

Os impactos da pandemia do COVID-19 nas contratações públicas: a hora e a vez da mediação

Tatiana Camarão

Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da UFMG. Diretora Secretária do Instituto Mineiro de Direito Administrativo. Professora de Direito Administrativo.

Camila Linhares

Mestre em Direito Privado pela Universidade FUMEC. Superintendente do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA) no estado de Minas Gerais. Professora de Direito Arbitral, Mediação, Conciliação e Negociação.

Sumário: **1** A declaração de pandemia e os enfrentamentos dos impactos da crise do COVID-19 nas contratações públicas – **2** Mecanismos de pacificação de conflitos: a mediação como alternativa adequada e estratégica para apaziguar os impasses decorrentes dos impactos do COVID-19 nas contratações públicas – **3** Fundamento legal para utilização da mediação nos impasses decorrentes do impacto do COVID-19 nas contratações públicas – **4** Da responsabilidade pela contratação do serviço de mediação – **5** Alternativas para contratação da prestação do serviço de mediação pela Administração Pública para solução dos impactos do COVID-19 nas contratações públicas – **6** Conclusão

1 A declaração de pandemia e os enfrentamentos dos impactos da crise do COVID-19 nas contratações públicas

O Ministério da Saúde, por meio da Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, declarou emergência em saúde pública de importância nacional em decorrência de doença infecciosa humana causada pelo coronavírus (COVID-19). Por conseguinte, várias medidas foram tomadas pela Administração Pública para o enfrentamento desta situação pandêmica.

Com a necessidade de proteção das pessoas do contágio, os órgãos e entidades públicas implementaram restrições à prestação de serviço terceirizado, limitando o atendimento às atividades consideradas essenciais, em patamar mínimo.¹ Alguns órgãos, inclusive, suspenderam todos seus contratos considerados não essenciais² ou decidiram rescindir os ajustes para evitar custos desnecessários.

Ocorre que essas medidas, concretizadas por ato unilateral da Administração Pública,³ pode afetar diretamente a saúde financeira das empresas e, por via de consequência, a empregabilidade, podendo provocar efeito colateral danoso à economia do país e à sociedade.

Muito embora a Administração Pública, ancorada no seu poder de império, possa suprimir unilateralmente o que contratou ou até mesmo rescindir o acordo por interesse público, estes não são os melhores remédios neste momento. Levando em conta as questões adversas que envolvem cada caso e suas repercussões sociais e econômicas se mostram a melhor saída para um desenlace menos impactante para todos.

Como bem diz Alexandre Santos de Aragão, “o Poder Público não atua de acordo com o direito, mas viola-o, quando procura submergir direitos alheios ou quando compõe expedientes que lhe propicia amesquinhá-los fundado na errônea suposição de que estão, dessarte, defendendo o interesse público”.⁴

Certo é que, esta situação de impasse entre as prerrogativas asseguradas à Administração Pública e os impactos deletérios de sua aplicação às empresas privadas poderá desaguar no Poder Judiciário, que deverá oferecer uma resposta imediata e apropriada, sob pena do arrasamento econômico e social do sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico.

¹ Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/noticias/1270-recomendacoes-covid-19-servicos-terceirizados>.

² Essa hipótese está prevista no Decreto Estadual nº 47.904/2020 de Minas Gerais.

³ Neste artigo não estamos tratando das estatais, que têm regulação própria.

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *BLC/NDJ*, n. 9, set./2006, p. 840.

O cerne da questão é saber se o Poder Judiciário terá condições de dar uma resposta rápida a uma possível avalanche de ações que envolvem a Administração Pública e as empresas com a urgência que esta controvérsia merece.

Neste ponto, portanto, é importante se pensar na adoção de medidas complementares de resolução de conflitos, já existentes no nosso ordenamento jurídico, para atenuar as consequências negativas e os prejuízos para os órgãos públicos, empresas e sociedade, por meio da agilidade no equacionamento e eficiência na gestão do impasse.

