SEGURANÇA JURÍDICA E EFICIÊNCIA NO CONSENSO:
Mediação e Advocacia pública colaborativa

MEDIATION AND COLLABORATIVE PUBLIC ADVOCACY:
the logic of consensus on legal security

Dra. Letícia Botelho Gois
Advogada da União 1996 – CJU/RJ
Mediadora Judicial - Res. 125 CNJ
Autora do enunciado 31 CJF - Advocacia Pública Colaborativa

SUMÁRIO.

Introdução; 1. Do contexto sócio político-cultural da consensualidade; 2. Interesse público no consenso; 3. Advocacia pública eficiente; 4. Lógica do consenso: nova técnica; 5. Segurança jurídica e eficiência no consenso: Tecnicidade; 6. Mediação; 7. O advogado público mediador; 8. Advocacia Pública Colaborativa: nova competência institucional; 9. O advogado público colaborativo; 10. Casos concretos: técnica de mediação na câmara local de conciliação; 11. Conclusão. Referências.

RESUMO: Este artigo convida a refletir sobre o papel da AGU na construção de soluções consensuais, assim, busca-se reconhecer uma nova perspectiva e um novo paradigma de atuação ao advogado público. Propõe, por isso, a releitura do que, de fato, seja um exercício eficiente e técnico da advocacia pública sob a nova lógica do consenso. Analisa-se, desse modo, a inserção da atual estrutura organizacional e estratégica da AGU na nova Administração Pública Consensual, de modo a dar suporte à construção institucional de um novo atuar dos advogados públicos, apoiada em novos valores. A Lei 13.140/15 acrescentou uma nova competência técnica institucional à AGU: a atuação consensual, autônoma em relação ao servir consultivo ou litigioso. Essa independência entre as frentes de atuação da AGU nos remete a mais um refletir: a necessidade de especializar a advocacia pública. Ao final, apresenta-se, nesse cenário, um novo conceito de advocacia pública, exercida com técnica colaborativa. Analisa-se, em concreto, essa nova aptidão necessária ao advogado público para mediar interesses conflitantes, por meio da autocomposição, de forma técnica, e,

construindo autonomamente, com segurança jurídica, soluções consensuais eficientes e sustentáveis. Firma-se o posicionamento quanto à necessidade de tutelar um novo interesse público: o da construção técnica de soluções consensuais, como o fundamento de validade para todo esse novo atuar da advocacia pública na consensualidade.

PALAVRAS-CHAVE: Lógica. Consenso. Tecnicidade. Autocomposição. Aptidão. Especialização. Advocacia Pública Colaborativa. Representação Mediativa.

ABSTRACT: This article aimes to reflect on the role of AGU in the construction of consensual solutions. It seeks to recognize a new perspective and a new paradigm of public attorney's performance. It proposes, therefore, the rereading of what, in fact, in the current context, is an efficient exercise of public advocacy under the new consensus logic. In this way, we analyze the insertion of the AGU's current organizational and strategic structure in the new Consensual Public Administration, in order to support the institutional construction of a new way to work, supported by new values. Law 13.140/15 added a new institutional technical competence to the AGU: the consensual acting, autonomous in relation to consultative or litigious service. This independence between AGU's works brings us to another aspect: the need to specialize in public advocacy. At the end, in this scenario, a new concept of public advocacy, exercised with collaborative technique, is presented. Specifically, this new capacity is necessary for the public lawyer to mediate conflicting interests, through self-composition, in a technical way, and by building, independently, with legal certainty, efficient and sustainable consensual solutions. The positioning is based on the need to protect a new public interest: the technical construction of consensual solutions, as the foundation of validity for all this new act of public advocacy in consensuality.

KEYWORDS: Logic Consensus. Technicality. Self composition. Ability. Specialization. Mediation representation. Collaborative Public Advocacy.

INTRODUÇÃO

A Advocacia Geral da União, ao longo desses 25 anos, ofereceu à sociedade uma defesa, eminentemente combativa, aos interesses públicos

federais, tutelando sua prevalência e superioridade. Um grande desafio se impõe, daqui para diante, à Instituição: atuar na Consensualidade. A técnica para o exercício dessa nova competência, de autocompor conflitos, ou advogar, de forma colaborativa, foi ofertada pela Lei 13.140/15, e sua essencialidade ao exercício desse novo mister é objeto da reflexão que aqui se propõe.

Nas últimas três décadas, diversos movimentos transformaram o papel do Estado contemporâneo, deflagrando um processo de revisita à compreensão de sua finalidade na sociedade. Nesse contexto, a partir de meados dá década de 1990, o Brasil iniciou seu mais profundo processo de transição, ainda inacabado.

Nesse sentido, o país vem empreendendo alterações em sua estrutura administrativa, a fim de transformar o modelo burocrático de gestão e implantar novo modelo de administrar, denominado gerencial. A diferença entre ambos os modelos reside na finalidade da prestação dos serviços públicos: o gerencial visa ao atendimento dos interesses coletivos com foco no cidadão. Dessa forma, há um rompimento com a estrutura administrativa tradicional, uma vez que existe, agora, uma nova percepção quanto aos interesses coletivos e aos do Estado, em si. A reforma administrativa comprometeu o Estado com seus resultados qualitativos. A prestação do serviço e a atuação administrativa vêm buscando atuar da forma mais eficiente possível, a fim de satisfazer os interesses e necessidades do cidadão usuário, em vez de somente garantir a manutenção da rigidez administrativa. Assim, flexibilizados os modos de gestão e de adoção de políticas públicas, no decorrer da descentralização e desburocratização da atividade administrativa, o formalismo desmedido vem perdendo a vez.

