

CARTOGRAFIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AUTO E HETEROCOMPOSITIVAS DE ACESSO À JUSTIÇA NO

BRASIL, NA ITÁLIA E NA ESPANHA

Organizadora

Fabiana Marion Spengler

CARTOGRAFIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AUTO E HETEROCOMPOSITIVAS DE ACESSO À JUSTIÇA NO

BRASIL, NA ITÁLIA E NA ESPANHA

Organizadora

Fabiana Marion Spengler

Editor Chefe

Ivanio Folmer

Bibliotecária

Tábata Alves da Silva

Revisora Técnica

Gabriella Eldereti Machado

Diagramação e Projeto Gráfico

Gabriel Eldereti Machado

Imagem capa

www.canva.com

Revisão

Organizadores e Autores(as)

Conselho Editorial

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva - Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Profa. Dra. Alicia Eugenia Olmos - Universidad Católica de Córdoba

Prof. Dr. Astor João Schönell Júnior - Instituto Federal Farroupilha

Prof. Dr. Alan Ricardo Costa - Universidade Federal de Roraima

Prof. Dr. Camilo Darsie de Souza - Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof. Dr. Carlos Adriano Martins - Universidade Cidade de São Paulo

Prof. Dr. Christian Dennys Monteiro de Oliveira - Universidade Federal do Ceará

Profa. Dra. Dayse Marinho Martins - Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Deivid Alex dos Santos - Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. Dioni Paulo Pastorio - Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Douglas Manoel Antonio de Abreu Pestana dos Santos - Faculdade Sesi-Sp de Educação

Profa. Dra. Elane da Silva Barbosa - Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Profa. Dra. Francielle Benini Agne Tybusch - Universidade Franciscana

Prof. Dr. Francisco Odécio Sales - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará

Prof. Dr. Gilvan Charles Cerqueira de Araújo - Universidade Católica de Brasília

Prof. Dr. Leonardo Bigolin Jantsch - Universidade Federal de Santa Maria

Profa. Dra. Liziany Müller Medeiros - Universidade Federal de Santa Maria

Profa. Dra. Marcela Mary José da Silva - Universidade Federal do Recôncavo da Bahia - UFRB

Prof. Dr. Mateus Henrique Köhler - Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Michel Canuto de Sena - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul

Profa. Dra. Mônica Aparecida Bortolotti - Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof. Dr. Rafael Nogueira Furtado - Universidade Federal do ABC

Prof. Dr. Roberto Araújo Silva - Centro Universitário Lusíada

Prof. Dr. Sidnei Renato Silveira - Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Thiago Ribeiro Rafagnin - Universidade Federal do Oeste da Bahia

Prof. Dr. Tomás Raúl Gómez Hernández - Universidade Central “Marta Abreu” de Las Villas

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Cartografia das políticas públicas auto e heterocompositivas de acesso à justiça no Brasil na Itália e na Espanha [livro eletrônico] / organizadora Fabiana Marion Spengler. -- Santa Maria, RS : Arco Editores, 2023.

PDF

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-5417-164-9

1. Acesso à justiça 2. Políticas públicas (Direito) 3. Mediação e conciliação I. Spengler, Fabiana Marion.

23-176746

CDU-347.9:304

Índices para catálogo sistemático:

1. Acesso à justiça : Políticas públicas : Direito 347.9:304

Tábata Alves da Silva - Bibliotecária - CRB-8/9253



10.48209/978-65-5417-164-9

Esta obra é de acesso aberto.

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte e a autoria e respeitando a Licença Creative Commons indicada.



ARCO EDITORES

Telefone: 5599723-4952

contato@arcoeditores.com

www.arcoeditores.com

Este livro conta com o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, uma vez que é resultado do projeto de pesquisa “Ontem, hoje e amanhã: cartografia das políticas públicas brasileiras auto e heterocompositivas de acesso à justiça”, Edital CNPq/MCTI/FNDCT 18/2021 – UNIVERSAL Processo: 407119/2021-3 31/08/2021, desenvolvido junto a Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, coordenado pela professora Fabiana Marion Spengler e integrado pelos pesquisadores autores dos capítulos de livro aqui contidos.



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	9
--------------------------	----------

Gabriela Maia Rebouças

CAPÍTULO 1 - AUTONOMIA INDIVIDUAL, COMUNIDADE E AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS.....	15
---	-----------

João Pedro Schmidt

Juliana Nickel

doi: 10.48209/978-65-5417-164-0

CAPÍTULO 2 - PROMOVENDO O ACESSO À JUSTIÇA: ANÁLISE DO DESEMPENHO DO CEJUSC DE LONDRINA/PR NOS ANOS DE 2019 E 2020.....	33
--	-----------

Isabeau Lobo Muniz Santos Gomes

Tânia Lobo Muniz

Patrícia Ayub da Costa

doi: 10.48209/978-65-5417-164-1

CAPÍTULO 3 - MEDIAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS.....	54
---	-----------

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues

doi: 10.48209/978-65-5417-164-2

**CAPÍTULO 4 - LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA Y DEL
PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO:
RAZONES DE SU OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA.....81**

Cleiton Lixieski Sell

Nuria Belloso Martín

doi: 10.48209/978-65-5417-164-3

**CAPÍTULO 5 - MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NOS SERVIÇOS
NOTARIAIS: POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À JUSTIÇA EM
BUSCA DA CONSOLIDAÇÃO DAS MÚLTIPLAS PORTAS NA
PROCESSUALÍSTICA CIVIL.....104**

Victor Saldanha Priebe

Fabiana Marion Spengler

doi: 10.48209/978-65-5417-164-4

**CAPÍTULO 6 - LA CONCILIACIÓN Y LA TEORÍA DE CONFLICTOS:
FUNDAMENTOS PARA LA PAZ EN EL POSCONFLICTO.....132**

Francisco Gorjón-Gómez

Doris del Carmen Navarro-Suárez

Carolina Isaza-Zuluaga

Adriano Moura da Fonseca-Pinto

doi: 10.48209/978-65-5417-164-5

**CAPÍTULO 7 - ARBITRAGEM: A NECESSIDADE DE UM
PARÂMETRO LEGISLATIVO A CONTEMPLAR AS
NECESSIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....152**

Theoblado Spengler Neto

Hipólito Domenech Lucena

doi: 10.48209/978-65-5417-164-6

CAPÍTULO 8 - A METATEORIA DO DIREITO FRATERO E A JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA RELAÇÃO POSSÍVEL?.....172

Márcio Dutra da Costa

doi: 10.48209/978-65-5417-164-7

SOBRE A ORGANIZADORA.....198

SOBRE OS AUTORES.....199

APRESENTAÇÃO

Por *Gabriela Maia Rebouças*¹

Refletir sobre políticas públicas de acesso à justiça segue sendo uma necessidade para a consolidação das nossas instituições democráticas e efetividade de direitos em um mundo social em expansão. Mas os avanços de um projeto neoliberal, que perpassam também pela gestão da justiça, têm trazido complexidade às pesquisas que se debruçam, como as aqui apresentadas, sobre a temática.

Fabiana Marion Spengler tem liderado, por mais de duas décadas, um conjunto de pesquisadores e projetos na área do acesso à justiça, centrado em estudos sobre o Brasil, mas também avançando para análises que incluem a jurisdição em outros sistemas de justiça. É o que apresentamos agora, nesta obra: **CARTOGRAFIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AUTO E HETEROCOMPOSITIVAS DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL, ITÁLIA E NA ESPANHA**. Este trabalho também é fruto de seu projeto como pesquisadora de produtividade do CNPq e reflete o amadurecimento de seus estudos e redes de pesquisa. Também devo dizer da alegria de ver que compartilhamos a cartografia como método para analisar as instituições de justiça e que seguimos fazendo nossos mapas e caminhos convergirem e se entrelaçarem.

João Pedro Schmidt e Juliana Nickel abrem a coletânea com uma reflexão filosófica sobre **AUTONOMIA INDIVIDUAL, COMUNIDADE E AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS**. Partindo da reflexão sobre a utopia

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2010), com estágio pós-doutoral no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (CES-UC-PT) com bolsa CAPES (2015/2016). Docente na Universidade Tiradentes (2001-atual) nos cursos de graduação em direito e no Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos. Advogada, Líder do grupo de pesquisa ativo na base do CNPq “Acesso à justiça, direitos humanos e resolução de conflitos” (Unit/SE). E-mail: gabriela_maia@unit.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0744-5881>.

liberal-individualista, essa ‘quimera’ jamais concretizada porque nas sociedades contemporâneas neoliberais os indivíduos estão atravessados por poderes e forças que limitam suas vidas, os autores exploram a perspectiva comunitarista para pensar um campo possível para uma cultura de autocomposição de conflitos. Nesta mudança estruturante, a educação libertadora, paulofreireana, cumpre um papel fundamental na formação e reconhecimento de um valor comunitário e democrático, sendo verdadeiramente o caminho para o exercício de alguma autonomia individual. Com isso, a resolução de conflito se torna expressão do protagonismo de cidadãs e cidadãos na construção de democracias participativas.

Também no campo das reflexões de cunho teórico-filosófico está a contribuição de *Márcio Dutra da Costa*, que analisa: A METATEORIA DO DIREITO FRATERNAL E A JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA RELAÇÃO POSSÍVEL? Pensando a partir dos referenciais do liberalismo e, portanto, também atravessando o debate sobre autonomia, comunidade e resolução de conflitos, o autor propõe conectar a metateoria do direito fraterno, apoiada em autores como o italiano Eligio Resta, com a Justiça Restaurativa, para evidenciar mecanismos não contenciosos mais adequados de resolução de conflito, que substituam a beligerância das disputas adversariais pela composição das resoluções dialogadas que envolvam a comunidade.

Ainda como uma reflexão preponderantemente teórica, mas que já parte de uma observação empírica da experiência colombiana, *Francisco Gorjón-Gómez*, *Doris del Carmen Navarro-Suárez*, *Carolina Isaza-Zuluaga* e *Adriano Moura da Fonseca-Pinto* aportam com o capítulo *LA CONCILIACIÓN Y LA TEORÍA DE CONFLICTOS: fundamentos para la paz en el posconflicto*. Para os autores, o paradigma jurisdicional clássico do direito encara o conflito como violência e responde, com o processo, nessa mesma frequência, em termos tam-

bém violentos, com soluções que impõe, pelo juiz, um ganhador e um perdedor. De alguma maneira, o sistema adversarial dá uma resposta ao conflito que não leva à paz. Os autores resgatam, então, a experiência colombiana para evidenciar a conciliação, incorporada em uma teoria dos conflitos, como o caminho viável para a efetivação e desenvolvimento duradouro de uma cultura de paz.

As reflexões a partir das práticas também estão no cerne das contribuições de *Isabeau Lobo Muniz Santos Gomes, Tânia Lobo Muniz e Patrícia Ayub da Costa*, com o capítulo **PROMOVENDO O ACESSO À JUSTIÇA: ANÁLISE DO DESEMPENHO DO CEJUSC DE LONDRINA/PR NOS ANOS DE 2019 E 2020**. A comparação entre um ano de conciliações e mediações presenciais (2019) e outro com tais audiências virtualizadas (2020) serviu para evidenciar que a virtualização dos serviços de CEJUSC causou impactos negativos no acesso à justiça, com diminuição de audiências e concentrando nos demandantes habituais que, em Londrina, são o próprio Estado e seus órgãos. Verificaram os autores que as dificuldades de acesso à internet, junto com as barreiras tecnológicas, afastaram ainda mais a população do CEJUSC, devendo-se refletir para o fato de que a virtualização acentuou as assimetrias entre os demandantes, obstaculizando ainda mais o acesso à justiça.

A expansão das políticas públicas auto e heterocompositivas de acesso à justiça implicam na configuração de um sistema multiportas, que perpassam também por outros espaços além do judicial. Neste sentido, *Victor Saldaña Priebe e Fabiana Marion Spengler* apresentam o capítulo **MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NOS SERVIÇOS NOTARIAIS: POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À JUSTIÇA EM BUSCA DA CONSOLIDAÇÃO DAS MÚLTIPLAS PORTAS NA PROCESSUALÍSTICA CIVIL**. Os autores identificam uma consolidação do reconhecimento da mediação e conciliação como mecanismos jurídicos eficazes de resolução de conflito, com destaque para o mode-

lo de gestão da justiça conduzido pelo CNJ, de forma que, dentro ou fora do judiciário, sejam legítimos na efetivação do direito fundamental de acesso à justiça. Com isso, empreendem a análise da mediação e conciliação nos serviços notariais, avaliando seus impactos. Os resultados encontraram uma baixa adesão, por hora, a tais serviços, o que faz permanecer acesa a análise sobre a qualidade e efetividade do acesso à justiça.

Completando os estudos que compõe esta obra, três capítulos se conectam por observar os mecanismos auto e heterocompositivos em relação à administração pública. A partir de experiências da Espanha, *Cleiton Lixieski Sell e Nuria Belloso Martín* estudam *LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA Y DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: RAZONES DE SU OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA*. Os autores defendem que a mediação é uma ferramenta jurídica que melhora a administração pública em eficiência, eficácia, credibilidade, transparência, aproximando a gestão pública dos cidadãos. Por isso, a adoção de mecanismos de mediação é capaz de impulsionar o contencioso administrativo na Espanha.

Também refletindo sobre *MEDIAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS*, *Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues* fazem um levantamento de diversos normativos da administração pública brasileira que abriram espaço para a atuação da mediação, quer na esfera tributária, educacional ou financeira, focando, a partir deste campo, nos dispositivos da lei de mediação que tratam de sua aplicação na administração pública. Com este espectro, os autores empreendem uma análise minuciosa do projeto de lei sobre mediação no âmbito tributário, em comparação com a legislação já existente, para apontar pontos de intersecção, diferenciação e sobreposição.