Como diz Eros Roberto Grau: “considerando que a Constituição Federal consagra os princípios da eficiência administrativa (art. 37, *caput*) e da razoável duração dos processos (art. 5º, LXXVIII), não há dúvida de que a Administração deve sempre perseguir uma solução rápida e de qualidade para os litígios em que esteja envolvida”,⁵ ou que sabe que irá se envolver, numa atuação de prevenção de litígio.

Há que ficar claro, que não se trata de subtrair do Poder Judiciário sua legítima atuação, mas buscar alternativas de formas consensuais de solução de conflitos para desafogar o judiciário, reduzir o congestionamento nesta perspectiva de aumento significativo de ações judiciais e evitar o colapso financeiro e social.

2 Mecanismos de pacificação de conflitos: a mediação como alternativa adequada e estratégica para apaziguar os impasses decorrentes dos impactos do COVID-19 nas contratações públicas

Os mecanismos de pacificação de conflitos podem ser tratados em dois grupos: os autocompositivos, com características de cooperação e construção de soluções pelas próprias partes, em que se faz uso de ferramentas da comunicação para o deslinde da controvérsia de forma pacífica e podem ter como objeto conflitos que versem sobre direito patrimonial disponível e indisponível, desde que passível de transação. E os

heterocompositivos, com processamento e decisão pelo terceiro, em que o foco concentra-se na análise do mérito, tratando-se da jurisdição privada. Além disso, este mecanismo necessita que o conflito verse sobre direito patrimonial disponível e as partes sejam pessoas capazes. Podemos citar como exemplo desses métodos:

- Autocompositivos: negociação, conciliação, mediação;

- Heterocompositivo: arbitragem.

É importante destacar que os métodos autocompositivos citados acima são os meios mais utilizados no Brasil e podem ser aplicados para solução consensual dos conflitos envolvendo Administração Pública Direta ou Indireta.⁶

A propósito, vale a pena esclarecer a estrutura e finalidade dos métodos autocompositivos e heterocompositivos, para verificar se há algum arranjo que possa servir para dirimir os conflitos decorrentes do impacto do COVID-19 nas contratações públicas e, por conseguinte, torna-se uma alternativa positiva para aliviar o judiciário.

Suscintamente, cumpre asseverar que a negociação é realizada diretamente entre as partes, e o foco é a busca pela solução adequada do conflito, na melhor alternativa para resolver o problema. Na negociação os esforços concentram-se de forma colaborativa baseada em princípios. Segundo os estudos desenvolvidos em Harvard, mencionados na obra “Como chegar ao sim” de Ury, W; Fischer, Roger e Patton, Bruce,⁷ o caminho consiste em separar as pessoas do problema; focar nos interesses, e não nas posições; desenvolver formas criativas para a solução e eleger critérios objetivos para um acordo satisfatório entre todos os envolvidos.

Já a conciliação demanda a presença obrigatória de um terceiro facilitador, que tem por foco facilitar a comunicação entre os envolvidos, por meio de técnicas, sendo as soluções construídas pelas próprias partes envolvidas. O foco maior da conciliação é o acordo sacramentado.

⁵ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contratos administrativos. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 32, 2000, p. 20.

⁶ É importante esclarecer que há outros meios eficazes para solução amigável de conflitos, tais como Justiça Restaurativa, Práticas Colaborativas, Constelação Sistêmica e os Comitês de Resolução de Disputas, mas não são alternativas para resolver as questões que envolvem o impacto do COVID-19 nas contratações públicas.

⁷ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Tradução de Rachel Agavino Rio de Janeiro: Sextante, 2018. p. 29.

O conciliador facilita o diálogo das partes e, caso os envolvidos não estejam vislumbrando uma possibilidade de acordo, ele, por meio das alternativas previamente ditas pelas partes, pode sugerir uma opção para construção da consensualidade. A conciliação esta vocacionada para conflitos objetivos.