I DO CONTEXTO HISTÓRICO POLÍTICO-SOCIAL DA CONSENSUALIDADE

Nesse panorama de transformações, o Estado passou, então, a priorizar o desempenho de suas tarefas, alinhadas aos seus objetivos, preferencialmente, de modo compartilhado com os cidadãos. Nesse sentido, de acordo com OLIVEIRA e SCHWANKA (2009, p. 308),

> Joan Prats I Català revela que as origens do fenômeno datam de meados da década de 90 do séc. XX especialmente na Europa, traduzindo um consenso crescente de que a eficácia e a legitimidade da atuação pública se fundamentam na qualidade da interação entre os distintos níveis de Governo e entre estes e as organizações empresariais e da sociedade civil.

Segundo Rogerio e Dias (2012, p.11), “o princípio da eficiência traduziu esses pressupostos e impulsionou a Administração a se reestruturar de forma funcional, para satisfazer às expectativas do cidadão na prestação do serviço público externo e interno”

Exsurgem novos conceitos e valores do Estado eficiente. Fenômenos como o Estado em rede e a Governança Pública passam a ser propagados como pressupostos dessa eficiência. Assim, não há dúvida de que emerge uma nova forma de administrar, cujas referências são o diálogo, a negociação, o acordo, a coordenação, a descentralização, a cooperação e a colaboração.

Portanto, nesse novo universo de valores, o processo de determinação do interesse público passa a ser desenvolvido a partir de uma perspectiva consensual e dialógica, contrapondo-se à dominante perspectiva imperativa e monológica. Embora elaborada a partir da experiência comunitária europeia, segundo OLIVEIRA e SCHWANKA (2009, p. 307), “Manuel Castells apresenta sua noção de Estado em rede, cujo significado é, em síntese, ‘o Estado caracterizado pelo compartilhamento da autoridade.’” O conceito de Governança Pública, por sua vez, se traduz na pretensão de alcançar a estabilidade das instituições políticas e sociais, por meio do fortalecimento do Estado de Direito, e do fortalecimento da sociedade civil, mediante o incentivo à participação e um pluralismo de dimensões múltiplas.

Logo, a consensualidade na Administração Pública resulta de inúmeras transformações sociais, políticas e econômicas ocorridas em uma sociedade global, interferindo, de forma determinante, nas relações do poder público com os cidadãos.

II O INTERESSE PÚBLICO NO CONSENSO

Nesse panorama, relativizar o conceito clássico, que impunha um supremo e indistinto interesse público, uno e indivisível, é fundamental. Hoje, esse reconhecimento qualifica e privilegia a concepção de interesse público. Não há desamparo na consensualidade. Ao revés. O entendimento que, hoje, se pode, com propriedade, sustentar, é o da unidade de interesses públicos e privados, sem contradição, negação ou exclusão. Mas, antes de tudo, de harmonização.

A ideia de ponderação, prevalece como ferramenta de controle da discricionariedade administrativa. Ou seja, persegue-se qual o interesse público prevalente no caso concreto, bem como, a observação das consequências que ele produzirá sobre os interesses dos membros da sociedade. Não mais indistintamente. O valor soberano da dignidade humana, consagrado pelo nosso legislador Constituinte originário, impõe essa interpretação das normas constitucionais.

Gustavo BINENBOJM (2006, p. 86) observa que, para definir o interesse que prevalecerá, deve existir uma "ponderação proporcional" dos interesses em conflito.

> Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um **Estado de ponderação**, que se legitima pelo reconhecimento da necessidade de proteger e promover, **ponderada** e **razoavelmente**, tanto os interesses particulares dos indivíduos como os interesses gerais da coletividade. O que se chamará interesse público é o resultado final desse jogo de ponderações que, conforme as circunstâncias normativas e fáticas, ora apontará para a preponderância relativa do interesse geral, ora determinará a prevalência parcial de interesses individuais (BINENBOJM, 2006, p. 86).

De fato, o postulado de supremacia é substituído pelo de proporcionalidade, o qual exige, em primeiro lugar, que a medida adotada se constitua em meio adequado ou idôneo à finalidade almejada (BINENBOJM, 2006, p. 129).

Nesse panorama, vale ressaltar o pensamento de Norberto Bobbio, expressado em 1985, para quem "o Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, do que a de detentor do poder de império".

III ADVOCACIA PÚBLICA EFICIENTE

Nesse contexto, pode-se afirmar que a Advocacia Pública somente vai oferecer, hoje, segurança jurídica ao Estado Brasileiro, se tutelar o interesse público primário, que, atualmente, acolhe como primado tanto a dignidade humana, quanto o consenso, traduzidos na oferta dos serviços mais adequados e eficientes às inúmeras demandas da sociedade.