As reflexões de *Theobaldo Spengler Neto* e *Hipólito Domenech Lucena* intituladas *ARBITRAGEM: A NECESSIDADE DE UM PARÂMETRO LEGISLATIVO A CONTEMPLAR AS NECESSIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA* pensam políticas públicas de acesso à justiça, sendo o único trabalho voltado para um mecanismo heterocompositivo. A arbitragem tem crescido no Brasil, mas não se pode ainda afirmar que esteja plenamente incorporada na cultura de resolução de conflitos brasileira, em toda sua potencialidade. Inicialmente voltada para o âmbito das relações privadas, a arbitragem ganhou fôlego com a aprovação, duas décadas depois, de legislação que permitisse também à administração pública esta possibilidade. No entanto, os autores apontam que, exatamente porque construída com base no direito civil, tal legislação tem deixado de contemplar efetivamente as necessidades do setor público, com as questões norteadoras que envolvem o direito administrativo, perdendo-se, neste ponto, a oportunidade de expandir o uso da arbitragem nessa seara, sendo necessário criar um adequado parâmetro legislativo.

Mapeadas as pesquisas que juntas compõe esta cartografia, evidencia-se a robustez dos estudos que aqui são apresentados. Pensar em mecanismos de resolução de conflitos que ampliem o acesso à justiça e potencializem a democracia é tarefa que não se faz só, nem de uma única vez. Tarefa rigorosa da vida toda, do compromisso dos e das pesquisadoras do campo do direito e áreas afins, como *Fabiana Marion Spengler* e os que aqui com ela estão. As relações de força, as dinâmicas, os mapas e espaços de movimentação da justiça seguem em plena transformação.

Desconfio que o avanço de um modelo de justiça multiportas tem juntado um espectro muito grande, em certa medida confrontante, de defensores. Desde a centralidade do protagonismo do CNJ de empreender a modernização da justiça brasileira, o impulsionamento dado aos mecanismos revela que eles

servem não apenas às forças progressistas que esperam mudanças e avanços na ampliação do acesso à justiça e sua democratização, como também àqueles que defendem uma diminuição do próprio Estado e da força e centralidade do sistema judicial, ampliando a esfera privada em detrimento da esfera pública e segmentando, por classes e mecanismos, a prestação da justiça.

Um modelo de justiça neoliberal está sempre à busca de retração do estado, de redução de garantias para ampliar a esfera de liberdades e risco. Tudo deve ser negociável, disponível, cambiável e mensurável em termos de ganho, preço, dinheiro. Neste ponto, os mecanismos de resolução de conflitos como mediação, conciliação e arbitragem podem representar uma alternativa mais adequada a este cenário, de fluxos facilitados, procedimentos reduzidos, em portas diferentes do processo tradicional, que centralizava no estado o monopólio da justiça.

As reflexões aqui apresentadas e que compõem esta obra, no entanto, guardam um compromisso forte com os que batalham por uma ampliação do acesso à justiça com qualidade, com a consolidação da democracia, dos valores da comunidade e de uma autonomia emancipadora. Pesquisas compromissadas com os valores humanistas, emancipatórios e pacificadores da mediação, da conciliação ou da arbitragem. São pesquisadores e pesquisadores a quem me somo, na luta combativa e justa por uma sociedade mais inclusiva, mais pacífica e de bem viver.

Aracaju/SE, setembro de 2023.

CAPÍTULO 1

AUTONOMIA INDIVIDUAL, COMUNIDADE E AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS

João Pedro Schmidt

Juliana Nickel

Doi: 10.48209/978-65-5417-164-0

Considerações iniciais

A autocomposição de conflitos pode ser entendida como uma entre muitas formas pelos quais seres os humanos vêm buscando historicamente assegurar o controle sobre a própria vida. Esta busca defrontou-se na maior parte do tempo com grandes ameaças e limitações, seja por adversidades naturais ou por poderes sociais. *Autonomia* é a palavra mais utilizada para expressar este anseio por liberdade e controle sobre a própria vida. Simplificadamente, autonomia tem a ver com pensar com a própria cabeça e agir por si mesmo, sem subserviência a outro.

O conceito de autonomia é central no pensamento filosófico desde os gregos. Seu sentido fundamental é o de liberdade, autodeterminação, independência frente a outras pessoas e outros poderes. Na obra de Immanuel Kant encontramos uma de suas formulações mais conhecidas: autonomia é a capacidade

da vontade humana de se autodeterminar segundo leis morais estabelecidas por ela própria. Trata-se da liberdade de um ser racional e dotado de vontade frente à natureza e frente aos poderes sociais. Politicamente, a autonomia expressa-se como autodeterminação de um povo, de uma coletividade que não se submete a uma autoridade externa. O oposto de autonomia é heteronomia, ou seja, a subjugação à vontade de outros. Na Constituição expressa-se a autonomia de um povo. A autonomia tornou-se central às lutas de emancipação, por direitos ignorados ou desrespeitados. (NOUR, 2009) O núcleo semântico da autonomia como liberdade e independência se mantém em outras áreas do pensamento.

Na ciência política, a autonomia está presente em múltiplos temas: limite da autoridade estatal sobre os indivíduos, autogoverno, independência dos territórios, estabelecimento das próprias leis e da Constituição, relação entre entes subnacionais e governo central, articulação entre entes federativos, entre órgãos administrativos, dos entes da sociedade civil em relação ao Estado, dos partidos políticos em relação ao governo. Em certos contextos, é feita uma diferenciação entre autonomia e soberania: enquanto a soberania designa a condição de um Estado com plenos poderes sobre si próprio, na autonomia os poderes não são plenos. Este é o caso dos governos subnacionais e autarquias locais, cuja autonomia não é total, visto que segue a Constituição de um Estado onde está inserida. (BOBBIO et al, 1992) A autonomia é considerada um valor altamente importante, mas a análise política põe em evidência os seus limites e condicionantes: não há autonomia individual plena; a autonomia individual é dependente da organização política, da economia, da cultura.

Na educação, o conceito de autonomia está presente em diversos ideários pedagógicos orientados para a formação de espíritos livres, capazes de compreender o mundo em que vivem, os limites e as ameaças com as quais cada qual se defronta, as oportunidades para viver uma boa vida. Na América Latina, a pedagogia da libertação aborda esta questão sob o ângulo da resistên-

cia à dominação cultural, ao eurocentrismo, da afirmação de uma consciência própria, que valorize as culturas autóctones. Uma das formulações pedagógicas mais robustas é a do educador Paulo Freire. Com base no conceito kantiano de autonomia, Freire construiu uma consistente teoria sobre a necessidade de superar variadas expressões de heteronomia presentes no contexto brasileiro e latino-americano, como: as formas históricas de opressão, a massificação e o medo à liberdade, o colonialismo e a invasão cultural, a educação bancária e a ética do mercado. Em vista de uma educação para a autonomia, Freire defendeu a necessidade da relação dialógica entre educadores e educandos, da curiosidade e criticidade, da relação entre conteúdos e realidade prática como elementos fundamentais para a transformação social. (ZATTI, 2007)

Estes elementos pavimentam a argumentação aqui desenvolvida. Tendo em vista os enlaces entre o microcosmo jurídico e o macrocosmo social, a relevância e o impacto da autocomposição de conflitos é melhor captada quando se considera as tensões entre heteronomia e autonomia próprias das sociedades contemporâneas e do contexto latino-americano. O método de abordagem utilizado é dedutivo e a técnica de pesquisa é bibliográfica.

Autonomia individual, comunidade e democracia

O princípio iluminista da autonomia individual, exposto por Kant e outros filósofos no Século 18, passou a ser um elemento da cultura ocidental a partir da difusão do pensamento liberal, que se deu paralelamente à expansão dos Estados nacionais. O liberalismo e o iluminismo moderno foram movimentos interrelacionados, convergentes na confiança de que a racionalidade é o esteio da liberdade e a liberdade é condição para o exercício da racionalidade. A utopia liberal-iluminista propala que indivíduos racionais e autônomos são capazes de instaurar uma sociedade livre de preconceitos e superstições, de hierarquias e de autoritarismos, rumo a patamares crescentes de progresso e prosperidade.

Esta expectativa radiosa jamais se realizou, mas houve avanços importantes em termos de liberdade e autonomia individual. No plano político, o liberalismo inspirou as revoluções burguesas (Revolução Americana, 1776; Revolução Francesa, 1789), arquetípicas na edificação das modernas democracias representativas, e no plano econômico, o liberalismo assentou as bases do ideário do livre mercado. E no entrecruzamento entre o político e o econômico consolidou-se a matriz individualista – que estava no cerne do liberalismo econômico da escola neoclássica fundada por Adam Smith, mas não do liberalismo político de Alexis de Tocqueville, John Stuart Mill e John Dewey – que veio a predominar no pensamento liberal. O liberalismo econômico confia que indivíduos autônomos, livres, egoístas e guiados pela razão expressam a natureza humana e são a base da melhor forma de organizar a economia (o mercado). Tais premissas não são esposadas por liberais sociais que professam sua fé na democracia, na vontade popular e nos direitos humanos. O que prevaleceu e se globalizou, segundo Michael Walzer (2008), foi a matriz liberal individualista.

Como se sabe, a utopia liberal-individualista é uma quimera. Não se tornou realidade fática em qualquer país, mas tem até hoje forte influência. O viés individualista desvirtua o princípio da autonomia pessoal, sugerindo que indivíduos livres de regras estatais são capazes de decidir sua própria vida. Na verdade, todos os indivíduos em sociedades contemporâneas vivem cercados por poderes e forças que limitam suas vidas. Se se pretende afirmar a importância da autonomia individual é necessário se afastar do implausível discurso individualista neoliberal. Este esforço vem sendo empreendido por diversas correntes de pensamento, como o comunitarismo liberal, a social-democracia e a socioeconomia. Expõe-se brevemente a argumentação comunitarista, caracterizada por tentar reatar a dimensão individual e a social, o indivíduo e a comunidade.

Os comunitaristas retomam e atualizam a *tese social* de Aristóteles: os humanos são seres que vivem em sociedade e são profundamente influenciados pelas comunidades em que habitam. A individualidade é tecida desde seus primórdios no convívio com outras pessoas. Cada qual carrega em si influências sociais as mais diversas, que expressam os vínculos indissociáveis entre o indivíduo e a sociedade. Os indivíduos só são compreensíveis se levamos em conta as suas relações sociais. O pensamento liberal individualista, diz Etzioni (2022), ao conceber a sociedade como um agregado de indivíduos, ignora que as relações sociais são constitutivas dos indivíduos.

Ao refutar o individualismo e repor a importância da comunidade para a compreensão do indivíduo, os comunitaristas evitam cair no extremo oposto – o coletivismo. Amitai Etzioni (1998, p. x) assinala que “os novos comunitaristas estão preocupados desde o início com o equilíbrio entre as forças sociais e a pessoa, entre comunidade e autonomia, entre bem comum e liberdade, entre direitos individuais e responsabilidades sociais”. Este é o ponto central: indivíduo e comunidade são polos de mesma importância, que se exigem mutuamente. Não faz sentido contrapor o viés coletivista (a comunidade é mais importante) ao viés individualista (o indivíduo é mais importante). Os comunitaristas sublinham que a autonomia pessoal não é diminuída ao ser situada no âmbito da comunidade. Indivíduos em comunidade não perdem sua individualidade, ao menos em comunidades democráticas. (ETZIONI, 2019)

É verdade que a comunidade pode ser, foi e continua sendo, uma ameaça à individualidade. Abundam os estudos sobre o caráter autoritário e opressivo das comunidades ao longo da história. Zygmunt Bauman (2003) é frequentemente citado na literatura por lembrar que a segurança proporcionada pelas comunidades cobra o preço da perda da liberdade e da autonomia individual. Etzioni (2019) reconhece a legitimidade dessa crítica, mas lembra que isso se aplica também ao Estado e ao mercado, e realça que nas sociedades democráticas modernas há muitas comunidades democráticas onde a individualidade é respeitada.

Além disso, ressalta que é comum o multipertencimento comunitário: muitos indivíduos participam de mais de uma comunidade (religiosa, política, étnica, cultural etc.), o que lhes permite escolher as mais condizentes com a liberdade individual.

A autonomia individual desejável e viável requer um contexto comunitário e social favorável. Tal contexto só pode ser assegurado politicamente pela democracia, sem hipertrofia do Estado (em acordo com a preocupação liberal) nem hipertrofia do mercado (ao encontro das críticas anticapitalistas). Tendo como pano de fundo o equilíbrio entre Estado, comunidade e mercado, a autonomia deve combinar a defesa dos direitos da individualidade e as responsabilidades comunitárias e cidadãs. Nas palavras de Etzioni (1996, p. 49), impõe-se a busca de um novo equilíbrio, baseado em uma nova *regra de ouro*: comunidade e indivíduo, ordem social e autonomia individual têm igual importância; são dois polos que se exigem um ao outro. “E a ordem tem que ser de um tipo especial: voluntária e limitada aos valores centrais, em vez de imposta e difundida. E a autonomia, longe de carecer de limites, tem que ser contextualizada dentro de um tecido social de laços e valores”.

Sob a premissa do equilíbrio entre Estado, comunidade e mercado ficam legitimadas iniciativas que buscam retomar o protagonismo dos cidadãos em áreas onde o Estado democrático veio a assumir funções desmesuradas, como é o caso da justiça. Mesmo que em sociedades complexas não seja possível prescindir dos tribunais, parcela dos conflitos costumeiramente levada aos tribunais pode ser resolvida sem sua intervenção. A literatura sobre capital social mostra que ambientes marcados por fortes laços sociais e elevada confiança interpessoal favorecem a cooperação e a resolução de conflitos pelos cidadãos sem recurso a tribunais e órgãos policiais, o que reduz custos e tempo envolvidos em processos judiciais, além de preservar e fortalecer as relações sociais entre as partes envolvidas. Por outro lado, o enfraquecimento das redes sociais e o cres-

cimento do individualismo, sobretudo em crises econômicas, tende a aumentar a dependência dos cidadãos e dificulta sua autonomia. (PUTNAM, 2002)

A defesa da autonomia adquire seu sentido político nas lutas por uma democracia “quente”, participativa, em prol de um Estado forte, que assegure a todos meios de uma vida digna por meio de políticas públicas inclusivas, e que não impede o protagonismo da sociedade civil e das pessoas. (SCHMIDT, 2018) A combinação entre *Estado de Bem-Estar e cidadania ativa* é uma diretriz geral, uma ideia norteadora, não uma fórmula matemática. Esta diretriz valida as iniciativas jurídicas que estimulam o protagonismo dos cidadãos, como no caso dos meios autocompositivos de resolução de conflitos. Sob esta luz, a mediação, a conciliação e a negociação não são simples reações à ineficácia e lentidão das instâncias do Judiciário, mas a manifestação de um senso de cidadania ativa, de capacidade de agir com os outros, face a face.