Por sua vez, a mediação é um meio não adversarial, voluntário, sigiloso e pacífico de resolução de conflitos, em que um terceiro – o mediador – imparcial, independente, livremente escolhido ou aceito pelas partes, atua como facilitador do diálogo entre as partes envolvidas, que por si mesmas constroem de maneira cooperativa as soluções que melhor satisfaçam os seus interesses, eventualmente firmando um acordo e possibilitando a preservação do relacionamento. Normalmente, a mediação é indicada para conflitos onde há vínculos continuados nas relações. A preservação das relações continuadas e o restabelecimento da comunicação das partes são premissas da mediação. Segundo Tartuce:⁸

Tanto na mediação quanto na conciliação, o terceiro imparcial irá colaborar para que as partes consigam identificar os interesses envolvidos na avença. No que tange às propostas é que sua atuação difere: enquanto o conciliador pode propor saídas, o mediador deve colaborar para que as próprias partes formulem alternativas de forma a preservar sua autoria na construção da resposta.

O mesmo autor observa, ainda, que existe uma corrente de doutrinadores que adotam a teoria de que não há distinção entre mediação e conciliação:

Há quem defenda inexistir diferença entre mediação e conciliação, propugnando que o mediador também pode intervir ao ponto de formular propostas. Não é esta a posição adotada: essencial diferenciar os mecanismos para que seja preservada ao máximo a posição protagonista dos contendedores; a conciliação, especialmente da forma como acaba sendo praticada em algumas instâncias, acaba centrando o poder decisório no terceiro e não nas partes.⁹

Dentre as inúmeras vantagens da mediação podemos citar: flexibilidade e confidencialidade do procedimento, já que as partes têm autonomia para construir as regras do procedimento, bem como decidirem chegar ou não a um acordo; além de foco no interesse das partes; redução de custos na solução de conflitos; economia de tempo; preservação das relações e controle do resultado.

No procedimento de mediação, o terceiro (mediador) tem a função de facilitar o diálogo das partes, por meio de determinadas técnicas, como, formulação de perguntas, resumo seguido de confirmações, caucus, parafraseamento, escuta ativa, dentre outras. Seu objetivo não é induzir ninguém a uma solução específica e sim auxiliar para que as partes, conjuntamente, cheguem a um acordo que as faça se sentirem satisfeitas com o resultado.¹⁰ Os recursos técnicos da mediação são utilizados inclusive como estratégia preventiva, criando um ambiente propício à colaboração recíproca, com o objetivo de evitar a quebra de relação entre as partes.

Considerando a agilidade, confiabilidade, privacidade, sigilo, economicidade de tempo e de recursos financeiros, efetividade e eficiência para os envolvidos no tratamento da solução através da mediação, é certo que este mecanismo promove um efeito preventivo e pedagógico concernente à manutenção do relacionamento entre as partes numa perspectiva de futuro (dali para frente).

Prudente esclarecer que a mediação pode ser realizada de forma *ad hoc* ou institucional, sendo que a mediação institucional trata-se daquela em que o procedimento de mediação é gerido por uma instituição própria, com regras pré-estabelecidas, através dos respectivos regulamentos. Já a mediação *ad hoc* trata-se da mediação que pode ser realizada em um local definido pelas partes, em consenso com o mediador, onde as regras do procedimento são construídas totalmente pelos envolvidos.

Por fim, cumpre esclarecer que a arbitragem delinea-se como um processo privado através do qual a controvérsia existente entre as partes

⁸ LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves (Coord.). *Negociação, mediação e arbitragem*. São Paulo: Método, 2013. p. 150.

⁹ TARTUCE, Fernanda. Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar? In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco

Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves (Coord.). *Negociação, mediação e arbitragem*. São Paulo: Método, 2013. p. 149-177.

¹⁰ AZEVEDO, André Gomma (Org.). *Manual de mediação judicial*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013, p. 105.