Constata-se, nesses 25 anos de AGU, uma evolução das estratégias, de uma defesa intransigente, ao reconhecimento de um suposto *déficit* ou erro

administrativo. Exsurge, dessa flexibilização, a possibilidade de trilhar o caminho da consensualidade, como nova frente de atuação institucional e de alternativa à sociedade, ao propósito de pacificação social. Pode-se avaliar, portanto, por todo um quadro de releituras conceituais, de antigos dogmas, que, hoje, o advogado público tem o poder-dever de promover a autocomposição, se mais adequado e vantajoso for, apropriado da técnica e apoiado na lógica do consenso, compromissado com os princípios ditados pela Lei 13.140/15.

A atuação Consensual é, portanto, percebida como uma nova competência institucional, ao lado da Consultiva, Contenciosa e Correcional. O êxito em cada uma dessas frentes de atuação institucional, vai requerer, do advogado público, aptidão diferenciada, sob pena de falência de qualquer dessas empreitadas. Por essa razão, defende-se a especialização na advocacia pública. A missão institucional de diferenciar perfis próprios de atuação, capacitando-o, está a serviço da eficiência do serviço a ser prestado à sociedade.

A nova realidade exige uma advocacia pública de Estado, que atenda às mudanças paradigmáticas, exigindo não só qualificação e treinamento, mas também alterações estruturais, em sua repartição de competências, e funções institucionais, para abraçar a atuação consensual, como forma autônoma e independente das demais funções institucionais.

IV A LÓGICA DO CONSENSO: NOVA TÉCNICA

O atuar do advogado público, sob a lógica do consenso, difere fundamentalmente da atuação sob a lógica adversarial. Usualmente, o que se verifica, em geral, é a aplicação de técnicas excessivamente persuasivas, já que nem sempre os profissionais do direito dispõem das habilidades específicas para conduzir processos consensuais. Por isso, muitas vezes, aqueles que acessam a via judicial enfrentam as dificuldades impostas por um sistema talhado na lógica adversarial. A postura persuasiva e combativa acaba comprometendo a qualidade dos acordos obtidos, comprometendo a sustentabilidade dos mesmos.

Portanto, no compromisso com a eficiência e com a segurança jurídica, o construir do consenso precisa de técnica. A autocomposição há de ser um processo técnico, onde o advogado público condutor, deve ser capacitado para bem utilizar as ferramentas próprias, dentro dos princípios específicos desse novo

atuar previsto em Lei. Surge, desse modo, um novo saber, uma nova lógica de pensamento e de postura ao Advogado Público.

A construção do pensamento, na lógica adversarial, é voltada à persuasão e ao convencimento. Para esse objetivo, conta-se com o talento, o preparo e a vocação dos advogados para interpretar parcialmente as normas, atuando sobre a divergência entre as partes.

De maneira oposta, a lógica do consenso requer atuação sobre a convergência e a interdependência entre as partes envolvidas em um conflito de interesses. Por esse motivo, o conhecimento dos interesses, das necessidades e das possibilidades reais das partes torna-se fundamental para uma eficaz atuação consensual. Quando o foco passa a ser o cidadão, visualiza-se imediatamente uma interdependência e uma linha de convergência que aproxima as partes conflitantes, legitimando e tornando possível um diálogo e uma eventual autocomposição de interesses.

Nesse sentido, não se pretende fazer uma análise ética sobre o atuar beligerante, mas sim demonstrar que, ambas as técnicas, consensual e beligerante, clamam por diferentes aptidões e perfis de atuação. Quer-se, com isso, dizer que, o advogado público ao optar pelo caminho da consensualidade ou litigiosidade estará, em ambos, na tutela do interesse público. E, para cada qual, utilizará uma lógica, um saber e uma postura própria. Se assim não o fizer, estará prejudicando o sucesso de seu esforço. São lógicas opostas, a adversarial e a do consenso.

Tecnicamente, a lógica adversarial se constrói com uma capacidade técnica persuasiva e combativa. Por sua vez, a lógica do consenso requer técnica colaborativa, de escuta ativa e empática, capacidade empática de compreensão dos fatos, criatividade e de espírito de parceria.

A opção constitucional de absoluta tutela à dignidade humana e à eficiência administrativa, conduz à consensualidade como forma mais adequada de gestão em geral.

Existem muitas demandas judiciais em que interesses públicos parecem conflitantes, mas não o são propriamente. A depender do foco fixado, a linha de convergência aparece e permite a construção de consenso. Evidentemente, que, casos existem em que, a beligerância e a polaridade se tornam inevitáveis, e,

portanto, essa linha de convergência não surge. Neles, o advogado público combatente e beligerante precisa atuar para prestar o serviço técnico de combate e defesa jurídica dos interesses. Assim, o dever de defesa da constitucionalidade das leis, outorgado pelo legislador constituinte originário, ao Advogado da União, por exemplo, persiste inabalado frente à alternativa da consensualidade.

A adequação da alternativa- judicial ou consensual- ao caso concreto, ou seja, o juízo de admissibilidade cabe, com exclusividade, ao advogado público consensualista. Por isso, precisa optar pela técnica do combate ou do consenso.

A Judicialização convive harmonicamente com a Consensualidade. São espécies de um mesmo gênero, na verdade, qual seja, formas de composição ou gestão de conflitos/impasses. Portanto, a apropriação da técnica de autocomposição, com suas nuances principiológicas, teóricas e de método — previstas na Lei 13.140/15 — vai nortear o advogado público no juízo de adequação a cada caso concreto.