Educação para a autonomia

Muito se fala da necessidade de uma educação, já em nível de curso superior e mais notadamente no curso de Direito, que prepare o aluno para as práticas autocompositivas de conflito – que como será visto, baseiam-se notadamente no exercício da autonomia do ser. Mas referidas práticas, de acordo com Spengler e Stangherlin (2021)¹ são ainda muito incipientes. As autoras informam que a quantidade de conteúdos nos referidos cursos que são ainda voltadas a práticas tradicionais e beligerantes de disputa judiciais, fazem as demais práticas – de natureza mais humanísticas – não terem tanta expressividade como deveriam ter. Asseveram as autoras que “os estudantes, quando no cerne da formação jurídica, necessitam de uma compreensão mais profunda acerca do direito de

¹ Spengler e Stangherlin (2021) buscam apresentar o ajustamento dos cursos de Direito no tocante às determinações e orientações que versam sobre a implementação da política pública de acesso à justiça que busca contemplar formas menos tradicionais de composição de conflitos, conforme o presente artigo aborda. Ao final, concluem que há práticas sendo implementadas pelos referidos cursos, que porém são ainda incipientes.

acesso à justiça” para que possam se tornar “responsáveis pela concretização do teor das normas que tratam sobre uma justiça mais autônoma e consensual”. (SPENGLER; STANGHERLIN, 2021, p. 56).

A constatação das autoras não surpreende. A longa trajetória de heteronomia vigente no âmbito do direito, do poder judiciário e da maior parte das instituições sociais torna difícil imaginar uma mudança profunda na formação jurídica em breve tempo. Sob o ângulo da educação, considerando a resiliência das práticas baseadas na premissa de que “professores(as) ensinam, estudantes aprendem”, há uma tendência de manter tais práticas ao se ingressar na educação superior e normalizá-las. É difícil para educandos e educadores assumir uma maneira diferenciada de encarar as relações e os conflitos interpessoais após um processo de socialização e de educação inicial calcada em bases passivas e de competição em detrimento de cooperação.² Preparar o espírito humano para práticas voltadas à construção de autonomia e da cooperação leva tempo, há um *iter* a ser seguido. E um deles pode ser proporcionado pela escola, que tem um papel crucial na *educação*³ do sujeito.

O tema da educação para a autonomia é objeto de uma produção pedagógica robusta, iniciada nas primeiras décadas do século passado, com destaque para Álvaro Viera Pinto e Paulo Freire. Para Pinto, a educação é a formação do ser humano pela sociedade, um “processo pelo qual a sociedade atua constantemente sobre o desenvolvimento do ser humano no intento de integrá-lo no modo de ser social vigente e de conduzi-lo a aceitar e buscar os fins coletivos” (PINTO, 1982, p. 30). Segundo Nickel (2023, p. 38), Pinto realça que educa-

2 A educação brasileira continua muito pautada em métodos tradicionais, conservadores e de uma relação passiva entre aluno e professor, bem como de competição, por notas, concursos, etc. Ou seja, uma educação massificada, como bem pontua Paulo Freire no conjunto de sua obra, notadamente em *Pedagogia para libertação* (2006a) e *pedagogia do oprimido* (2006b)

3 Lembrando que a educação não se encerra no espaço escolar, muito pelo contrário, como bem coloca Pinto (1982, p. 29), a educação no seu sentido amplo – em contraponto ao sentido tradicional e mais restrito que faz referência à educação no que tange às fases infantil e juvenil da vida do ser humano – que vislumbra a educação em todas as fases e aspectos da existência humana. Sobre o tema, ver também Nickel (2023).

ção é um fato existencial, “o processo constitutivo do ser humano”, é um fato social, “é determinada pelo interesse que move a comunidade vigente (relações econômicas, instituições, usos, ciências, atividades, etc.)” e é um fenômeno cultural, “a transmissão integrada da cultura em todos os seus aspectos, segundo os moldes e pelos meios que a própria cultura existente possibilita. O educando, para Pinto, passa a perceber o mundo e a si mesmo de outros pontos de vista à medida que adquire o saber, se torna um elemento transformador de seu mundo, e esta é a finalidade primeira da educação.

Pinto e Freire auxiliam na compreensão de que uma educação que se preze deve primar pela formação do sujeito para sua autonomia, ao mesmo tempo em que deve servir para sua integração comunitária e social. Para que a educação tenha êxito em cumprir esses objetivos, ela deve ser problematizadora, reflexiva e não *bancária*, na célebre caracterização de Paulo Freire, ao criticar a educação tradicional. Esta vislumbra no aluno um recipiente vazio a ser preenchido com fórmulas matemáticas, físicas, químicas, hinos, tipos de vento, decoreba de capitais, etc, ou seja, vê o aluno como depositário de conteúdos vazios, desconexos da realidade. (FREIRE, 2006b; NICKEL, 2023, p. 71ss).

A educação deve ser o oposto disto, deve ser problematizadora, libertadora, deve ser dialogal e ativa, voltada à responsabilidade política e social, que capacite o(s) sujeito(s) a interpretar e resolver os problemas que os circundam. (FREIRE, 2006a; NICKEL, 2023) Enquanto a educação tradicional “mina o poder criador dos educandos, à medida que os anestesia, a educação problematizadora, dotada de uma significativa reflexividade, vai levar constantemente a um ‘desvelamento da realidade’”. (FREIRE, 2006b, p. 80)

A educação tradicional é invariavelmente teórica, “verbosa”, “palavresca”; não comunica, mas, sim, faz comunicados, que são coisas diferentes (FREIRE, 2006a, p. 101). Esta educação via de regra não leva “a posições mais indagadoras, mais inquietas, mais criadoras”; de outro modo, Freire alerta: ain-

da que “tudo ou quase tudo nos levando, desgraçadamente, pelo contrário, à passividade, ao ‘conhecimento’ memorizado apenas, que não exigindo de nós elaboração ou reelaboração, nos deixa em posição de inautêntica sabedoria” (FREIRE, 2006a, p. 104). Na perspectiva libertadora, a educação é um ato de amor, um ato de coragem e que não teme o debate, o diálogo.

É nítida a correspondência estabelecida por Pinto e Freire entre a sociedade brasileira hierárquica e a educação tradicional, reprodutora de uma cultura de mando das elites e submissão das massas. A superação dessa realidade, segundo Freire (2006a, p. 115), requer da parte da educação um método que seja dialogal, crítico e criticizador, com modificação do conteúdo programático e o uso de técnicas inovadoras, como a redução e codificação. O sujeito deve se apropriar do próprio universo para dele tirar o aprendizado. O método de alfabetização de adultos no período de 45 dias, criado por Freire, se baseava na premissa fundamental do vínculo entre ler e escrever e a realidade vivida pelos educandos. As palavras utilizadas no processo educativo, organizadas em fichas e famílias fonêmicas, provinham do universo dos alfabetizandos.⁴

O vínculo profundo entre a pedagogia da libertação e o processo social libertador, assentado por Freire e Pinto, é reconhecido internacionalmente (ao menos entre as pedagogias progressistas) como o desafio de fundo de toda e qualquer educação. Mais do que técnicas rápidas de alfabetização, a concepção freireana libertadora realçou que o ato educativo deve capacitar o sujeito para a vida. A educação deve partir do universo do educando para que apreenda o mundo, constituindo um processo de empoderamento para resolver seus problemas e seus conflitos. Inúmeros experimentos escolares foram estruturados

4 Ao invés de temas desconectados utilizados na alfabetização tradicional, como “Eva viu a uva”, Freire mostrou que a alfabetização eficaz requer palavras cheias de sentido, tal qual, “favela”. Ao invés de carteiras enfileiradas, sentar-se em círculos de cultura. O professor é coordenador e facilitador, o aluno educando-educador. Programação compacta reduzida e codificada em unidades de aprendizado em substituição de “ponto”. (FREIRE, 2006a, p. 111, nota de rodapé nº 2)

com base nesta perspectiva, com êxitos importantes em termos de proatividade e cooperação, tanto em âmbitos urbanos como nas experiências de *educação do campo*⁵ em diversas partes do território brasileiro.

Ilustrativamente, menciona-se aqui a pedagogia da alternância, vivenciada nas Escolas Família Agrícola. Esta pedagogia, com origem na França na década de 1930, e que chegou ao Brasil no final da década de 1960, caracteriza-se por permitir que os jovens das áreas rurais tenham acesso aos estudos sem ter que se afastar de seu meio familiar, ao contrário, através de seu meio devem retirar seus aprendizados. Tal pedagogia cumpre outros objetivos, tais como auxiliar os jovens a perceberem-se enquanto pertencentes a uma comunidade e portanto, o motiva a agir de forma menos individualista; e o outro objetivo – que é de uma certa forma desdobramento do primeiro – recai sobre o fato de que esses jovens desenvolvem a capacidade de lidar com seus próprios problemas, de modo a encontrarem eles mesmos as soluções.

Trazer essa informação à baila não significa estabelecer uma ligação direta entre a educação vigente e a adoção de uma determinada forma de resolução de conflitos. Significa, sim, que se prepara melhor o espírito humano para lidar com conflitos interpessoais e institucionais quando a educação tem no seu núcleo a intenção de formar para a autonomia, para o exercício da cidadania em que não se abre mão da liberdade e iniciativa pessoal.

5 Uma das experiências de educação do campo que vem merecendo atenção crescente é a das Escolas Família Agrícola e os Centros Educativos Familiares de Formação por Alternância (CEF-FAS). Os pilares desta modalidade educativa são: a associação local (que representa a ligação das demandas familiares e comunitárias dentro da escola, de forma que o CEFFA fique ligado à realidade do seu entorno), a alternância (que permite que os alunos alternem tempo e espaço ficando, via de regra uma semana na escola e uma semana em casa – com tarefas escolares pertinentes – o que possibilita que aprenda a partir de sua própria experiência), a formação integral (através do qual se objetiva que o aluno se prepare para a vida de uma forma global e não compartimentada) e o desenvolvimento do meio (permite que a formação do estudante tenha conexão direta com possíveis melhoramentos de seu meio). Sobre o tema ver COSTA (2012) e NICKEL (2023).

Autonomia pessoal e meios autocompositivos de conflitos

O caminho tradicional de acesso à justiça é o contencioso, possibilitado pelo Judiciário. Sua falta de efetividade em proporcionar real acesso à justiça a parcela significativa dos cidadãos⁶ constitui um desafio jurídico e político importante nas últimas décadas. Os ditames da Constituição de 1988⁷ impulsionaram o debate sobre a criação de novas alternativas de acesso à justiça. A partir da criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pela Emenda Constitucional 45, de 2004, foram estabelecidas diversas Resoluções importantes (Resolução 125 de 2010, Resoluções 225 e 174, de 2016) em vista de uma política mais robusta de acesso à justiça, reforçada pelo advento do Código de Processo Civil de 2015⁸.

Vale salientar que o acesso à justiça não equivale a acesso ao Poder Judiciário. É fundamental superar tal compreensão restritiva, ainda frequente no senso comum, de que somente um procedimento jurisdicional é capaz de pacificar conflitos. Conforme Spengler (2019, p. 4):

Persistir em analisar o processo sob a dimensão da efetividade notoriamente restrita seria atender apenas ao seu escopo jurídico e, hoje, essa noção deve englobar a eliminação de insatisfações, o cumprimento do direito com justiça, a participação ativa dos indivíduos, além de construir inspiração para o exercício e respeito dos direitos e da própria cidadania. Mas, para tal, há a necessidade de adequação do processo, pois o que se tem assistido é o somatório de insatisfações e decepções experimentado pelos indivíduos, o que acaba por abalar e desgastar a credibilidade que o sistema ainda

6 Uma das formas de se verificar que a justiça ainda é “para poucos”, pode ser verificada no Relatório do CNJ *Justiça em números* que aponta para um gargalo, ou seja, uma taxa de congestionamento existente no Poder Judiciário. No referido relatório, o ponto 5.3 apresenta os “Gargalos da Execução” e aponta para o fato de que é nessa fase em que há maior morosidade. Assim traz a informação de que o Poder Judiciário contava com um acervo de 77 milhões de processos pendentes de baixa no final de 2021 e que mais da metade desses processos (53,3%) referia-se à execução. (CNJ, 2022, p. 164)

7 Notadamente os artigos 5º (inciso LXXIV) e 134, que dispõem sobre mecanismos para que os hipossuficientes economicamente possam acessar a justiça.

8 Que em seu art. 334 institui como primeiro ato do juízo, caso a petição inicial preencha os requisitos necessários, a designação de audiência de conciliação ou mediação.

dispõe. Este paulatino descrédito vem firmando raízes a partir e conforme se evidenciam as debilidades e impossibilidades de o mesmo atender a tão complexa tarefa.