é decidida pelo terceiro (árbitro), escolhido pelas partes. É instituto jurídico por meio do qual as partes deslocam o conhecimento da lide, o procedimento e a decisão definitiva do mérito do Poder Judiciário para o Tribunal Arbitral, que é composto por árbitros especialistas na matéria objeto da lide e tem a formação configurada em número ímpar. A sentença arbitral tem força de título executivo judicial.

A propósito, Ferreira Netto esclarece:

A arbitragem tem profundas diferenças em relação aos institutos da mediação e da conciliação, particularmente pelas suas fontes normativas, pelo formalismo na instalação da Câmara Arbitral, nos procedimentos arbitrais e, principalmente pela natureza da sentença, que é ato terminativo na atuação de uma jurisdição particular, com valor, no sistema brasileiro, igual de uma sentença judiciária transita em julgado. É na arbitragem que encontramos a efetiva atuação do árbitro no sentido de tutelar o direito posto em pauta e não apenas um terceiro atuando no sentido de pacificar ou harmonizar a relação das partes.¹¹

Embora a arbitragem seja um excelente instrumento para solução definitiva das controvérsias nas relações contratuais envolvendo entes públicos e privados, a busca pela mediação no cenário das soluções de conflitos decorrentes do COVID-19 parece ser a mais adequada. Vejamos.

Em várias questões que ensejarão os conflitos, necessário se faz que os órgãos e entidades públicas deem resposta rápida. É essencial agir, neste momento, com extrema eficiência. A Administração Pública, por meio de uma profunda análise, sob cada caso concreto, pode fazer bons acordos. Acordos estes em que o administrador público consegue checar a vantagem da resolução amigável. A efetividade da solução consensual está garantida pela celebração do acordo com a formalização do título executivo. Aliás, eventual receio do administrador público em ser investigado pelos órgãos de controle, pode ser afastado em decorrência da composição celebrada e do preparo para solução consensual, que será robustecida com a justificativa prévia que demonstre

a motivação presente, e que os atos realizados tiveram um olhar atento aos reflexos econômicos, financeiros e sociais, consubstanciados no propósito das contratações públicas que é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.¹²

Importante destacar, também, a viabilidade da realização das sessões de mediação *on line*, sendo interesse das partes, visando maior celeridade, otimização dos recursos e maior uso da tecnologia.

É prudente esclarecer, que embora a confidencialidade seja um princípio da mediação, havendo a presença da Administração Pública como parte no procedimento, por ponderação dos princípios, levando-se em conta a publicidade como pilar a ser observado, informações relativas à mediação celebrada devem ser divulgadas.

Por fim, cumpre esclarecer que, embora a Administração Pública tenha princípios e características bem definidas, prudente mencionar que com o investimento de recursos do setor privado nas relações contratuais com a gestão pública, há uma compatibilização com princípios jurídicos do Direito Privado.

A mediação, por respeitar a autonomia da vontade das partes, transita com êxito pela boa-fé e lealdade.

Indiscutível que o administrador público, em um método autocompositivo, tem como desiderato último o interesse público, que pode perfeitamente casar com o respeito aos compromissos celebrados em um eventual acordo.

Certamente, o diálogo como centro da solução de conflitos no contexto da pandemia e pós-pandemia pode ser a prevenção ou o remédio mais adequado para superar as dificuldades, ultrapassar os problemas e caminhar para o novo trilho que as relações privadas e entes públicos não de trilhar.

Por isso, a mediação se apresenta como um instrumento poderoso e eficaz para lidar com os inúmeros conflitos que surgirão.

¹¹ FERREIRA NETTO. Cássio Telles. *Contratos administrativos e arbitragem*. São Paulo: Campus Jurídico, 2009, p. 6.