Em resumo, a escolha pelo caminho da consensualidade será das partes conflitantes, por princípio. Mas, ao advogado público, condutor de tratativas, cabe o juízo de adequação, por lhe ser objeto de tutela o interesse público existente ou não no consenso em si, em cada caso específico.

V SEGURANÇA JURÍDICA E EFICIÊNCIA NO CONSENSO: TECNICIDADE.

A Lei 13.140/15 prevê, claramente, a necessidade de capacitação para a função de autocomposição de conflitos. Por essa razão, o risco e o prejuízo de o advogado público se propor à atuação consensual, desapropriado da técnica de autocomposiçao, são grandes, visto que a construção de consenso requer conhecimento e apropriação não apenas da técnica, em si, mas também de seus princípios. Vou além. O advogado público consensualista tem perfil específico. Soluções consensuais, construídas descompromissadas da técnica, tendem a ser ineficientes e insustentáveis com o tempo. E hoje se pode perceber inclusive o caráter da legalidade também comprometido. Daí o vasto e robusto estudo sobre os institutos da Mediação e da Conciliação, o qual evoluiu para o amparo legal de ambos pelo instituto da autocomposição.

Defende-se que a Advocacia Geral da União foi contemplada pela Lei de Mediação, com uma nova competência institucional: Autocomposição dos

conflitos de interesses. Anteriormente, decorria de um poder-dever do princípio administrativo de autotutela. Hoje, a Lei 13.140/15 exige a técnica para esse exercício e o compromisso com os princípios que enumera.

Trata-se de uma nova ferramenta que capacita o advogado público a atuar tecnicamente, de forma parcial — na Advocacia Pública Colaborativa — ou imparcial — na Mediação —, adequando, no que couber, aos princípios administrativos.

Afirma-se, portanto, que a segurança jurídica, a eficiência e a sustentabilidade das decisões consensuais está diretamente relacionada à tecnicidade do processo de autocomposição ou do novo advogar colaborativo.

VI MEDIAÇÃO

Na década de 1960, surgiu, sobretudo nos Estados Unidos, o movimento de retomada dos métodos de resolução extrajudiciais de conflito, entre eles, a mediação. Diante da crise do Estado de Bem-Estar Social e da segmentação do acesso à justiça, bem como da demanda popular em participar na construção do Direito, esses métodos ganharam força e credibilidade

A partir disso, constatou-se que o Direito adquiriu mais legitimidade, quando formado por processo de entendimento entre sujeitos, distante de qualquer influência religiosa ou metafísica, baseado na autodeterminação dos indivíduos.

O método busca, em especial, o entendimento intersubjetivo do conflito, reconhecendo como êxito da mediação, até mesmo, o processo concluído sem ajuste, desde que tenha perpassado pelo diálogo entre os participantes. Além disso, a Mediação não busca desobstruir o Poder Judiciário servindo como método alternativo de resolução de controvérsias. Sua atuação é de complementariedade às vias judiciais para dirimir os conflitos em que se possa resultar consenso.

De maneira geral, a mediação constitui método extrajudicial de resolução de conflitos que se utiliza da figura do mediador como facilitador do diálogo entre os envolvidos, os mediatos, com objetivo de estabelecer a intercompreensão de suas pretensões e a aproximação de seus desejos, a fim da propositura e da escolha de resolução a controvérsia pelos próprios participantes.

Trata-se de técnica dialógica, não adversarial, cuja proposta pode ser, ou não, realizar um acordo final, como conclusão do entendimento intersubjetivo de suas pretensões. Para isso, é imprescindível a distinção das posições aparentes dos participantes e de seus verdadeiros interesses durante o processo, por isso, conhecer e entender a causa geradora do conflito é requisito para eficácia do acordo. Ademais, a resolução da controvérsia no fator original do problema contribui para a pacificação social, no sentido de evitar o nascimento de outros conflitos na mesma relação social.

A Lei nº 13.140/2015, no seu Parágrafo Único, do art. 1º, define a mediação como "[...] 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."

De fato, um sistema de solução de controvérsias que seja de "múltiplas portas" favorece o desenvolvimento das atividades administrativas e da governança pública, o atendimento das demandas e anseios dos cidadãos, bem como do setor produtivo. Esse é o desafio imposto à AGU pela Lei 13.140/15, o de estruturar-se para o desempenho de uma nova competência institucional, com apropriação de um novo saber e uma nova aptidão ao advogado público.

VII O ADVOGADO PÚBLICO MEDIADOR

Muitos questionam a possibilidade de o advogado público estar apto, segundo a Lei Complementar 73/93, a conduzir tratativas, mediando conflitos de interesses.

Aqui, se percebe não como possibilidade, mas como dever institucional, frente à vontade política manifesta na Lei 13.140/15. Somente o Advogado público pode harmonizar, em cada caso, os princípios inerentes à Mediação e aos princípios administrativos e processuais. A regulamentação da Lei 13.140/15 oferecerá ao Advogado Público, essa legitimidade de atuar. Dentre os desafios à regulamentação da Lei, percebemos como essenciais os seguintes:

1. Imparcialidade do mediador e parcialidade do advogado público.

O advogado público como mediador de conflitos, capacitado na técnica, estará atuando na tutela do interesse público no consenso, zelando pela

construção autônoma da solução adequada, eficiente e sustentável no tempo. Oferece à sociedade o meio mais adequado de solução de impasses.