Os limites das vias convencionais de acesso ao Judiciário estão evidenciados nas estatísticas do elevado número de casos que abarrotam os tribunais, sem o tratamento ágil e adequado esperado, o que produz descrença no sistema e não condiz com a miserabilidade econômica de muitos cidadãos. Além disso, há questões jurídicas, como a legitimidade ativa, que via de regra é demasiadamente individualista ao querer “dar a cada um o que é seu”, apartando-se de uma visão mais solidária, que leva em consideração que o indivíduo faz parte de um grupo social. Ou depois que se consegue ultrapassar essas barreiras para que se possa ter a prestação jurisdicional, novamente pode recair em um não acesso à justiça à medida em que a “solução” vem a destempo, em momento em que a realidade fática se protraiu no tempo, de modo, que a palavra do Judiciário de nada adiantará. (SPENGLER, 2019, pp. 4-5). E uma questão de fundo importante: as formas de resolução de conflitos heterocompositivas ceifam a autonomia de as partes comporem seus conflitos. As mudanças legislativas suprarreferidas abriram espaço para outras formas de acesso à justiça, entre elas a autocomposição.

Conflitos podem ser resolvidos com a intervenção/decisão de um terceiro, como ocorre nos casos de heterocomposição (arbitragem e jurisdição), ou sem a intervenção/decisão de um terceiro, nos casos de autocomposição – mediação, conciliação e negociação, nos quais o papel do terceiro é auxiliar. Os primeiros estão envoltos em um clima adversarial e seus resultados são geralmente do tipo *vencedores e vencidos*. Já nos processos autocompositivos, buscam-se soluções que apresentem situações de *ganha/ganha*, desde que os interesses de todos sejam observados. (SPENGLER, 2019, p. 11)

A autocomposição, nas suas diferentes modalidades, vem obtendo reconhecimento como política pública de crescente relevância⁹. Spengler (2019, p. 7ss) afirma que “a autocomposição enquanto política pública é mecanismo que pretende fomentar o acesso à justiça como direito humano fundamental mais do que simplesmente descongestionar o Judiciário” e acrescenta que o que se espera desse instituto “é que contribua para um acesso à justiça mais adequado não só em termos quantitativos (celeridade e descongestionamento), mas também em termos qualitativos (adequação e exequibilidade da resposta jurisdicional)”. (SPENGLER, 2019, p. 10) Quer-se aqui realçar o sentido da autocomposição para além do âmbito do judiciário. A autocomposição é uma “forma autônoma (os titulares do poder de decidir a lide são as partes) de acesso à justiça e à jurisdição para resolver conflitos e atua com melhor eficiência quanto ao comprometimento dos interesses”. Isto porque “baseia-se em fatores persuasivos e consensuais, mediante os quais as partes compõem o litígio, de tal forma que obtém soluções mais duradouras e exequíveis. (MORAIS; SPENGLER, 2019)

Essa concepção de autocomposição vai fortemente ao encontro da posição aqui esposada acerca das políticas públicas em geral: a ação estatal deve ser compatível com a autonomia e o protagonismo dos próprios agentes na busca de resolução dos seus problemas. A autonomia é o fio condutor que liga os meios autocompositivos de resolução de conflitos às experiências educativas inspiradas no pensamento comunitarista e na pedagogia da libertação. A presença do Estado não deve ser um impedimento à capacidade das pessoas resolverem seus problemas e seus conflitos, capacidade esta que deve ser fortalecida por um processo educativo que inicia na infância e se prolonga nos níveis de educação média e superior.

⁹ E que de acordo com a autora aponta para o fato de que a autocomposição vem ganhando destaque e fomento tanto do Ministério da Justiça, como da Secretaria de Reforma do Judiciário, do CNJ e do próprio legislador brasileiro, pelo fato de comprovar de forma empírica sua eficiência no tratamento de conflitos. (SPENGLER, 2019, p. 7)

O que as iniciativas de educação popular e educação do campo têm em comum com instrumentos autocompositivos como mediação, conciliação e negociação é o exercício da liberdade e autodeterminação. Tal exercício é próprio da democracia participativa, em que o Estado valoriza ao invés de cercear a capacidade de decisão e de resolução de problemas por parte dos cidadãos e suas organizações. Esta premissa é condizente com o comunitarismo liberal e com a pedagogia da libertação, correntes de pensamento para as quais o Estado exerce funções fundamentais e indelegáveis, mas não exerce um controle excessivo nem pretende ter o monopólio de todos os bens e serviços. O equilíbrio de funções e tarefas entre Estado, comunidade e mercado é o pano de fundo adequado para o exercício da autonomia pessoal que integra compromisso comunitário e liberdade individual. Neste equilíbrio não há espaço para quimeras individualistas do tipo “cada pessoa é plenamente livre para decidir como quer resolver seus conflitos”. Não existe liberdade total quando se vive em sociedade. O que importa na democracia é definir os contornos dentro dos quais a autonomia individual e as regras jurídico-políticas são compatíveis e se reforçam mutuamente.

Considerações finais

O conceito de autonomia pessoal é um elemento central da cultura moderna, concernente à capacidade de um sujeito tomar suas próprias decisões sem ter que sucumbir a determinações ou vontade de terceiros, contrapondo-se assim à heteronomia. Há ampla concordância de que esta capacidade é um aspecto fundamental da dignidade da pessoa e uma finalidade da ordem política democrática.

A autonomia individual é originalmente parte do repertório liberal, associado à utopia de que cidadãos que gozam de liberdade e autonomia individual são o principal insumo da prosperidade. Esta utopia é fictícia, desmentida historicamente pela presença constante de condicionamentos econômicos, políticos e socioculturais. As modernas democracias representativas e as economias

capitalistas avançadas asseguram algum grau de autodeterminação individual, mas não há nada parecido com o sonho liberal reafirmado pelo neoliberalismo. Ao contrário, em tempos de internet são cada vez mais notórias as influências sociais de redes e de mecanismos sobre a individualidade. O viés individualista da autonomia carrega ilusões perigosas diante das ameaças reais à liberdade individual.

Não se trata de jogar fora a criança com a água do banho. Conforme o ensinamento comunitarista, a autonomia individual só pode ser devidamente concebida quando integrada ao contexto comunitário. Ao propor um novo balanço entre Estado, comunidade e mercado – no qual a comunidade recebe uma maior importância do que nos contextos individualistas de grande parte das sociedades ocidentais – os comunitaristas mostram que a autonomia individual é um insumo fundamental da cidadania democrática. A retomada de incumbências comunitárias como a resolução de conflitos é, nesta visão, expressão do protagonismo de cidadãs e cidadãos na construção de democracias participativas em que há limites ao poder estatal e econômico.

A resiliência das práticas beligerantes no universo jurídico, que dificultam a difusão de metodologias consensuais, é melhor analisada quando se considera o contexto político, a cultura e a educação vigente. Métodos tradicionais e conservadores de educação tendem a produzir alunos e cidadãos passivos, para os quais a justiça é algo que compete ao Judiciário. Situar a resolução de conflitos no âmbito da cidadania, sem a exclusividade dos tribunais, condiz com uma educação em que a autonomia e o protagonismo pessoal são expressões da cidadania. Assim, os métodos autocompositivos tendem a avançar mais rapidamente em âmbitos onde a educação libertadora retira o aluno de uma posição quietista, passiva, cômoda, levando-o a se perceber como protagonista de sua própria vida, com capacidade para resolver muitos de seus problemas de forma cooperativa. Este é o grande sentido do *esperançar* a que se referia Paulo Freire: ir à luta - e não ficar passivamente aguardando que as mudanças aconteçam.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Editora Zahar: Rio de Janeiro, 2003.

BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Brasília: Edunb, 1992.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2022: ano-base 2021*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros/> Acesso em: 16 maio 2023.

COSTA, João Paulo Reis. *Escola Família Agrícola de Santa Cruz do Sul – EFASC: uma contribuição ao desenvolvimento da região do Vale do Rio Par-do a partir da Pedagogia da Alternância*. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2012.

ETZIONI, Amitai [1988]. *A dimensão moral: rumo a uma nova economia*. Salvador: Edufba; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2022.

ETZIONI, Amitai [2000]. *A terceira via para a boa sociedade*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2019.

ETZIONI, Amitai. Introduction. In: _____. (ed.) *The essential communitarian reader*. Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 1998, p. ix-xxiv.

ETZIONI, Amitai (ed). *New communitarian thinking: persons, virtues, institutions, and communities*. 3. ed. Charlottesville and London: University Press of Virginia, 1996.

FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. 29. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006a.

FREIRE. *Pedagogia do oprimido*. 43. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006b.

NICKEL, Juliana S.. *Políticas públicas e educação do campo: uma análise da ação educativa das Escolas Família Agrícola do Rio Grande do Sul à luz do pensamento comunitarista*. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2023. Disponível em: <http://repositorio.unisc.br:8080/jspui/handle/11624/3569> Acesso em: 15 maio 2023.

NOUR, Soraya. Autonomia. In: BARRETO, Vicente (org.) *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 76-80.

PINTO, Álvaro Vieira. *Sete lições sobre educação de adultos*. São Paulo: Autores Associados; Cortez, 1982.

PUTNAM, Robert. *Solo en la bolera: colapso y resurgimiento de la comunidad norteamericana*. Barcelona: Galaxia Gutemberg, 2002.

SCHMIDT, João P. *Universidades comunitárias e terceiro setor: fundamentos comunitaristas da cooperação em políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion. A autocomposição como política pública de incentivo ao Direito Fundamental de acesso à justiça. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*. Belém, v. 5, n. 2, p. 01-16. Jul/dez 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion; STANGHERLIN, Camila. As recentes políticas públicas de autocomposição de conflitos e a (in)compatível formação dos profissionais de Direito. *Direito em debate*. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí, ano XXX, n. 55, p. 49-57, jan./jun. 2021.

WALZER, Michael. *Política e paixão: rumo a um liberalismo mais igualitário*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ZATTI, Vicente. *Autonomia e educação em Immanuel Kant e Paulo Freire*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

CAPÍTULO 2

PROMOVENDO O ACESSO À JUSTIÇA: ANÁLISE DO DESEMPENHO DO CEJUSC DE LONDRINA/PR NOS ANOS DE 2019 E 2020

Isabeau Lobo Muniz Santos Gomes

Tânia Lobo Muniz

Patrícia Ayub da Costa

Doi: 10.48209/978-65-5417-164-1

Considerações iniciais

O direito de acesso à justiça, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, consiste em direito de ordem fundamental que vai muito além da mera garantia do acesso formal ao Judiciário, representando, também, meio para o exercício da cidadania e para acesso aos demais direitos fundamentais. Diante disso, a operacionalidade do acesso à justiça dá-se em grande parte por meio de mecanismos ofertados pelo Estado para a efetivação de direitos e resolução de conflitos, tais como a jurisdição processual e os meios alternativos de solução de conflitos auto e heterocompositivos. Com a necessidade de adaptação às medidas sanitárias de isolamento social da pandemia de Corona

Vírus, no início do ano de 2020 no Brasil, o acesso à justiça passou a ser de forma online e remota, implicando em verdadeira revolução em todo sistema de justiça do país.

No que diz respeito ao acesso à justiça promovido pelos meios autocompositivos, a guinada digital trouxe melhorias, como a instalação de mais de 190 unidades de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) pelo país (CNJ, 2022, p. 201), a economia de tempo e recursos (dinheiro e infraestrutura, por exemplo) nas conciliações e mediações em razão dos baixos custos de transação presentes nas práticas online. E também apresentou dificuldades a serem enfrentadas, como a precariedade do acesso à internet por parte da população (CETIC.BR, 2022, online) e falta de interação intersubjetiva nas práticas autocompositivas online, que configuram algumas das variáveis que afetaram a qualidade e reduziram o número geral de conciliações entre os anos de 2019 e 2020 (CNJ, 2022, p. 78).

É nesta seara de incorporação da tecnologia na autocomposição judicial que o presente artigo abordará os impactos no Acesso à Justiça, percebidos com a virtualização das práticas autocompositivas judiciais pré-processuais, realizadas pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) da cidade de Londrina, entre os anos de 2019 e 2020. A hipótese é de que o acesso à justiça, promovido pelas práticas autocompositivas pré-processuais do CEJUSC da cidade, além de ser afetado negativamente pelas dificuldades do uso da internet na realização da conciliação e mediação, também restou comprometido pela desigualdade técnica e de conhecimento jurídico dos usuários do sistema, tal como preceitua a teoria de Marc Galanter (2018, p. 33), na obra “Por que ‘Quem Tem’ sai na frente”. O objetivo é compreender a funcionalidade desse centro específico, destacando sua importância na garantia do acesso à justiça e na construção de uma cultura de pacificação social na comunidade local estudada (Londrina), prospectando eventuais caminhos

a serem adotados para ampliação plena do acesso à justiça na utilização da autocomposição pré-processual do CEJUSC da cidade de Londrina.

Para tanto o método a ser aplicado no presente artigo é o monográfico, de abordagem dedutiva, utilizando-se de premissas gerais sobre o acesso à justiça e suas Políticas Judiciárias, bem como sobre autocomposição online, passando para argumentos específicos sobre as desigualdades existentes no acesso à justiça pela via da autocomposição judicial online, e também, sobre os dados, fornecidos pelo Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), sobre a operacionalidade do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da cidade de Londrina entre os anos de 2019 e 2020. Não obstante os já mencionados objetivos, hipóteses e métodos, ressalva-se a importância do artigo em voga no intuito de promover o mapeamento do acesso à justiça do CEJUSC da cidade analisada.

Acesso à Justiça e os Meios Autocompositivos Judiciais

Antes de realizar qualquer análise a respeito da Autocomposição Judicial, faz-se imperioso destacar a importância desse mecanismo na ampliação do acesso à justiça. Ao longo do tempo o conceito de acesso à justiça passou por transformações, incorporando em seu entendimento não apenas o acesso físico aos tribunais, mas também a busca por um sistema de justiça efetivo, acessível e capaz de promover a resolução adequada dos conflitos. Neste espectro de desenvolvimento de referido direito, legislações sobre meios alternativos de solução de conflitos, como a autocomposição judicial, foram implementadas, representando papel fundamental na ampliação e democratização do acesso à justiça, temática a ser exposta no presente capítulo.