¹² São propósitos das contratações públicas, segundo o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

3 Fundamento legal para utilização da mediação nos impasses decorrentes do impacto do COVID-19 nas contratações públicas

No cenário legislativo nacional atual, constata-se que o legislador agasalhou as práticas do diálogo entre os sujeitos como uma inspiração maior no equacionamento dos conflitos, com a edição da Resolução nº 125/2010 do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), do Novo CPC – Lei nº 13.105/2015 e da Lei de Mediação nº 13.140/2015.

Em verdade, com o advento da Lei nº 13.140, publicada em 26 de junho de 2015, a mediação passou a ser uma realidade positivada, inclusive para Administração Pública, pois foi regulamentada a mediação judicial, extrajudicial e autocomposição de conflitos em que for parte uma Pessoa Jurídica de Direito Público.¹³

A propósito, vale registrar que a Lei nº 13.140/2015, estabelece no art. 33, §5º, que um dos conflitos que podem ser resolvidos pela mediação diz respeito ao equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares e que o acordo entre as partes deverá ser reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

Cumprido destacar que o Projeto de Lei nº 1.292/2015, que se encontra no Senado e trata da nova lei de licitações e contratos, em harmonia com a lei de mediação, prevê um capítulo específico dos meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, permitindo a utilização da conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas e arbitragem.

O citado PL, inclusive, dispõe sobre a utilização desses meios adequados de resolução de controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo

de indenizações. Temáticas que se aproximam das situações contratuais que foram impactadas pelo COVID-19.

Como podemos ver, há substrato legal suficiente para amparar o uso da mediação pela Administração Pública, de tal maneira que este mecanismo de autocomposição torna-se uma alternativa de relevância para apaziguar conflitos decorrentes dos impactos do COVID-19 nas contratações públicas.

4 Da responsabilidade pela contratação do serviço de mediação

Se a Administração Pública e o contratado definirem que a mediação será o encaminhamento escolhido para solução dos conflitos decorrentes dos impactos do COVID-19 na relação negocial, deverá ser formalizado termo aditivo incluindo essa alteração, com a previsão de cláusula tratando do rateio do valor a ser pago ao profissional, do respeito à observância do julgamento pautado na lei e da publicidade processual.

Esta, inclusive, é a orientação prevista no art. 152 do PL nº 1.292/2015 que prescreve a possibilidade de os contratos serem aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsia.

Em função do princípio da indisponibilidade do poder público, ficará a cargo da Administração Pública contratar o mediador, que deverá ser aprovado pelo contratado.

Superadas estas questões, faz-se importante esclarecer como se dará essa contratação.

5 Alternativas para contratação da prestação do serviço de mediação pela Administração Pública para solução dos impactos do COVID-19 nas contratações públicas

5.1 Da inviabilidade de utilizar a regra de licitação para contratação de mediadores pelo Poder Público para solução dos conflitos negociais decorrentes do COVID-19

As contratações da Administração Pública devem seguir a regra da realização de processo licitatório com o propósito de buscar a proposta

¹³ O art. 32 da Lei nº 13.140/2015 prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: 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.

mais vantajosa, por meio do respeito à isonomia entre os participantes.

A lei de licitação estabelece ritos a serem seguidos, na qual seu procedimento mais célere chega a seu termo no prazo estimado de três meses. Esse prognóstico, considerando o melhor dos mundos, não se coaduna com o regime de urgência e prioridade absoluta que deve ser dado às soluções dos conflitos gerados pelo COVID-19 na relação negocial entre o poder público e empresas privadas.

Além disso, a Lei de Licitações estabelece como critérios de julgamento o menor preço, técnica e preço e melhor técnica. É importante indicar que o nó górdio de se instaurar a competição, *in casu*, reside na dificuldade de estabelecer como se dará a disputa por menor preço, pois não há no mercado parâmetros seguros para compor essa estimativa. De outra banda, a utilização do tipo melhor técnica ou técnica e preço demanda tempo para sua conclusão, já que o chamamento dos interessados exige publicação mínima de 45 dias e o procedimento se divide em três etapas de julgamento com prazos e recursos que lhe são inerentes.