Mas, para compatibilizar com a Lei 73/93, cumpre, haja previsão expressa, quanto ao desempenho nesse mister, sempre com a presença, nas tratativas, de outro advogado público assumindo a tutela parcial do interesse próprio do Ente público representado. O Advogado Público Mediador não substitui o do contencioso e nem o do consultivo. Atuações distintas.

O advogado público mediador tem o dever de zelar pela garantia de direitos fundamentais, cabendo conduzir as tratativas dentro desse contorno. O compromisso com a imparcialidade, significa não favorecer qualquer dos participantes e resguardar a igualdade no procedimento a todo momento.

Portanto, não há desamparo do interesse público tutelado pelo advogado público, quando conduz processo de autocomposição. Na verdade, o advogado público mediador nada mais significa do que o reconhecimento institucional do Poder-dever do Estado na autogestão de conflitos internos, oferecendo amparo ao novo interesse público de autocomposição.

A imparcialidade não é, como pode parecer, um obstáculo, mas sim um parâmetro de atuação, galgado em um novo paradigma: o do interesse público no Consenso. Assim, o advogado público ao atuar como condutor de tratativas, zela e tutela o interesse público no consenso, conferindo a outro advogado público a tutela do interesse parcial do órgão que representa.

2. Isonomia entre as partes e supremacia do interesse público

A isonomia advém do fato de que, hoje, não há mais uma hierarquia de interesses, em que o público estaria sempre prevalente sobre o privado, indistintamente, mas sim, uma análise de cada caso, por meio da técnica de ponderação e de proporcionalidade. Essa isonomia refere-se ao tratamento oferecido pelo advogado Público Mediador aos interesses em conflito.

Desse modo, cabe ao advogado público, que conduza tratativas, de forma comprometida com a técnica e princípios da Lei, oferecer tratamento idêntico entre as partes, sejam elas entes públicos ou privados. Por isso, a isonomia relaciona-se à igualdade de oportunidades às partes envolvidas em um conflito, de expor os fatos, razões, necessidades e possibilidades.

Cabe também aqui, uma previsão expressa na normatividade interna da AGU para que seja um parâmetro de dever funcional do advogado público, condutor de tratativas oferecer isonomia e atuar de forma imparcial.

3. Oralidade e princípio do ônus da prova

Esse princípio da Mediação relaciona-se diretamente à compreensão do papel do Mediador. A condução de tratativas negociais não pode ser confundida com consulta e assessoramento jurídico e menos ainda com julgamento.

No papel de condutor, o advogado público estará facilitando o diálogo entre os representantes legais, e gestores, propiciando um intercâmbio de informações, viabilizando eventuais releituras, zelando pela escuta e fala, garantindo a exata compreensão por um e outro, dos interesses, necessidades e possibilidades reais de cada contexto envolvido. Portanto não há prova a ser produzida, ou comprovação a ser feita ao Advogado público Mediador.

Ao se pretender comprovar um fato ou uma alegação, com documentos, cabe ao Advogado Público mediador abster-se destinando-os às partes envolvidas, reciprocamente. Daí uma grande diferença entre a lógica adversarial e a lógica do consenso. O atuar de forma persuasiva é imprescindível ao êxito na primeira, ao passo que, no propósito da solução por consenso, prejudica e compromete todo o procedimento de autocompor conflitos.

Aqui também temos esse parâmetro de atuação, que deve se constituir em um dever funcional ao advogado público apto à atuação consensual, qual seja, precipuamente, diferenciar consultoria e assessoramento jurídico de autocomposição de conflitos. O Advogado Público Mediador não emite qualquer juízo de valor.

4. Informalidade e Princípio da hierarquia

Outra característica do método é a informalidade, que permite a criação de um espaço democrático de interlocução entre sujeitos. O advogado Público Mediador não detém autoridade do saber jurídico, como no caso do Advogado público consultivo e contencioso. Atua em prol da construção do consenso. Outro foco de tutela.

Além disso, o procedimento é flexível: as sessões de mediação se seguirão conforme cada conflito e não serão regidas por qualquer prazo. Não há procedimento rígido com regras pré-estabelecidas. Em que pese o aspecto informal do procedimento, não há que se falar em sua ausência. Isto é, este será adaptado às peculiaridades de cada caso concreto, mas seguirá uma regra geral de atos. O procedimento regular-se-á por critérios de razoabilidade desde a duração das sessões ao tramitar do processo.

Caberá aos envolvidos a propositura de soluções ao conflito de maneira satisfatória a todos. O mediador atua somente como catalisador do diálogo para que os participantes cooperem entre si e alcancem o consenso, por isso, aptidão, habilidade e competência são necessárias ao advogado público.

A normatividade interna deverá também conter expressamente esse parâmetro de atuação ao advogado público. Serve o mesmo para orientar toda a engrenagem organizacional administrativa de apoio ao advogado público consensualista.

5. Autonomia da vontade das partes e impulso oficial

Esse princípio da Mediação é fundamentalmente oposto ao que rege o processo de litigância. Na autocomposição as partes são donas do processo. A desistência ou renúncia tem consequências no processo judicial. No processo de autocomposição técnico, não se pode compelir a persistir, e a desistência ou renúncia nenhum prejuízo acarreta.