A evolução da concepção do acesso à justiça conferiu a esse direito o status de mais básico dos direitos fundamentais. A partir dele os conflitos podem ser resolvidos e outros direitos podem ser reivindicados e acessados (ORSINI, 2022, p. 28). Por consistir em uma das formas precípua de obtenção de direi-

tos, sua análise faz-se necessária para compreensão da agenda política estruturada desde o início do processo de redemocratização do país (MARONA, 2013, p. 21). Isto é, a Constituição Federal de 1988, consagrou em seu artigo 5º, inciso XXXV, o direito de acesso à justiça com fins na construção de uma sociedade mais igualitária e republicana (SADEK, 2014, p. 57), evidenciando a estreita ligação entre a consolidação do Estado de Bem-estar social no Brasil e o desenvolvimento de sistemas de acesso à justiça, de efetividade dos direitos fundamentais, participação e inclusão social (VITOVISKY, 2017, p. 183).

Em sendo assim, o direito de acesso à justiça vai além do compromisso de assegurar aos cidadãos o acesso formal ao Judiciário, abrangendo, também, a pacificação de conflitos, o reconhecimento de direitos e educação para os direitos e cultura jurídica (VITOVISKY, 2017, p. 182). Neste sentido, foram desenvolvidas políticas judiciárias de acesso à justiça, voltadas a superação das vulnerabilidades sociais (Justiça Gratuita, Juizados especiais etc.), representativas (Tutelas Coletivas, Código de Defesa do Consumidor etc.) e instrumentais (Mecanismos Adequados de Solução de Conflito - Lei n. 13.140/2015, Lei 9.307/96, Lei n. 13.994/2020), tal qual as ondas de acesso à justiça propostas por Garth e Cappelletti (1988, p. 31) na obra *Acesso à Justiça*.

É neste cenário de ampliação ao acesso à justiça, que o Judiciário, introduziu as práticas de mediação e conciliação, justamente por serem mecanismos céleres e eficazes na resolução de conflitos, aptos a abarcar a “complexidade dos dissensos e a exigência maior de participação dos interessados e colaboração na construção das soluções.” (SALLES; FERNANDES, 2021, p. 147). Ainda que, em um primeiro momento, a adoção destes mecanismos autocompositivos tenha surgido enquanto estratégia para desafogar o Judiciário do excesso de demandas (KNOERR; SGANZERLA; SILVA, 2019, p. 61), é cediço que a atual sociedade complexa, plural, moldada pelo desen-

volvimento e velocidade das tecnologias da informação, demandam maior cooperação entre as partes e menos intervenção Estatal na solução de conflitos, impelindo a incorporação pelo Judiciário de novos meios de solução de conflitos, como no caso autocomposição (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2022, p. 02).

Sob esta perspectiva, instrumentos normativos foram desenvolvidos – audiências de conciliação previstas na Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95) e no antigo Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869/73) – na senda de ampliar o leque de formas de resolução de conflitos por intermédio da cooperação das partes, mas foi com a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que o país avançou na seara dos meios autocompositivos de conflitos, ao estabelecer a Política Judiciária Nacional com foco no tratamento adequado dos conflitos de interesses, cujo objetivo¹ é a promoção da resolução de conflitos por meio da autocomposição. A resolução também determinou a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, objeto de análise do presente artigo, bem como o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC).

Além da normativa editada pelo Conselho Nacional de Justiça, o Código de Processo Civil de 2015 conferiu maior amplitude às formas autocompositivas de solução de conflitos ao positivar e delegar a possibilidade de jurisdição aos centros, conciliadores e mediadores extrajudiciais (PINHO; STANCATI, 2016, p. 04), e, ao dispor uma seção inteira em seu cotejo normativo, sobre a atuação dos conciliadores e mediadores (BRASIL, 2015, online). Com a incorporação da tecnologia e da internet no funcionamento do Poder Judiciário, o uso de novas ferramentas e recursos virtuais passaram a fazer parte das práticas

1 O artigo 4º da resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça determina que, o próprio Conselho Nacional de Justiça, promova ações de incentivo à autocomposição e à pacificação social. Não obstante isso, a normativa em voga também estabelece a proteção a resolução adequada de conflitos (CNJ, 2010, Online)

autocompostivas. A título de exemplo, o artigo 18-A da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, posteriormente revogado pela Resolução 390/2021 do CNJ, inovou ao dispor sobre o Sistema de Mediação Digital e, no mesmo sentido, a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) em seu artigo 46 e o Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), em seu artigo 334, § 7, ao possibilitar a realização de sessões/audiências de mediação pela internet.

Com a emergência sanitária provocada pela pandemia de Covid-19, as disposições normativas sobre a autocomposição judicial online ganharam maior destaque e ampliação frente a necessidade de adaptação do Judiciário. Isto é, a pandemia impôs restrições e limitações ao funcionamento presencial dos tribunais, o que levou à aceleração do processo de virtualização do Judiciário e maior uso das plataformas virtuais para a realização de audiências e sessões de mediação e conciliação buscando garantir a continuidade da prestação jurisdicional e o acesso à justiça de forma segura e eficiente (ANDRADE, 2021, online).

Assim é que, as tecnologias então existentes e apontadas como futuro meio de funcionamento do Judiciário, enfim, foram efetivamente implementadas em todo segmento, incluindo as práticas autocompositivas judiciais, a partir da edição da Portaria n. 313/2020 do Conselho Nacional de Justiça. Destarte a conciliação e mediação na modalidade online, que anteriormente eram exceção, passaram a ser a regra, demandando novos paradigmas no momento de executá-las (COSTA, 2021, p. 381), isto é, em adequações do meio presencial para o online.

Neste sentido, serão destacadas no tópico a seguir, as desigualdades no acesso à justiça que surgem na seara da autocomposição judicial, evidenciando os novos e antigos obstáculos a serem enfrentados.

Autocomposição para Quem?

Neste tópico abordar-se-á a respeito das desigualdades existentes no acesso à justiça pela via da autocomposição judicial online, ressaltando os percalços na obtenção de um acesso igualitário. Sendo assim, faz-se necessária a exposição acerca dos obstáculos estruturais que segregam as práticas autocompositivas em detrimento de determinados grupos sociais. É imprescindível compreender que a implementação da autocomposição judicial online não é isenta de desafios e limitações, podendo acentuar desigualdades preexistentes e criar novas barreiras para determinadas pessoas e comunidades.

Conforme já suscitado no tópico anterior, a ampliação das disposições normativas e incentivos a autocomposição surgem enquanto forma de política pública² voltada a efetividade do direito de acesso à justiça. Não apenas como mecanismo de solução rápida de conflitos de forma massiva, mas também como oferta de resposta jurisdicional adequada e exequível (SPENGLER, 2019, p. 10). Por tratar-se de prática implementada para a ampliação de acesso à justiça, a autocomposição judicial online deve alcançar e ser viável a todos os indivíduos de forma igualitária.

Rebecca Sandefour (2009), em seu artigo ‘The Fulcrum Point of Equal Access to Justice: Legal and Nonlegal Institutions of Remedy’ aduz que os diferentes grupos sociais da sociedade, acessam mais ou menos as formas de solução de conflitos a partir do grau de acessibilidade aos mecanismos que lhes são disponibilizados. Para Sandefour (2009, p. 976), a formação das instituições determina a forma com a qual as pessoas lidam com seus impasses, reforçando, pois, a importância de abordar as desigualdades no acesso à justiça.

Neste contexto, a autocomposição judicial online, presente na jurisdição

² Política pública compreendida enquanto conjunto de ações governamentais voltadas para movimentar a máquina do governo para atingir determinado objetivo (SPENGLER, 2019, p. 07)

estatal tanto nas fases pré-processuais³ quanto processuais⁴, assume um papel relevante na busca por um acesso igualitário à justiça, justamente por ser reconhecida como eficiente e econômica (SPENGLER, 2019, p. 07). Isto é, os mecanismos autocompositivos judiciais apresentam soluções rápidas para os conflitos, “vez que os meios tradicionais sofrem de alta morosidade, devido à sobrecarga de processos que tramitam simultaneamente” (COSTA; SPENGLER, 2022, p. 492), e preservam as relações - ante a necessidade de construção de comunicação entre as partes para a obtenção de um resultado -, com baixos custos (principalmente se comparados ao processo judicial e/ou à arbitragem), além de não exigirem o deslocamento das partes até um local específico (ARBIX, 2015, p. 74; COSTA; SPENGLER, 2022, p. 492), apresentando vantagens adicionais na modalidade online pela economia de tempo e de recursos (dinheiro e infraestrutura, por exemplo).

No entanto, o último relatório do Justiça em Números de 2022, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, revelou uma queda na quantidade de conciliações nos anos de 2020 e 2021, revelando que a virtualização da autocomposição apresenta percalços a serem enfrentados, como a falta de interação pessoal (COSTA; SPENGLER, 2021, p. 493), a precariedade do acesso à internet (CETIC.BR, 2022, online) e a desigualdade de conhecimento técnico e jurídico das partes (GALANTER, 1983, p. 5). Reforçando a ideia de Sandefur (2009) sobre a importância de abordar as desigualdades no acesso à justiça.

A este respeito, as reflexões de Maria Tereza Aina Sadek (2014, p. 57) evidenciam que a consolidação do acesso à justiça somente se efetiva quando se possibilita o acesso à porta de entrada (conhecimento dos direitos), os caminhos posteriores à entrada (capacidade técnica) e à saída da justiça. No

3 A criação dos Centros Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) permite a resolução de conflito de forma grátis e previa à formação de um processo judicial (CNJ, 2010, Online).

4 O Código de Processo Civil (CPC) de 2015 traz em seu corpo um rol extenso de normativas incentivando a autocomposição do conflito, como no caso dos artigos 3, 165, 334 do CPC (BRASIL, 2015, Online)

mesmo sentido, Pedroso (2011) preceitua que o acesso à justiça considera “desde o conhecimento e consciência do(s) direito(s), à facilitação do seu uso, à representação jurídica e judiciária por profissionais” (2011, p. 05). Em sendo assim, a virtualização da autocomposição judicial traz à tona a problemática envolvendo a efetiva garantia do acesso à justiça para a população em geral.

A título de comparação com a jurisdição pública, os dados disponibilizados pelo correio de notícias, Valor Econômico, bem apontam às diferenças experimentadas pelas câmaras privadas de mediação e conciliação no período da pandemia. Durante o ano de 2021 essas câmaras apresentaram significativo aumento na quantidade de autocomposições (POMBO, 2021, online), enquanto o mesmo não se verificou com o meio ofertado pelo Judiciário. Não se ignora o fato de que o aumento da procura por autocomposição nas câmaras privadas e do uso da Arbitragem também são consequências do aumento de conflitos internos e baixa produtividade nas empresas durante a pandemia (ARBITRAGEM, 2022, online), mas chama a atenção o fato de que não parecem existir entraves no acesso à porta de entrada da jurisdição privada. Enquanto a virtualização da autocomposição judicial apresenta desafios para a efetiva garantia do acesso à justiça para a população em geral, as câmaras privadas parecem oferecer uma experiência mais fluida e acessível, sem entraves significativos na porta de entrada da jurisdição privada, justamente por serem frequentemente utilizadas por empresas e indivíduos com recursos financeiros e conhecimento jurídico, que buscam uma resolução mais ágil e especializada de seus conflitos (GABBAY, 2019, online).

A este respeito, Sadek (2014, p. 58) aponta que sociedades marcadas pela desigualdade social e econômica, tal como é no Brasil, apresentam grandes chances de sua população desconhecer seus direitos, sendo este um dos fatores que afasta a população na busca pela jurisdição⁵ estatal. Apesar da presença

⁵ Conforme já abordado no capítulo sobre acesso à justiça e autocomposição, a jurisdição estatal deixou de ser assegurada apenas pela via processual. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o Estado passou a legitimar outras formas de jurisdição, como por exemplo a autocomposição (PINHO; STANCATI, 2016, p. 04).

de mecanismos autocompositivos disponíveis, sem custos – como no caso dos CEJUSC's – ainda existem pedras no caminho para que eventual conciliação, ou mediação judicial, sejam acessadas como meio de solução para a população em geral. Isto é, há um abismo entre a lesão do direito e o conhecimento sobre o direito lesado. Indo ao encontro da hipótese sobre o desconhecimento dos direitos, a pesquisa realizada pelo Data Senado durante o ano de 2013, apurou que apenas 5,3% dos entrevistados têm conhecimento sobre a Constituição (SASSE, 2013, online).

Outrossim, vale ressaltar que a barreira digital presente pela subconectividade de muitos brasileiros também potencializa a situação de falta de conhecimento técnico e de direitos e, conseqüentemente, da própria exclusão do segmento da população com acesso precário, ou inexistente à internet, às práticas autocompositivas, de modo que a população mais vulnerável e desfavorecida economicamente acaba por ficar à margem desses mecanismos de acesso à justiça. De acordo com o último levantamento apurado no TIC Domicílios de 2022 (CETIC.BR), realizado pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (CETIC), 20% dos domicílios brasileiros não têm acesso à internet, sendo a maioria dos domicílios excluídos digitalmente localizado na zona rural⁶.

Em sendo assim, a virtualização da autocomposição judicial trouxe potenciais melhorias no funcionamento das práticas de conciliação e mediação, mas deixou de considerar a pedra no caminho do acesso à justiça para aqueles que se encontram desconectados da internet, ou possuem acesso precário ao mundo online.

Diante disso, o Judiciário reconheceu a necessidade da disponibilização da autocomposição híbrida, a fim de assegurar que ninguém seja excluído da possibilidade de solucionar seus conflitos, isto é, na eventualidade de não ser

⁶ Aproximadamente 32% dos domicílios da zona rural não possuem acesso à internet, enquanto 18% apenas dos domicílios localizados na zona urbana são desprovidos de conexão à internet (CETIC.BR, 2022, online).

possível a realização da sessão de mediação, ou conciliação online, por conta de indisponibilidade técnica, todas as comarcas deverão disponibilizar um local físico para a realização da audiência telepresencial (CNJ, 2020, online).

