Estes estudos devem envolver uma deliberação conjunta das partes sobre a sua abrangência (aspectos fáticos e técnicos a serem investigados), sobre quem dispõe de imparcialidade e competência para realizá-los, sobre a metodologia a ser adotada e sobre como seus resultados serão utilizados.

Este planejamento (e suas adaptações posteriores) deve ser submetido a todos os participantes da mediação na primeira sessão conjunta de mediação, realizando-se as alterações que se reputarem adequadas após ouvidos todos os interessados.

Aprovadas as regras do jogo, devem ter início as sessões de mediação privadas e conjuntas, assegurando-se sempre a maior transparência possível, e construindo-se gradualmente acordos parciais, notadamente quando houver questões urgentes que não possam aguardar o fim do processo. Naturalmente, quando não houver consenso acerca de questões urgentes, o juiz competente é que deverá decidir, prosseguindo-se a mediação sobre os demais pontos, inclusive com a possibilidade de as partes chegarem a um consenso diverso sobre a questão já decidida.

Ao final das negociações, quando as partes e os mediadores avaliarem que já foram exploradas as alternativas possíveis de consenso, ainda que ele não tenha sido plenamente alcançado, deve-se proceder à redação conjunta do acordo, sempre conduzida pelos mediadores. Este deve conter um relato de quem participou do processo, das informações levantadas e uma justificativa (jurídica e técnica) do consenso alcançado, as quais servirão como fundamentação do acordo, bem como uma descrição resumida do processo, a fim de que o juiz competente para homologá-lo possa assegurar-se de que o “contraditório” foi observado ou, melhor dizendo, de que oportunidades idênticas foram dadas às partes para expressarem seus interesses legítimos e preocupações relevantes, sempre dando-se maior atenção aos grupos hipossuficientes. Além disso, deve conter, naturalmente: a descrição de cada uma das obrigações assumidas, quem deverá cumpri-las, em que prazo, e quem ficará responsável pelo seu monitoramento; também convém que estejam previstas sanções específicas para o descumprimento de cada uma das obrigações, de modo que seja mais econômico para o responsável pela obrigação cumpri-la do que descumpri-la.

Ainda que o conflito não esteja judicializado, a homologação judicial do acordo pode ser recomendável para dar mais segurança jurídica a todas as partes envolvidas. Notadamente quando se trata de conflitos envolvendo o Poder Público, em razão da alternância periódica no comando dos poderes políticos, por decorrência do sistema democrático (e subsequente alteração na titularidade de cargos comissionados), é fundamental garantir eficácia executiva ao acordo celebrado, coroando assim todos os esforços realizados para a obtenção do consenso.

## 8. Quem pode ser mediador

Sempre que se apresenta a metodologia da resolução consensual de um conflito coletivo que envolve uma política pública, uma das perguntas que ocorre é: quem pode desempenhar este papel de terceiro facilitador do diálogo rumo ao consenso? É

preciso contar com espaços institucionais que se caracterizem pela imparcialidade e pela competência técnica para desenvolver tal missão.

Vejo, basicamente, três alternativas possíveis:

- a) comissões compostas por servidores do Judiciário, Ministério Público, Poder Executivo, Poder Legislativo, etc, que sejam capacitados como mediadores e se dediquem a esta função com exclusividade;
- b) centros de mediação baseados em universidades públicas, que podem firmar parcerias com o Poder Público para a prestação de serviços desta natureza;
- c) mediadores autônomos, vinculados ou não a entidades do terceiro setor, que sejam capacitados e previamente credenciados junto a órgãos públicos para desempenhar tal função (que deve ser, via de regra, remunerada, para que a atividade seja sustentável e possa ser exercida em caráter profissional).

## 9. Espaços de utilização da mediação de conflitos envolvendo políticas públicas

Ainda, vale ressaltar que a eclosão de conflitos pode surgir em diferentes momentos da formulação ou execução de políticas públicas. E em todos estes momentos o caminho consensual pode ser utilizado.

São exemplos:

- a) elaboração negociada de regulamentos administrativos (*negotiated rulemaking*), acrescentando um diálogo qualificado e democrático à mera formalidade de realizar audiências ou consultas públicas;
- b) elaboração de Planos Nacionais, Estaduais e Municipais relativos a alguma política pública, que poderá assim trazer informações mais completas e enfrentar potenciais fatores de conflito no momento da execução;
- c) processo administrativo em geral: no momento do licenciamento ambiental de um empreendimento, na aplicação de uma penalidade decorrente de um processo administrativo sancionador;
- d) processo judicial que esteja embasado no questionamento de uma política pública ou atos que a efetivam (ações coletivas ou mesmo ações individuais que tenham objeto desta natureza).

## 10. Conclusões

A intenção deste trabalho foi mostrar como, reconhecendo a peculiaridade dos conflitos envolvendo o Poder Público, ainda assim o caminho da consensualidade se revela, em muitos casos – e aí eu saliento a situação daqueles conflitos que envolvem políticas públicas – a solução mais adequada para o problema, para não dizer a única possível, notadamente em situações em que os impasses criados geram autênticas paralisações do aparato estatal.

A complexidade técnica e os desafios democráticos que se colocam para os poderes políticos nem sempre têm sido adequadamente enfrentados por eles em nosso país. Daí o fenômeno da judicialização de políticas públicas, que é consequência do problema – não é o problema em sua origem. O Judiciário tem sido muito criticado por sua incapacidade de dar soluções adequadas a estes conflitos, seja por conta de seu déficit democrático, seja por conta de seu déficit técnico – problemas que também existem, ademais, na esfera dos poderes políticos.

A resolução consensual de conflitos propõe dar conta destas duas limitações inegáveis que, na realidade, acometem não os Poderes do Estado em si, mas sim seus processos decisórios: acometem o processo administrativo ou judicial em sua feição contenciosa, mas acometem igualmente a formulação e implementação de políticas públicas quando ela ocorre de forma centralizada e/ou arbitrária – ou quando sequer ocorre.

Estes mesmos métodos podem ser utilizados seja para prevenir conflitos, seja para resolvê-los, tudo a depender do momento em que se está na escalada do problema. Não podem, contudo, ser manejados sem consideração com os princípios constitucionais mais caros ao funcionamento de um Estado Democrático de Direito.

Espero, com estas reflexões, ter trazido algumas luzes sobre como a consensualidade pode contribuir, de forma segura e democrática, para aprimorar o sistema de prevenção e resolução de conflitos em que se vê envolvido o Poder Público.