Como visto, a mediação é um procedimento autocompositivo de dimensão dialógica. Nesse sentido, a exigência de voluntariedade dos participantes para o uso do método é fundamental, como determinado pelo art. 2º, §1º da Lei nº 13.140/2015. A eles cabe optar pelo método da mediação para a resolução de sua controvérsia podendo inclusive abandoná-la em seu curso.

Na ausência de voluntariedade não haveria abertura para o diálogo e consequentemente para o processo de intercompreensão. Ademais, as decisões acerca do conflito serão propostas e tomadas pelos próprios envolvidos, exigindo-se mais uma vez a voluntariedade dos participantes.

6. Busca do consenso e princípio da verdade formal

A busca do consenso que, nesse panorama, refere-se à conjugação de interesses, necessidades e possibilidades reais das partes envolvidas, consiste no princípio que norteia a atuação do advogado público condutor de tratativas. É o objeto de sua tutela: consenso.

Nesse sentido, o esforço do advogado público, condutor de tratativas negociais, compromissado com a técnica, é o de construir uma coexistência e consideração recíprocas, das realidades apresentadas, para que a solução seja fruto de uma construção coletiva, na qual todos sejam contemplados em suas necessidades e possibilidades reais. Por isso, esse ambiente requer, do advogado público, em vez de persuasão e domínio por argumentações, capacidade de desenvolver o diálogo, de escuta ativa, de ouvir empático, bem como de gerenciar todo esse processo dentro dos princípios.

7. Confidencialidade e princípio da publicidade

Necessariamente, o procedimento de Mediação deve ser confidencial, já que, aos participantes, deve estar garantida a segurança para preservar seus relatos, bem como para proteger o próprio processo. Além disso, o sigilo possibilita a exposição real dos fatos, sem constrangimentos e receios.

Na ausência de confidencialidade, as informações relatadas pelos participantes poderiam ficar desprotegidas, gerando prejuízos às partes, caso constituíssem prova judicial uma vez frustrada a mediação. Por isso, a **lei 13.140/2015** determina e estabelece critérios para confidencialidade em seus artigos 30 e 31, sem que tenha sido prevista a lavratura do termo de compromisso.

Não há, todavia, incompatibilidade entre o princípio da Mediação e o princípio da publicidade dos atos administrativos. O princípio da confidencialidade refere-se ao dever do advogado público, condutor de tratativas, de zelar pela ampla liberdade dialógica, ou seja, tudo pode ser dito, sem comprometimento, já que não há registro para eventual utilização como prova da evolução dialógica das tratativas. A liberdade de fala amplia os horizontes de possibilidades e oportunidades de conjugação de interesses.

Portanto, não se deve falar em incoerência com o princípio da publicidade dos atos administrativos. Ao contrário, com ele se harmoniza, porque a

publicidade dos atos administrativos relaciona-se ao dever de motivação do agente público e de informação do conteúdo.

Ambos se mantêm preservados se a confidencialidade for restrita a ampla capacidade de diálogo, com liberdade e sem registros. Firmadas as convicções, prevalece a publicidade da motivação para o consenso, a qual será expressa e registrada garantindo a publicidade da existência do acordo e da motivação. O dever de motivação, na verdade, resguarda e protege o advogado público, assegurando a todos o conhecimento das razões pelas quais optou-se pelo acordo como solução mais adequada a determinado impasse.

8. Boa-fé e verdade formal

O princípio da Boa-fé da Mediação relaciona-se, diretamente, aos valores envolvidos em uma atuação sob a lógica do consenso, assim, o que perfaz a trilha da boa-fé é o objetivo de construir, coletivamente, a solução a um conflito ou impasse.

No processo de autocomposição, não há verdade formal já que, por princípio e ideologia, ela se relaciona diretamente com a realidade material dos fatos. Por isso, nesse processo, fala-se em conhecer as reais necessidades, possibilidades e interesses das partes envolvidas em um conflito, em detrimento do mero conhecimento formal da posição de cada um.

Dessa forma, não há a demanda de se comprovar qualquer alegação, porque não se pretende convencer, mas sim conjugar as verdades, aproximar as realidades. Portanto, o ônus da prova não é coerente com a atuação sob a lógica do consenso, uma vez que ele terá como base o benefício a todos os envolvidos.

O advogado público dispõe de autorização legal para o exercício da autocomposição, desde que se aproprie da técnica e se comprometa com os princípios, previstos expressamente na Lei de Mediação.

VIII ADVOCACIA PÚBLICA COLABORATIVA: NOVA COMPETÊNCIA INSTITUCIONAL

Apresentei a proposta de um novo conceito de advocacia pública na I Jornada “Prevenção e solução extrajudicial de litígios”, realizada no Conselho da Justiça Federal, em agosto de 2016. Aprovada por unanimidade, hoje, consiste

em uma **recomendação**, expressa no Enunciado nº 31 da CJF, dirigida aos órgãos representativos, aos representantes legais, aos representados e à sociedade.

> É recomendável a existência de uma advocacia pública colaborativa entre os entes da federação e seus respectivos órgãos públicos, nos casos em que haja interesses públicos conflitantes/divergentes. Nessas hipóteses, União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão celebrar pacto de não propositura de demanda judicial e de solicitação de suspensão das que estiverem propostas com estes, integrando o polo passivo da demanda, para que sejam submetidos à oportunidade de diálogo produtivo e consenso sem interferência jurisdicional.1

A ideia foi importar o conceito da experiência na área privada da Advocacia Colaborativa, na qual se firmam pactos de não litigância entre os advogados, para que se evolua no diálogo e na busca por integralizar interesses contrários.