Apesar das alterações e melhorias, as barreiras da modalidade online ainda permanecem presentes no cotidiano, de modo que restringem o alcance da autocomposição a alguns. Na senda de dar continuidade a presente pesquisa, far-se-á a abordagem acerca do alcance da autocomposição promovida pelo CEJUSC da comarca de Londrina durante entre 2019 e 2020, evidenciando os impactos dos percalços ora suscitados no acesso à justiça do CEJUSC comarca.

Virtualização do Cejusc de Londrina

Conforme já apontado anteriormente, o acesso à justiça por meio da autocomposição judicial apresenta alguns desafios a serem enfrentados. No caso específico dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), também se observam obstáculos em seu funcionamento.

Instituídos a partir da Resolução 125/2010, os CEJUSC's, são unidades judiciais voltadas para a realização de mediação e conciliação pré-processual e processual, abrangendo um setor de cidadania, voltado a prestação de serviços de cidadania (prestação de serviços de orientação jurídica, informação, campanhas preventivas etc.).

Por ser desenvolvido para ampliar o uso da autocomposição entre os brasileiros e ser considerado como mecanismo de exercício da cidadania, o CEJUSC é isento de custas e de limite de valor da causa, sempre prezando pela informalidade, celeridade e rápido atendimento ao cidadão, proporcionando um maior grau de eficiência no tratamento de conflitos e representando forma de acesso à justiça voltado a efetivação cidadã (PAZ; MELEU, 2017, p. 92).

No que atine ao desenvolvimento da unidade na cidade de Londrina/PR, objeto de análise do presente artigo, verifica-se que este centro deu início a suas

atividades em 2016 e, desde então, vem promovendo significativos avanços na pacificação de conflitos da comunidade (CENTRO..., 2020, online). A título de exemplo, durante o mutirão de casos de família, realizado em 2018, mais de 60% dos conflitos finalizaram em acordo (CEJUSC..., 2018, online). No ano de 2022, foi realizada a segunda edição ‘Rolê da Justiça’ na cidade, levando à população orientações jurídicas sobre direito de família, além de serviços de vacinação contra o vírus da Covid-19 e emissão de documentos de identidade (OGAWA, 2022, online).

Neste sentido, o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da cidade de Londrina consolidou-se enquanto mecanismo eficaz na solução de conflitos na região. Apesar do percentual expressivo de acordos, ainda restam alguns desafios na promoção do acesso à justiça por parte da unidade de Londrina.

Com a pandemia de Covid-19 e as necessidades de isolamento social, as práticas autocompositivas dos CEJUSC’s, antes realizadas presencialmente, passaram a ser via internet, permitindo que as partes envolvidas pudessem resolver seus conflitos de forma segura e sem a necessidade de deslocamento físico. No entanto, essa transição para o ambiente online trouxe desafios relacionados à inclusão digital e à garantia de acesso igualitário à justiça, nos centros de todo país, não sendo deferente a realidade do CEJUSC de Londrina. A restrição ao espaço online limitou a atuação do centro de Londrina às atividades viabilizadas pelo espaço virtual e aos usuários com expertise nas práticas.

Isto é o conhecimento acerca das possibilidades, direitos, e meios de negociação resta confinado ao uso do poder público no intento de solucionar seus conflitos, deixando de atender às demandas do cidadão comum. Os dados disponibilizados pelo Tribunal de Justiça do Paraná (2023) sobre o desempenho do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da cidade de Londrina apontaram que, durante o ano de 2019, quando as sessões de mediação e

conciliação eram presenciais, foram realizadas 554 audiências, sendo 534 destas envolvendo o uso do poder público no intento de solucionar seus conflitos, deixando de atender às demandas do cidadão comum.

Os dados disponibilizados pelo Tribunal de Justiça do Paraná (2023) sobre o desempenho do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da cidade de Londrina apontaram que, durante o ano de 2019, quando as sessões de mediação e conciliação eram presenciais, foram realizadas 554 audiências, sendo 534 destas envolvendo o município na negociação de débitos tributários, 5 sobre débitos de relações contratuais entre particulares, 2 envolvendo conflitos de família e 1 sobre negociação de débito junto a Companhia de Habitação do Paraná (TJPR, 2023, online).

No que atine a 2020, ano em que as audiências de conciliação passaram a adotar o sistema virtual, restou percebido significativa redução no número de autocomposições realizadas pelo Centro. A este respeito, o Tribunal de Justiça do Paraná (2023, online) informou que foram realizadas apenas 106 audiências autocompositivas, sendo 104 destas fruto de negociação de débitos habitacionais junto a Companhia de Habitação do Paraná, e o restante (2 conflitos) versando sobre cobrança de dívida entre relações contratuais particulares e dissolução de contrato (TJPR, 2023, online).

Diante dos dados apresentados, verifica-se que a repentina mudança para o funcionamento virtual das sessões de mediação e conciliação, reduziu significativamente a quantidade de solução de conflitos, em sendo assim, a adaptação e o incentivo do uso das práticas autocompositivas, ofertadas pelos CEJUSC, são medidas essenciais para enfrentar os desafios decorrentes da transição para o ambiente virtual.

Nesse contexto, é fundamental investir em estratégias que promovam a adaptação das partes envolvidas e incentivem o uso das práticas autocompositivas oferecidas pelo centro, como a disseminação da cultura de mediação e

conciliação no meio acadêmico⁷, a promoção de eventos para divulgação de boas práticas na utilização de técnicas e habilidades autocompositivas, o apoio e realização de práticas autocompositivas junto a empresas públicas e privadas (CNJ, s.d, online), a criação de campanhas de educação para a paz, nas quais o conhecimento e a conscientização⁸ da comunidade a respeito da pacificação social e ao direito de acesso à justiça sejam promovidos.

Isto porque, os dados disponibilizados pelo Tribunal de Justiça do Paraná (2023) apuraram que o maior usuário do sistema de solução de conflito em voga analisado – CEJUSC de Londrina – é o próprio Estado. De acordo com as informações, o próprio Estado, representado pela Prefeitura de Londrina e pela empresa estatal (Companhia de Habitação do Paraná), é responsável por quase todas as demandas do sistema de solução autocompositivo de conflitos judicial, indicando que o uso⁹ (enquanto polo ativo) do Centro (CEJUSC) pela população em geral ainda resta prejudicado e quase inexistente.

Destarte, o uso, quase que exclusivo por parte do Estado indica uma baixa adesão da população em geral às práticas autocompositivas oferecidas pelo CEJUSC da cidade de Londrina, evidenciando possível resistência cultural por parte da população no uso dos meios adequados de solução de conflitos (WATANBE, 2005, p. 686), e/ou, desconhecimento sobre a existência do CEJUSC e dos benefícios da mediação e conciliação na resolução de conflitos (SADEK, 2014, p. 58)

Sob este prisma, o acesso à justiça desempenhado pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da cidade de Londrina durante e antes

7 A título de exemplo, a unidade da cidade de Cáceres, no estado do Mato Grosso, recebeu acadêmicos de direito em sua sede, onde lhes foi apresentado o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) da e explicado sobre seu funcionamento (LALIO, 2019, online).

8 O projeto ‘Educação para a Paz: Conversando a gente se entende’, elaborado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é um exemplo de meio de conscientização da população a respeito do acesso à justiça, e cultura da pacificação social, por meio do CEJUSC (TJRS, n.d, online)

9 O uso por parte da população geral enquanto polo ativo, que vê no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da cidade de Londrina uma porta de entrada de acesso à justiça que pode ser utilizada por todos.

da pandemia, resta limitado aos jogadores habituais¹⁰, bem como coloca em evidência a necessidade de garantir um acesso mais igualitário ao sistema de resolução de conflitos, posto que como bem preceitua Marc Galanter (2018, p. 48), a vasta experiência do jogadores habituais lhes concede *expertise* saindo na frente no momento de negociar um acordo, colocando as partes em posição de desigualdade no momento da transação. Para além da necessidade de ampliação do acesso efetivo à justiça, a utilização do CEJUSC por maior parte da população local possibilita a emancipação na resolução de conflitos e confere a efetividade de direitos.

Considerações finais

A autocomposição enquanto política pública de acesso à justiça trouxe importantes avanços para o Judiciário brasileiro. Além de representar uma forma de solução para um Judiciário sobrecarregado e em crise, a autocomposição judicial se apresenta também como uma opção célere, econômica e eficiente de prestação jurisdicional. Neste sentido, a análise sobre a implementação das políticas públicas de acesso à justiça faz-se necessário enquanto instrumento de avaliação e aprimoramento do sistema jurídico brasileiro. Frente a isso, o presente artigo voltou seus olhares para os impactos no Acesso à Justiça, percebidos com a virtualização das práticas autocompositivas judiciais pré-processuais, realizadas pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) da cidade de Londrina, entre os anos de 2019 e 2020, onde foi possível confirmar a hipótese de que o acesso à justiça, promovido pelas práticas autocompositivas pré-processuais do CEJUSC da cidade, além de ser afetado negativamente pelas dificuldades oriundas do uso da internet na realização da conciliação e mediação, também restou comprometido pela desigualdade técnica e de conhecimento jurídico dos usuários do sistema.

¹⁰ Expressão desenvolvida por Marc Galanter para definir os usuários frequentes do sistema de justiça (GALANTER, 2018, p. 46)

Conforme exposto no deslinde do artigo, a mudança para o funcionamento online da promovida pelo CEJUSC de Londrina apresentou significativo decréscimo na quantidade de sessões de práticas autocompositivas, se comparada com o ano anterior a pandemia, cujo funcionamento era presencial, bem como evidenciou que o Estado é responsável por quase todos os conflitos levados ao CEJUSC da cidade, apontando para a desigualdade de acesso à justiça por parte da população em geral. Nesse sentido, concluiu-se que é necessário adotar medidas específicas para promover a equidade no acesso ao CEJUSC, tais como: a promoção de eventos para divulgação de boas práticas na utilização de técnicas e habilidades autocompositivas, o apoio e realização de práticas autocompositivas junto a empresas públicas e privadas, a criação de campanhas de educação para a paz, onde o conhecimento e a conscientização da comunidade a respeito da pacificação social e ao direito de acesso à justiça sejam promovidos, etc. Visto que as desigualdades estruturais (desconhecimento de direitos e mentalidade litigante), presentes na sociedade local, continuarão a impactar negativamente o acesso à justiça e a efetividade das práticas autocompositivas promovidas pelo CEJUSC da cidade.

Referências

ANDRADE, Paula. *Tecnologia é alternativa à suspensão de prazos processuais*. CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-e-alternativa-a-suspensao-de-prazos-processuais/>. Acesso em: 30 mai. 2023.

ARBIX, Daniel do Amaral. *Resolução online de controvérsias: tecnologias e jurisdições*. 2015. 265 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo (SP), 2015. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-01092016-154830/publico/Doutorado_Arbix_3mar15_INTEGRAL.pdf. Acesso em: 27 mai. 2023.

ARBITRAGEM bate recorde na pandemia e Brasil ocupa segunda posição em ranking mundial. *Jota*, Brasília, 17 out. de 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/seguranca-juridica-investimento/arbitragem-bate-recorde-na-pandemia-e-brasil-ocupa-segunda-posicao-em-ranking-mundial-17102022>. Acesso em: 30 mai. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 28 mai. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CEJUSC pré-processual de Londrina realiza mutirão de casos de família. *Jus-brasil*, 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/cejusc-pre-processual-de-londrina-realiza-mutirao-de-casos-de-familia/598474906>. Acesso em: 30 mai. 2023.

CENTRO de conciliação do TJ/PR celebra acordo de R\$ 8 mi em processos envolvendo universidade estadual. *Migalhas*, 26 set. de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/333830/centro-de-conciliacao-do-tj-pr-celebra-acordo-de-r--8-mi-em-processos-envolvendo-universidade-estadual>. Acesso em: 30 mai. 2023.

CENTRO DE ESTUDOS SOBRE TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO [CETIC]. *Domicílios com acesso à internet no Brasil – 2022*. Cetic.br, 2022. Disponível em: <https://cetic.br/pt/tics/domicilios/2022/domicilios/A4>. Acesso em: 30 mai. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA [CNJ]. *Impacto da Covid-19 no Poder Judiciário*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: bibliotecadigital.cnj.jus.br/xmlui/handle/123456789/54. Acesso em: 27 mai. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA [CNJ]. *Justiça em Números 2022*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2023

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA [CNJ]. *Movimento pela Conciliação*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/movimento-pela-conciliacao/>. Acesso em: 30 mai. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA [CNJ]. *Resolução Nº 125 de 29/11/2010*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 28 mai. 2023

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA [CNJ]. *Resolução N° 345 de 09/10/2020*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512>. Acesso em: 30 mai. 2023

COSTA, Marcio Dutra da; SPENGLER, Fabiana Marion. Autocomposição De Conflitos Em Tempos De Pandemia: A Crise Como Agente Catalisador De Uma Mudança De Paradigma. *Prima Facie*, [S. l.], v. 20, n. 43, 2021. DOI: 10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n43.54234. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/54234>. Acesso em: 30 mai. 2023.

COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. Os Novos Paradigmas da Mediação On-Line. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 28. n. 11. 367. p. 367-386, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6203/5385>. Acesso e: 30 mai. 2023.

GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação empresarial em números: onde estamos e para onde vamos? *AASP*, 05 ago. de 2019. Disponível em: <https://www.aasp.org.br/noticias/mediacao-empresarial-em-numeros-onde-estamos-e-para-onde-vamos/>. Acesso em: 30 de mai. 2023

GALANTER, Marc. *Por Que “Quem Tem” Sai na Frente*. Traduzido por Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

GALANTER, Marc. Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don’t Know (and Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 31, p. 4-71, out. 1983.

KNOERR, Fernando; SGANZERLA, Gustavo Henrique Fernandes; SILVA, Leonardo Luís da. Análise Econômica da Mediação e da Arbitragem na Era Digital. *Revista Direito UFMS*, Campo Grande, v. 5, n. 2, p. 59-80, jul/dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.21671/rdufms.v5i2.9991>. ISSN: 2447-2336.