Outra crítica centra-se na dificuldade de especificar o objeto que se pretende contratar, pois o serviço deverá ser diagnosticado caso a caso, com as necessidades e peculiaridades que a demanda exige. Não basta dar verniz técnico e padronizar a contratação, pois cada controvérsia é singular. Daí decorre, inarredavelmente, que a Administração Pública deverá realizar várias licitações, em dissintonia com a urgência que o momento merece.

Afora isso, é forçoso reconhecer que é mola matriz da mediação a confiança na qualidade da execução do serviço. Como pode ser estabelecido este sentimento de foro íntimo pelas partes e o mediador se um dos pilares do processo licitatório é a premissa, diametralmente oposta, da impessoalidade? Se prevalecer o entendimento da possibilidade de licitação, estar-se-á ferindo de morte um dos alicerces da mediação, uma vez que a escolha mais ajustada e adequada está ancorada no íntimo do administrador público e do representante da empresa contratada.

Adiciona-se, ainda, outras questões que espelham a inviabilidade de competição. Vejamos.

Como é possível aferir o conhecimento técnico especializado do profissional se a lei de licitações restringe, no art. 28, os documentos de qualificação que podem ser exigidos do licitante, sem fazer alusão a documentos que permitem verificar a qualidade do trabalho que será prestado? Como comparar com objetividade o melhor mediador quando se trata de trabalho intelectual? Como estabelecer a competição, se cada mediador tem sua habilidade mental, experiência pregressa e características próprias para conduzir a sessão?

Como podemos ver, resta evidente a inviabilidade de competição pela falta de critérios objetivos para cotejá-los ou situações que o qualificam como tal.

Assim, guiar-se pelo raciocínio da licitação como única forma de contratação pela Administração Pública de mediadores para solução dos conflitos decorrentes do COVID-19 acaba por amesquinhar o instituto da mediação e sepultar sua utilização.

Nesta mesma linha de raciocínio, destaco entendimento de Paulo Osternack Amaral, que, ao tecer comentários acerca da inviabilidade de contratação de mecanismo de solução de conflito na modelagem da arbitragem, assevera:

A escolha da câmara arbitral ou do árbitro pelo administrador não exigirá a realização de prévia licitação pública. Nesse caso, o processo licitatório seria de todo inadequado, pois o interesse estatal não poderia ser satisfeito por uma prestação padrão. A contratação do árbitro ou da câmara arbitral envolve peculiaridades (reputação, especialidade na matéria objeto do litígio etc.) que escapam aos padrões de normalidade.¹⁴

Em vista das anunciadas justificativas de dificuldades para realizar um procedimento competitivo de contratação de mediação, não resta dúvida da inviabilidade de licitação,¹⁵ passando a exigir o estudo das alternativas de inexigibilidade e seus desafios.

¹⁴ AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 75.

¹⁵ A Lei de Licitações e contratos prevê no art. 25 que a licitação é inexigível, quando for inviável e elenca os exemplos que se enquadram nesta categoria de contratação.

5.2 Da possibilidade de contratação da mediação por inexigibilidade de licitação dos Serviços Notariais e de Registro¹⁶

Uma das hipóteses de contratação da mediação por inexigibilidade de licitação¹⁷ é a prestação de serviços por meio dos cartórios.

O CNJ, por meio do provimento 67, regulamentou os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro. Este serviço se apresenta vantajoso na medida em que oferece mais segurança jurídica às partes, pois é lavrada escritura do acordo celebrado e este documento, além de ser dotado de fé pública, vale como título executivo extrajudicial.