Na seara da Advocacia Pública, a importação de conceitos, requer, evidentemente, ajustes e adequações. O pacto de não judicialização pode ser firmado sem ofensa ao dever institucional, partindo-se da premissa da existência de um interesse público em construir soluções consensuais. A tutela a esse interesse autoriza o advogado público a optar e a se comprometer com a não judicialização. Frustrado o resultado da advocacia colaborativa, um novo cenário se recompõe no Contencioso, com novos advogados públicos. Essa é a ideia.

Percebe-se o pacto de não judicialização podendo ser firmado entre advogados públicos, a fim de, efetivamente, evoluir para um diálogo produtivo sem compromisso com registros e, por consequência, sem a ideia de comprometimento com o que for exposto, enquanto ideias, ponderações e conjecturas.

A motivação, por sua vez, ao final, para adotar tal ou qual providência ajustada, precisa ser consignada para dar publicidade e, mesmo, para proteger o advogado público colaborativo, e deve constar de todo acordo, mas a evolução de tratativas, para se alcançar um consenso, pode ser protegida pelo sigilo, sem ofensa ao princípio da publicidade dos atos administrativos, desde que, dele, conste as razões para adoção de uma ou outra postura

Nesse panorama, surge uma questão: a defesa ou o patrocínio de qualquer causa que tutele um interesse público sem o espírito bélico é possível?

1 GOIS, Leticia Botelho. Enunciado nº 31 do Conselho da Justiça Federal. Agosto de 2016.

Retirar da Advocacia o espírito beligerante seria como pedir ao médico que não usasse o bisturi? Quase isso! Mas, assim como na Medicina, se evoluiu para cirurgias a laser e para a Robótica, pode também a Advocacia ser exercida com qualidade e êxito sem ataque e defesa presentes.

Tanto a advocacia pública, quanto a privada estão alicerçadas sobre o binômio ataque-defesa. O bom advogado público, ou privado, é aquele que encontra argumento para a defesa contra qualquer acusação, por isso, a celeridade nesse contra-ataque consiste no sucesso da empreitada.

Portanto, vale ressaltar que compreender a colaboratividade como generosidade ou tolerância, implica em retirar o caráter técnico da atuação, e, com isso retirar-lhe credibilidade. Advogar colaborativamente constitui nova forma de advogar, na qual há uma construção, com técnica e princípios, de parceria, para compor divergências. A técnica e a formação são necessárias na iniciativa privada, e deverão também ser construídas para a advocacia pública. Somente assim se qualifica esse novo atuar profissional.

IX O ADVOGADO PÚBLICO COLABORATIVO

O advogado público, com aptidão e competência (capacitação) para atuar no ambiente da Consensualidade, ao apropriar-se da lógica do consenso, torna-se apto para atuar como advogado colaborativo, sendo-lhe úteis também as ferramentas da técnica da Mediação e dos princípios que a direcionam.

Apesar de a condução de tratativas diferir do advogar colaborativo em muitos aspectos, eles têm em comum a atuação sob a lógica do consenso em contraposição à lógica adversarial e a tecnicidade como condição de validade.

Enquanto na Advocacia Colaborativa a posição parcial do advogado se mantém intacta, tutelando o interesse parcial, na Mediação, o advogado público, condutor de tratativas entre partes conflitantes, tutela o interesse na construção de consenso em si. Deste modo, delega a outro advogado público o mister da defesa parcial, porque a técnica dialógica da Mediação permite ao advogado público o que denominamos representação mediativa. Conceito a ser desenvolvido que se contrapõe à representação intermediativa.

A representação mediativa gera parceria, já que, nela, o advogado público não substitui o representado, mas com ele constrói caminhos. A intenção e a necessidade dos gestores, na realização das políticas públicas, entram em

sintonia com os limites legais, pontuados pelo advogado público, em um trabalho de equipe voltado à construção de consenso. A representação intermediativa, por sua vez, gera a substituição que tanto conhecemos em sede contenciosa.

Por conseguinte, a advocacia pública colaborativa, constando como recomendação no enunciado 31 aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, da forma como prevista, consiste, sem sombra de dúvida, em avanço enorme e uma conquista institucional a ser incorporada como nova realidade da AGU adequada aos ditames de uma Administração Pública Consensual.

Nesse panorama, a dogmatização do conceito é o convite, já que, ao oferecer contorno e segurança, ao advogado público, nesse novo atuar, fixam-se novos deveres funcionais, construindo-se um novo saber.

Assim, a advocacia pública colaborativa atende a uma AGU cidadã que tutela a dignidade humana, persegue a eficiência e realiza a opção constituinte por um sistema federativo de repartição de competências que funcione como uma unidade.

X CASOS CONCRETOS: TÉCNICA DA MEDIAÇÃO NA CÂMARA LOCAL DE CONCILIAÇÃO

Capacitada em Mediação, na forma determinada pela Resolução 125 do CNJ, conduzi tratativas entre órgãos públicos federais e entre União Estado e Município fazendo uso da técnica da Mediação.