LALIO, Ulisses. *Cejusc de Cáceres recebe acadêmicos de Direito*. Disponível em: <https://www.tjmt.jus.br/Noticias/55918>. Acesso em: 30 mai. 2023

MARONA, Marjorie Corrêa. *Acesso à qual justiça? A construção da cidadania brasileira para além da concepção liberal*. 2013. 249 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-9M4L5G/1/tesecompletamarjorie.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2023

OGAWA, Bruno. Rolê da Justiça' proporciona cidadania a moradores da zona oeste. *Folha de Londrina*, 27 out. de 2022. Disponível em: <https://www.folha-delondrina.com.br/geral/role-da-justica-proporciona-cidadania-a-moradores-da-zona-oeste-3224416e.html?d=1>. Acesso em: 30 mai. 2023.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena. Juízo conciliatório no Brasil e nos EUA: um estudo das ideias de Marc Galanter sobre a emergência do juiz como conciliador. in YARSHELL, Flávio Luiz; COSTA, Susana Henriques da; FRANCO, Marcelo Veiga (coord.). *Acesso à Justiça, direito e sociedade: Estudos em homenagem ao Professor Marc Galanter*, 2022.

PAZ; Emmanuele Todero Von Onçay; MELEU; Marcelino. CEJUSC a efetivação cidadã do acesso a justiça. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 79 – 95, Jul/Dez. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/2548/pdf>. Acesso em: 30 mai. 2023.

PEDROSO, João. *Acesso ao Direito e à justiça: um direito fundamental em (des)construção: o caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças*. 2011. 647 f. Tese (Doutorado em Sociologia do Estado, do Direito e da Administração). Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. *Revista de processo*, São Paulo, v. 41, n. 254, p. 17-44, abr./2016. Disponível em: https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Acesso_reassignificado_-_Dalla_e_Stancati_-_2018.pdf. Acesso em: 28 mai. 2023.

POMBO, Barbara. Crise econômica eleva número de mediações entre empresas. *Valor o Globo*, São Paulo, 27 out. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/10/27/crise-economica-eleva-numero-de-mediacoes-entre-empresas.ghtml>. Acesso em: 30 mai. 2023.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, [S. l.], n. 101, p. 55-66, 2014. DOI: 10.11606/issn.2316-9036.v0i101p55-66. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87814>. Acesso em: 27 mai. 2023.

SASSE, Cintia. Pesquisa Data Senado mostra que poucos conhecem realmente a Constituição. *Agência Senado*, Brasília, 25 de out. de 2022. Disponível: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/10/25/pesquisa-datase-nado-mostra-que-poucos-conhecem-realmente-a-constituicao-do-pais>. Acesso em: 30 mai.com

SALLES, Sergio de Souza; FERNANDES, Geovana Faza da Silveira. Os Meios Consensuais, entre a Crítica do Processo e a Convicção das Potencialidades da Justiça. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, v. 21, n. 39, p. 139-155, 28 jan. 2021.

SANDEFUR, Rebecca. Fulcrum Point of Equal Access to Justice: Legal and Nonlegal Institutions of Remedy. *Loyola of Los Angeles Law Review*, Los Angeles, v. 42, n. 4, p. 949-978. 2009. Disponível em: <https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol42/iss4/4>. Acesso em: 27 mai. 2023.

SPENGLER, Fabiana Marion. A Autocomposição como Política Pública de Incentivo ao Direito Fundamental de Acesso à Justiça. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, Belém, v. 5, n. 2, p. 01-16. Jul/Dez. 2019. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/5772>. Acesso em: 28 mai. 2023.

SPENGLER, Fabiana Marion; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. mediação digital de conflitos como política judiciária de acesso à justiça no brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v.1, p. 219 - 257, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. Na Comunidade e no Judiciário: Diferenças e Semelhanças entre a Mediação Comunitária e a Mediação Institucional no Brasil. *Revista Jurídica (FURB)*, [S.l.], v. 26, p. e10271, ago. 2022. ISSN 1982-4858. Disponível em: <https://bu.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/10271>. Acesso em: 30 maio 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ [TJPR]. *Processo Administrativo nº 0055009-65.2023.8.16.6000*. Documento nº 8991231, abr. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL [TJRS]. *Educação para a Paz: Conversando a gente se entende*. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/servicos-administrativos/apoio-jurisdicional/manuais-e-orientacoes-de-2o-grau/cejusc-guia-pratico-de-gestao/cejusc-atividades-de-cidadania-projeto-educacao-para-a-paz/>. Acesso em: 30 mai. 2023.

VITOVSKY, Vladimir Santos. O Acesso à Justiça em Boaventura de Sousa Santos. *Revista Interdisciplinar do Direito* - Faculdade de Direito de Valença, [S. l.], v. 13, n. 1, 2017. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/68>. Acesso em: 29 maio. 2023.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YAR-SHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 684-690. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3079662/mod_resource/content/1/1.1.%20Kazuo%20-%20Cultura%20da%20sentenca%20e%20da%20pacificao.pdf. Acesso em: 30 mai. 2023.

CAPÍTULO 3

MEDIAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS

João Pedro Schmidt

Juliana Nickel

Doi: 10.48209/978-65-5417-164-2

Considerações iniciais

O avanço civilizatório verificado desde o Estado Absolutista até os dias atuais, onde vige, na maior parte das democracias ocidentais, o modelo de Estado Democrático de Direito, alterou substancialmente a postura da Administração Pública, eis que atualmente as relações com o administrado são menos verticais e mais dialógicas, com consequente abertura de maiores espaços de consenso com os particulares.

O aperfeiçoamento do modelo de Estado verificado nas últimas décadas é ainda mais nítido em razão das conquistas democráticas do constitucionalismo implementado na Europa continental do período segundo pós-guerra. No Brasil, tal marco consiste, naturalmente, na Constituição Federal de 1988, que ampliou o rol de direitos fundamentais do cidadão perante o Estado.

A sociedade hodierna, nitidamente complexa, exige um sistema normativo mais permeável a princípios (STRECK, 2017) aptos a salvaguardar direitos fundamentais, bem como um modelo de Estado mais democrático e dialógico com seus administrados, impondo-se a adequação da Administração Pública nesse sentido.

Diante de tal cenário, o Direito Administrativo contemporâneo apresenta-se plenamente compatível com a possibilidade de resolução de litígios relativos a direitos titularizados por entes públicos pela via autocompositiva (MOREIRA NETO, 2006, p. 335; CUNHA, 2022, p. 9).

Dentre eles se inclui, naturalmente, o crédito tributário, que mesmo diante de suas especificidades, consiste em direito disponível, como será examinado a seguir.

Paralelamente a essas modificações do Estado e de suas relações com os administrados, desenvolveu-se, também, profunda mudança no conceito de jurisdição.

Isso porque atualmente a doutrina sustenta que o acesso à justiça, garantia fundamental que precede a efetivação de todos os demais direitos consagrados constitucionalmente (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 12; GRECO, 2005, p. 225) não pode mais corresponder exclusivamente ao direito de acesso ao Poder Judiciário.

Ao contrário, a garantia de acesso à justiça deve abarcar também meios autocompositivos, bem como heterocompositivos privados, com o fim de alcançar a efetiva entrega de soluções justas e adequadas aos conflitos, dentro de prazo razoável.¹

¹ Constituição da República, Art. 5º, inciso “LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Sabe-se que hoje as portas do Judiciário brasileiro estão abertas,² mas há sérios entraves e delongas até a efetiva entrega do direito material em disputa àquele que venha a ser reconhecido como seu titular.³

Além da necessidade pragmática de desobstrução dos tribunais do país, passou-se a reconhecer que a função jurisdicional prestada pelo Estado-juiz muitas vezes não se revela como a mais adequada à resolução de determinadas controvérsias (WATANABE, 2012, p. 89).

Tais constatações conduzem à conclusão de que o acesso à justiça deve ser compreendido atualmente a partir da noção contemporânea de jurisdição, a qual traz consigo a exigência de multiplicidade de instrumentos mais apropriados, céleres e, em geral, menos custosos que a jurisdição estatal para a resolução de inúmeras espécies de litígios (GRINOVER, 2016, p 34).

Trata-se de fenômeno mundial (DIDIER JR., ZANETI JR, 2020, p. 376) que reverberou entre nós, em um primeiro momento com a edição, pelo Conselho Nacional de Justiça, da Resolução n.º 125/2010, que instituiu no Direito brasileiro o sistema de justiça multiportas (PINHO; MAZZOLA, 2019, p. 141), e cuja evolução, especificamente em relação à autocomposição envolvendo a Administração Pública, ainda se encontra em curso (RODRIGUES, 2021).

2 A primeira onda renovatória do processo, desenvolvida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth na obra acima referida, e que corresponde, em síntese, ao acesso à justiça aos hipossuficientes, foi efetivado, no Brasil, a partir das disposições democráticas da Constituição da República de 1988, que, em seu art. 5º, inciso LXXIV, prevê que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, bem como em razão da criação dos juizados especiais e da estruturação da Defensoria Pública.

3 Com acerto, o CPC/2015, ao disciplinar a norma fundamental da duração razoável do processo, contempla, de modo expresso, a atividade satisfativa, que corresponde à etapa de execução, na qual se atribui efetivamente o direito substancial em disputa àquele reconhecido como seu titular pelo Poder Judiciário: “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

Evolução histórica

O advento do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei Geral de Mediação marcaram um novo paradigma para o consenso envolvendo as pessoas jurídicas de direito público.

Os artigos 3º e 32 da Lei n.º 13.140/2015, este último espelhado no art. 174 do CPC, abriram espaço para um novo olhar sobre os acordos e seus limites, mesmo quando em jogo direitos indisponíveis (PINHO, 2019, p. 170).

A bem da verdade, a matéria já vinha sendo tratada em nosso ordenamento jurídico, ainda que de forma esparsa e pouco sistematizada, há quase vinte anos.

Considere-se, por exemplo, a versão original da Lei da Concorrência (Lei n.º 8.884, de 1994), cujo art. 53 admitiu a celebração de compromisso de cessação de conduta para suspender processo administrativo sancionador. Tal norma foi mantida na Lei n.º 12.519/2011, cujos arts. 9º, V, e 85 continuam a dispor sobre o compromisso de cessação de conduta lesiva à concorrência.

Na sequência, em 1997, a Lei n.º 6.385, de 1976, que disciplinou o mercado de capitais e criou a Comissão de Valores Mobiliários para regulá-lo, veio a ser alterada pela Lei n.º 9.457, que incluiu os §§ 5º a 12 em seu art. 11, que trata do processo administrativo sancionador. Os novos §§ 5º a 9º tratam da possibilidade de suspensão do processo punitivo mediante celebração de termo de compromisso de ajustar a conduta às prescrições legais.

Ademais, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional tem semelhante previsão no exercício das atividades de fiscalização das instituições de ensino superior (Lei n.º 9.394/96, art. 46, § 1º; Decreto n.º 5.773/2006, arts. 47 a 50). Importante, ainda, lembrar dos Juizados Especiais Federais (Lei n.º 10.259/2001), bem como da lei que criou os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei n.º 12.153/2009). Em ambas há previsão expressa do cabimento de acordo.

Essa tendência, aliás, já vinha sendo seguida, também, nas normas que regem as agências reguladoras.⁴

Interessante notar, por fim, que o uso da mediação pelo Poder Público já era uma realidade desde a criação da Câmara de Mediação e Conciliação da Administração Federal (CCAF)⁵, prevista originariamente no art. 18 do Decreto n. 7.392/2010, e atualmente disciplinada pelo Decreto n.º 10.608/2021. Essa Câmara, que integra a estrutura da Advocacia-Geral da União, tem atuação em diversos casos de alta relevância, propõe-se a mediar casos complexos e que envolvam entes da Administração Pública⁶, em iniciativa absolutamente pioneira e exitosa⁷.

Aliás, cabe ressaltar que, mesmo após o advento da Lei de Mediação, houve, ainda, a edição da Lei n.º 13.988/2020, que será comentada adiante, bem como da Lei n.º 14.057/2020, que disciplina o acordo com credores para pagamento com desconto de precatórios federais e o acordo terminativo de litígio contra a Fazenda Pública.⁸

A Lei de Mediação, seguindo esse mesmo caminho, em seus arts. 32 a 40, traz normas gerais e específicas para a utilização das técnicas de conciliação e

4 Eis as Leis específicas dos setores altamente regulados: a) ANEEL – art. 3º, V, da Lei n. 9.427, de 1996, e Resolução ANEEL n. 333, de 2008; b) ANATEL – art. 19, XVII, da Lei n. 9.472, de 1996; c) ANP – art. 20 da Lei n. 9.478, de 1997, e Portaria ANP n. 69/2011, art. 54; d) ANTT – Resolução n. 442/2004; e) ANTAQ – Resolução n. 987/2008; f) ANS – Lei n. 9.656, de 1998, art. 29, § 1º, e Lei n. 9.961, de 2000, art. 4º, XXXIX; g) PREVIC – Lei n. 12.154, de 2009, art. 2º, VIII; Instruções PREVIC n. 3 e 7/2010.

5 Enunciado CJF n. 18: “Os conflitos entre a administração pública federal direta e indireta e/ou entes da federação poderão ser solucionados pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal – CCAF – órgão integrante da Advocacia-Geral da União, via provocação do interessado ou comunicação do Poder Judiciário”.

6 Enunciado CJF n. 25: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm o dever de criar Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos com atribuição específica para autocomposição do litígio”.

7 Enunciado CJF n. 19: “O acordo realizado perante a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal – CCAF – órgão integrante da Advocacia-Geral da União – constitui título executivo extrajudicial e, caso homologado judicialmente, título executivo judicial”.

8 Art. 3º Os acordos terminativos de litígio de que tratam o art. 1º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o § 12 do art. 19 da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, poderão ser propostos pela entidade pública ou pelos titulares do direito creditório e poderão abranger condições diferenciadas de deságio e de parcelamento para o pagamento do crédito deles resultante.

mediação nos conflitos que envolvam a Administração Pública e seus órgãos, bem como na utilização da ferramenta do termo de ajustamento de conduta. É o que se passará a analisar a seguir.