De acordo com este provimento, os cartórios podem realizar, dentro das suas serventias, sessões de mediação de forma facultativa, mas devem atender a uma série de requisitos para que seja prestado. Com efeito, estas exigências são abrangentes e demandam tempo para sua implementação, o que acaba por inviabilizar, por ora, a utilização dessa alternativa pelas demandas que envolvem as contratações públicas, já que estes conflitos exigem solução imediata. Podemos citar como obstáculos as condições exigidas para operacionalização da mediação a necessidade do serviço notarial e de registro de autorização dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) e das corregedorias-gerais de justiça (CGJ) para a realização de mediação; a exigência de demonstração por meio de certificado de que o escrevente, de acordo com o provimento CNJ nº 125/2010, participou de 40hs/aula (teórica) + 100 horas de estágio com 100% (cem por cento) de frequência no módulo teórico; a comprovação de que o escrevente participou de curso de aperfeiçoamento a cada 2 anos. Enfim, temos uma série de exigências que acabam por inviabilizar a contratação dos cartórios neste momento que demanda resposta imediata.

¹⁶ Sobre essa temática, sugerimos leitura do artigo de Fernanda Leitão, tabelliã no 15º Ofício de Notas da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/280545/a-mediacao-e-o-provimento-cnj-67-18>.

¹⁷ Não é possível considerar a dispensa de licitação para contratação de serviço de mediação, pois as hipóteses descritas na Lei nº 8.666/1993 são taxativas e não consta essa opção.

Para além desses entraves, temos, ainda, a dificuldade de se aplicar o provimento do CNJ nº 67/2018, que trata do preço a ser cobrado pelo serviço de mediação, que define que a sessão de 60 minutos equivale ao menor valor cobrado na lavratura de uma escritura pública sem valor econômico, ou seja, um valor inexpressivo pela complexidade do serviço a ser prestado, considerando, ainda, que só 26% ficará com o tabelionato, pois o restante do valor é destinado para recolhimento dos tributos.

Em razão disso, há necessidade de alteração da tabela dos valores para o procedimento de mediação de tal modo que sirva de atrativo para que os cartórios promovam esses investimentos e tenham interesse em ofertar esse serviço.

Por via de consequência, a contratação direta dos cartórios, muito embora possível, não oferece, no momento, poder de resposta imediata para o encerramento de conflito neste momento de COVID-19 e precisa de algumas adequações para se tornar opção interessante para ser disponibilizado, por isso essa não é a melhor alternativa.

5.3 Do papel das instituições de mediação e da possibilidade de contratação para gerir conflitos que tem como parte a Administração Pública

Como já dito, a mediação pode ser realizada de forma *ad hoc* ou institucional. A mediação institucional é gerida por uma instituição própria, com regras pré-estabelecidas, por meio dos respectivos regulamentos.

A propósito, as “Câmaras de Mediação”, que são órgãos institucionais com a função de administrar e monitorar os procedimentos de mediação nelas instaurados, prestam assessoramento e assistência no desenvolvimento dos procedimentos e garantindo zelo e eficiência em todas as fases de trâmite da mediação, quais sejam, pré-mediação; abertura; investigação do conflito; agenda; restabelecimento da comunicação; levantamento das alternativas; negociação das opções e fechamento.

As instituições de mediação são administradoras do procedimento e são responsáveis por facilitar o diálogo das partes por meio de técnicas,

já que cabe ao mediador, pessoa física indicada pelas partes, ou por delegação de uma delas, contribuir para a solução pacífica do conflito.

Embora as instituições de mediação sejam coadjuvantes na relação tripartite existente no procedimento de mediação, qual seja, partes, mediador e instituição; a sua presença torna-se válida para a boa condução da mediação institucional, embora não seja essencial, caso a mediação seja conduzida por mediadores com capacidade técnica e expertise em gestão de procedimentos.

A instituição de mediação deve velar pelo correto desenvolvimento do procedimento. Esta é administradora do procedimento, portanto, lugar onde se dão as operações referentes aos procedimentos de mediação, não se estabelecendo relação jurídica direta entre ela e as partes demandantes nos seus vários procedimentos ali instaurados.