Por isso, compartilho a experiência e o aprendizado. A apropriação da técnica dialógica permitiu construir um diálogo produtivo que ensejou a solução consensual. A técnica oferece ferramentas ao advogado público, na condução de tratativas, as quais criam o ambiente da consensualidade e são aplicadas desde o momento de recepção e de percepção do caso concreto.

Desse modo, em um dos casos trabalhados com essa técnica, se deu entre hospital público federal e empresa privada, com interesses conflitantes no que tange à satisfação e à suficiência do serviço contratado. No caso, quatro foram os elementos essenciais à atuação consensual com uso da técnica:

1- Identificação de todas as partes envolvidas;

2- Convite para a presença de todas;

3- Diagnóstico por consenso da causa geradora do conflito;

4- Oferecer voz e vez a representante e representado no relato da realidade necessidade e possibilidade.

A despolarização é o primeiro efeito que se busca com a técnica, por meio da fixação do foco de análise. No exemplo, o foco estava no serviço prestado pela empresa ao hospital público. Dentro desse quadro, não haveria linha de convergência para instalar a lógica do consenso, assim, não haveria trabalho para advogado público consensualista, porque persistiria formada a polaridade de posições.

Ao se trabalhar dialogicamente com uso da técnica da Mediação, alcança-se a mudança do foco de análise, daí, surge a linha de convergência sobre a qual se pode trabalhar. Essa percepção acontece sem persuasão ou indução dos envolvidos, já que o simples caminhar de um diálogo amplo e revelador de realidades faz esse foco se alterar.

No caso, o alvo de atenção foi deslocado para o serviço prestado ao cidadão. Ou seja, hospital público e empresa privada perceberam-se parceiros nesse propósito, em vez de credor e devedor. Isso porque existiu o interesse comum de satisfazer o cidadão. E, com o novo foco, passou-se a trabalhar sob a lógica do consenso: convergência e interdependência percebida por todos os envolvidos, sendo formada a coesão necessária à construção de parceria e consenso.

A segunda etapa foi caminhar para o consenso quanto às razões para o ocorrido e, após o diagnóstico consensual firmado, levou-se à construção da solução consensual. Nesse sentido, a técnica ensina como permear entre as partes conflitantes para lhes empoderar essas percepções. As ferramentas são concretas e, se bem utilizadas, conduzem à intercompreensão e ao empoderamento dos envolvidos. Atestado na prática.

O resultado foi exitoso e a judicialização evitada não por concessão, renúncia, desistência ou tolerância por qualquer das partes, mas por identificação consensual das necessidades e possibilidades reais (não ideais) de cada qual para atingir o objetivo comum de bem servir ao cidadão.

O efeito, diferentemente, de uma decisão judicial, não se restringe às partes conflitantes. Os demais contratos firmados por qualquer das partes, poderá vir a conter cláusula preventiva do diagnóstico obtido de causas. Para maiores

detalhes do processo, remeto à leitura da reportagem sobre os Tomógrafos na imprensa da AGU. Foram cinco sessões de autocomposição com uso da técnica da Mediação.

XI CONCLUSÃO

Há um grande caminho ainda a percorrer para que essa recomendação, constante do Enunciado 31 do CJF, não seja um mero conselho, que será seguido ou não, conforme o juízo de valor e conveniência de cada advogado público ou gestor público. Deve, dessa maneira, carregar todo um peso conceitual de dogmas para embasar uma eficiente atuação colaborativa, oferecendo segurança jurídica à sociedade e ao Advogado Público que pretenda atuar de forma colaborativa.

Propõe-se, desse modo, a releitura do papel institucional da AGU dentro do atual contexto de uma Administração gerencial, sugerindo uma nova advocacia, exercida de forma colaborativa e não combativa, além de uma condução técnica dos processos de autocomposição.

Prospectivamente, se visualiza a especialização da advocacia pública como forma de dar suporte ao advogado público no exercício das novas competências institucionais, assegurando, com isso, que as soluções consensuais sejam efetivamente construídas de forma integrada, juridicamente segura e sustentável no tempo.

É a AGU inserida na cultura da paz social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania. *Caixa de Ferramentas em Mediação*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Dash, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo***.** 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo:* direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados aprovados na I Jornada de Solução Extrajudicial de conflitos.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; ROGÉRIO, Taiz. A mediação como instrumento de eficiência e consensualidade do processo administrativo disciplinar. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 12, n. 134, abr. 2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/46960>. Acesso em: 20/03/2018.

KUNH, Thomas S. *A estrutura das revoluções científi*cas. 8ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro e São Paulo: Ed. Renovar, 2001.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan/dez. 2009.

Revista da AGU, nº 31, ano X, jan./mar, 2012, Brasília.

RUSSO, Vittorio. L'impegno dell'Avvocatura dello Stato in un nuovo corso della giustizia. *Rassegna Avvocatura Dello Stato.Pubblicazionte Trimestrale di Servizio della Avvocatura Generale Dello Stato*. anno LVII, nº 3, Luglio-Settembre/2006.

LINK

Entrevista com a autora, Letícia Botelho Gois, ao canal AGUBrasil, da Advocacia Geral da União, publicada em 16/11/16.

https://www.youtube.com/watch?v=Qbzyd1aazWs. Data de acesso: 21/03/18.