No entanto, isso não é sinônimo de que as instituições não detenham obrigações e deveres. Pelo contrário, ao abrirem para o mercado com o propósito de administrarem procedimentos auto-compositivos por meio de um regulamento, que deve ser dada publicidade aos interessados previamente a indicação de determinada câmara, as instituições se comprometem a intermediar a relação entre as partes e os mediadores, sendo responsáveis pela organização do procedimento (encaminhamento de documentos, se houver, guarda e ordem do procedimento físico ou eletrônico, preparação do local das sessões ou audiências).

Afora isso, vale registrar que as instituições de mediação privadas são independentes. Há no mercado um programa de autorregulamentação das instituições gestoras de procedimento de mediação, criado pelo Conselho Nacional de Mediação e Arbitragem (CONIMA), em que as instituições interessadas podem requerer a certificação e passam por uma análise através de auditoria, em que se averigua eficiência, qualidade, perenidade e credibilidade dos serviços.

Enfim, há possibilidade dos conflitos decorrentes dos impactos da pandemia do COVID-19, que tenham como parte entes públicos, serem geridos pelas referidas instituições.

O ponto a refletir deriva do fato de que a maioria de tais conflitos não trazem em seus

contratos a cláusula compromissória, vinculando a mediação como forma de solução de conflitos e, por consequência, não há o direcionamento prévio do conflito para determinada instituição. Nada impede, contudo, considerando a situação excepcional que envolve as contratações públicas, que seja formalizado termo aditivo com o propósito de celebrar o compromisso de mediação, prevendo a alternativa da mediação institucional.

Vale destacar que, após celebrado o aditamento, a contratação da instituição de mediação pela Administração Pública poderá ocorrer por inexigibilidade de licitação, com fulcro no art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, que assim dispõe: “é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição”, vale dizer, quando a competição ínsita ao procedimento não for possível.

5.4 Da possibilidade de contratação de mediação *ad hoc* por meio de inexigibilidade de licitação

É possível, ainda, que a Administração Pública considere mais favorável a opção da mediação *ad hoc*,¹⁸ que pode ser realizada em um local definido pelas partes e mediador e as regras do procedimento são construídas totalmente pelos envolvidos. A escolha entre a mediação institucional e *ad hoc* insere-se na esfera discricionária da Administração Pública e do particular e será regida no termo aditivo.

Considerando os argumentos fartamente demonstrados e a necessidade de notória especialização do mediador, não há dúvida de que a contratação da nobre missão de mediação *ad hoc* se amolda à hipótese de inexigibilidade de licitação com fulcro no art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/1993.

6 Conclusão

O conflito, por si só, não se trata de um problema, desde que solucionado de forma adequada. O surgimento da lide decorrente da pandemia precisa de resposta imediata, decisões construídas e, acima de tudo, foco na solução e prevenção.

¹⁸ De acordo com o art. 33 da Lei nº 13.140/2015, enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos por mediador *ad hoc*.

O mal do impasse entre o poder público e a iniciativa privada e seu poder exponencial de destruição da economia, com reflexos na sociedade, pode ser evitado com a utilização da autocomposição por meio da mediação.

Há um consenso de que o método heterocompositivo do Poder Judiciário não é o melhor lugar para tratar temas controversos que demandam solução imediata para garantir a continuidade dos negócios, evitar demissões e proteger os trabalhadores mais vulneráveis.

Neste momento, clama-se por soluções inovadoras. As técnicas utilizadas na mediação extrajudicial e judicial podem ser as mesmas,

mas a gestão do procedimento da mediação extrajudicial, seja institucional ou *ad hoc*, oferece a resposta imediata que o Poder Público e os parceiros privados carecem, como uso da tecnologia, de profissionais com expertise e, sobretudo, com disponibilidade imediata para dedicarem às eventuais demandas.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CAMARÃO, Tatiana; LINHARES, Camila. Os impactos da pandemia do covid-19 nas contratações públicas: a hora e a vez da mediação. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 75-83, maio 2020.