Autocomposição envolvendo entes públicos na Lei n.º 13.140/2015

A Lei n.º 13.140/2015 possui Capítulo específico destinado à regulamentação da autocomposição envolvendo a Administração Pública.

O art. 32 da Lei de Mediação, como já referido, reproduz os termos do art. 174 do CPC, no que concerne ao cabimento da mediação envolvendo órgãos públicos, ressalvada a restrição expressamente imposta pelo art. 38, I, quanto à incidência das normas dos incisos II e III do art. 32 (tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou créditos inscritos em dívida ativa da União).

Na sequência, várias normas específicas são apresentadas.

Inicialmente, o § 1º do art. 32 se refere às câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública. Cada órgão deverá regulamentar sua própria Câmara, tendo sempre em conta que a submissão do conflito é voluntária (§ 2º) e que o acordo obtido constitui título executivo extrajudicial, não havendo necessidade de levá-lo à homologação judicial, como ocorre na hipótese do art. 3º, § 2º, da Lei de Mediação.

Há de se chamar atenção para a relevância dessa regra. Ao que parece, a intenção do legislador foi a de conferir mais essa prerrogativa aos órgãos públicos, qual seja, não ter que buscar, obrigatoriamente, a homologação judicial dos seus acordos, mesmo quando versarem sobre direitos indisponíveis transacionáveis.

Considerado tal raciocínio, chega-se à conclusão de que, se o acordo, em matéria pública ou coletiva, é celebrado por um órgão privado, v.g., por uma associação de classe, haverá a necessidade de homologação judicial para a sua eficácia, pois deverá incidir a regra geral do art. 3º, § 2º, da Lei de Mediação. Ao contrário, se o acordo é celebrado por um órgão público, a homologação passa ser facultativa, nos exatos termos do art. 32, § 3º.

Ademais, as câmaras guardam competência para a resolução de conflitos que envolvam o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados pela Administração (§ 5º). Essa função tem grande importância, sobretudo para contratos de longa duração, como em contratos de infraestrutura, uma vez que os indicadores econômicos tendem a variar, pressionados por fatores internos e externos, como a alta do dólar ou a saída de recursos financeiros.

Por outro lado, o § 4º estabelece uma restrição no caso de atos ou concessões de direitos sujeitos à autorização do Poder Legislativo. Nesse caso, não poderá ser instaurado procedimento de mediação sobre tais direitos. Aqui temos, na verdade, uma restrição legal expressa. Utilizando, por empréstimo, a noção do art. 3º, § 2º, podemos dizer que esse § 4º apresenta uma hipótese de direito indisponível não transacionável.

Já o art. 33 estabelece que, enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto no art. 14 e seguintes, ou seja, as regras comuns à mediação judicial e extrajudicial.

O parágrafo único do art. 33 permite à AGU e às Procuradorias dos Estados, Distrito Federal e Município a instauração de procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos. Trata-se, na verdade, de norma que estende a permissão já prevista no art. 32, § 4º.

Outra regra importante é aquela disposta no art. 34, que, na verdade, reproduz o que consta do art. 17 da Lei de Mediação. Assim, a instauração do

procedimento suspende a prescrição. Importante notar que o ajuizamento da demanda judicial ou a instauração do procedimento arbitral tem como consequência a interrupção do prazo prescricional (art. 240, § 1º, do CPC e art. 19 da Lei n.º 9.307/96). Como se vê, portanto, quis o legislador dar efeito diverso à mediação. Nesse caso haverá, em qualquer hipótese (mediação privada ou pública), a suspensão e não a interrupção do prazo prescricional.

A fim de especificar o momento exato, o § 1º do art. 34 dispõe que se considera instaurado o procedimento quando órgão ou entidade pública emitir juízo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito. Contudo, se a matéria tiver natureza tributária, o § 2º do art. 34 determina a observância do que dispuser o Código Tributário Nacional – Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Nesse sentido, o art. 156, V, do CTN determina que uma das causas de extinção do crédito tributário é a prescrição. Contudo, o art. 169, parágrafo único, dispõe que o prazo de prescrição é interrompido pelo início da ação judicial, recomeçando o seu curso, por metade, a partir da data da intimação válida do advogado público. Por sua vez, o art. 174, parágrafo único, do CTN apresenta as hipóteses de interrupção da prescrição, a saber:

- I – o despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;
- II – o protesto judicial;
- III – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
- IV – por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Como se observa, o legislador expandiu bastante os limites do consenso em causas envolvendo a Administração Pública, apesar de ter criado regras específicas para questões tributárias, até mesmo em razão das regras formais impostas pelo Código Tributário Nacional.

Passa-se, agora, à análise do art. 35, que trata da chamada “transação por adesão”.

Inicialmente, é preciso reconhecer que os entes públicos estão entre os maiores litigantes do Brasil. Assim, a transação por adesão, como instrumento para a realização de acordos em massa, pode contribuir de modo determinante para a racionalização da prestação jurisdicional no Brasil.

O instituto, previsto na Seção II do Capítulo II da Lei n.º 13.140/2015, precisamente no art. 35, consiste, em síntese, na possibilidade de que as controvérsias entre particulares e entes da Administração Pública venham a ser objeto de transação por adesão, mediante prévia autorização do Advogado-Geral da União, que se baseará na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores.

Fixados os parâmetros pelo Advogado-Geral da União, os administrados que possuam controvérsias jurídicas já judicializadas com a Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional poderão vir a celebrar um acordo global, que terá como consequência a extinção daquelas ações judiciais.

Na verdade, parece haver uma nítida correlação entre a transação por adesão prevista na Lei de Mediação e os mecanismos processuais que integram o microssistema de casos repetitivos delineado pelo Código de Processo Civil.

Com efeito, a multiplicidade de demandas idênticas – ou no mínimo assemelhadas quanto à determinada questão de direito – consiste em pressuposto lógico para a celebração de transação por adesão, que não deixa de ser espécie do gênero meio consensual de solução de conflitos. O uso do instituto é potencializado por dois elementos, a saber:

- a) a controvérsia é unicamente de direito; e
- b) o réu é sempre o mesmo, ou seja, a União Federal.

Tem-se, assim, duas hipóteses para o uso da ferramenta prevista no art. 35:

I – autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou

II – parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

Pelo exame dos dispositivos, pode-se aferir que na primeira hipótese há uma avaliação jurídica do caso. Trata-se de constatação técnica da inviabilidade ou da inviável procrastinação do feito diante de uma jurisprudência que já se pacificou.

Importante ressaltar que o legislador não fez, como poderia, referência ao art. 927 do CPC. Portanto, não se exige a identificação de uma decisão com efeitos vinculantes. Basta a avaliação do Advogado-Geral da União de que se trata de uma jurisprudência pacífica, ou seja, que já existe um conjunto de decisões no âmbito do STF ou dos Tribunais Superiores, que permita, com razoável grau de segurança, afirmar que muito dificilmente haverá uma mudança de entendimento.

Para tanto, o AGU deverá observar o número de decisões e os órgãos prolatadores. Por exemplo: se todas as decisões são da 1ª Turma do STF, mas ainda não há decisão nem na 2ª Turma, nem no Pleno, não é possível afirmar que já exista uma jurisprudência pacífica. Da mesma forma, se houver apenas poucos julgamentos, ainda que de turmas diversas, com maioria apertada, esse entendimento pode vir a ser alterado se e quando for levado ao Pleno, no caso do STF, ou à Corte Especial, no caso do STJ.

Na segunda hipótese (art. 35, II), tem-se uma situação eminentemente política. Observe-se que o legislador não exige, aqui, nenhum outro requisito. É ato discricionário puro.

Não obstante isso, o dispositivo deve ser, obviamente, interpretado em consonância com os princípios constitucionais previstos no art. 37 da Carta de 1988, em especial a impessoalidade e a moralidade administrativas. Assim sendo, o instrumento do inciso II não pode ser direcionado para beneficiar pessoas determinadas ou aplicado em casos específicos com o especial fim de evitar

consequência jurídica que seria aplicável às demais pessoas naquela mesma situação.

O art. 36 elege a Advocacia-Geral da União (AGU) como responsável pela solução de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a Administração Pública federal (§ 1º).

O art. 37 faculta aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da Administração Pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito, ressalvada a exceção do art. 38, II, que será vista a seguir.

O art. 38, de maior relevância para o recorte teórico do presente estudo, dispõe que, nos casos em que a controvérsia jurídica seja relativa a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União, algumas regras excepcionais devem ser aplicadas, a saber:

I – não se aplicam as disposições dos incisos II e III do *caput* do art. 32, como já referido anteriormente, ou seja, nesses casos não poderá haver nem mediação, nem obtenção de acordo por meio de TAC;

II – as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços em regime de concorrência não poderão submeter seus litígios com órgãos ou entidades da Administração Pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito;

III – quando forem partes órgãos ou entidades de direito público que integram a Administração Pública federal:

a) a submissão do conflito à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União implica renúncia do direito de recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.⁹

b) a redução ou o cancelamento do crédito dependerá de manifestação conjunta do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado da Fazenda.¹⁰

Ademais, o parágrafo único do art. 38 ainda prevê que o disposto no inciso II e na alínea *a* do inciso III não afasta a competência do Advogado-Geral da União prevista nos incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Tais incisos estabelecem, respectivamente, a atribuição do AGU para fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal, bem como unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal.

Por outro lado, o art. 39 prevê que a propositura de ação judicial em que figure concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a Administração Pública federal deverá ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União. Trata-se de norma que visa a evitar demandas desnecessárias ou que possam ser resolvidas, previamente, por meio de acordo.

Importante ressaltar que, em 25 de janeiro de 2021, foi editado o Decreto n.º 10.608, com o objetivo de organizar e estabelecer atribuições dos cargos e funções da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal.

9 Não custa lembrar que o CARF foi criado pela Medida Provisória n. 449, de 2008, convertida na Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009, e instalado mediante a Portaria MF n.º 41, de 2009.

10 Aqui o legislador acrescenta um requisito, tornando o ato complexo. Como se trata de questão relevante, do ponto de vista político e tributário, haverá a necessidade da manifestação do AGU e do Ministro da Fazenda.

Do exame de seu inteiro teor, é possível perceber a preocupação do legislador com os espaços de consenso no âmbito da Administração Pública, bem como a definição das principais atribuições dos respectivos agentes.

Nesse sentido, observa-se, na forma do art. 11, inciso VII, que compete à Consultoria-Geral da União atuar nas arbitragens, nos ajustes e em acordos que envolvam interesses extrajudiciais da União.

Já o art. 18, que trata da Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Federal, prevê as seguintes competências:

I – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União;

II – requisitar aos órgãos e às entidades da administração pública federal envolvidos ou não no conflito submetido à Câmara diligências, cooperação técnica e manifestação sobre a oportunidade e conveniência de sua atuação administrativa na solução do conflito;

III – dirimir, por meio de mediação, as controvérsias:

a) entre órgãos públicos federais, entre entidades públicas federais ou entre órgão e entidade pública federal;

b) que envolvam órgão ou entidade pública federal e Estados, o Distrito Federal ou Municípios ou suas autarquias ou fundações públicas;

c) que envolvam órgão ou entidade pública federal e empresa pública ou sociedade de economia mista federal; ou

d) que envolvam particular e órgão ou entidade pública federal, nos casos previstos no regulamento de que trata o § 2º do art. 32 da Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015;

IV – buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores ou por outros membros do Poder Judiciário, ou por proposta dos titulares dos órgãos de direção superior, de execução e vinculados da Advocacia-Geral da União;

V – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta nos casos submetidos a procedimento de mediação.

A excepcional não incidência das regras gerais previstas na Lei n.º 13.140/2015 às controvérsias relativas a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União, nos termos de seu art. 38, que expressamente exclui a possibilidade de realização de mediação e termo de ajustamento de conduta nessas hipóteses, deixou espaço para regulamentação específica sobre o tema, trazida pela Lei n.º 13.988/2020.

A nova transação envolvendo a Administração Pública – Lei n.º 13.988/2020.

Cabe consignar, de início, que, ao contrário do que se passa nas relações de direito privado, nas quais vige a plena disponibilidade de direitos e, por via de consequência, a plena liberdade de autocomposição, tal não se verifica no direito público, pela singela razão de que os administradores públicos não ostentam a condição de titulares dos direitos materiais em jogo, mas sim a de representantes do povo (TALAMINI, 2018, p. 2.), não possuindo, à toda evidência, os mesmos poderes de disposição dos particulares em relação aos bens que integram seu patrimônio.

Ocorre que, como visto acima, já existe sólido arcabouço legal para a eleição de meios autocompositivos em detrimento da jurisdição estatal para dirimir conflitos relativos a direitos titularizados por entes públicos.

No que concerne especificamente ao crédito tributário, deve-se deixar claro que, a despeito de sua essencialidade à manutenção do Estado, bem como de suas inúmeras especificidades, sua natureza é de direito disponível titularizado pela Administração Pública (RODRIGUES; PINHO, 2020.).

Tal assertiva pode ser corroborada mediante simples consulta à Medida

Provisória n.º 899/2019, que estabeleceu uma espécie de REFIS permanente, ao regulamentar o artigo 171 do Código Tributário Nacional e prever a possibilidade de transação do crédito tributário.

A MP n.º 899/2019 chegou ao ordenamento brasileiro com a pretensão de *lei geral sobre transação tributária* (SCAFF, 2019.) Dando cumprimento ao art. 10 dessa MP, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) editou a Portaria 11.956, de 27 de novembro de 2019, que regulamenta a transação na cobrança da dívida ativa da União, para disciplinar a resolução de conflitos entre a administração tributária federal e os contribuintes com débitos junto à União que não cometeram fraudes e que se enquadrem nas modalidades ali previstas.

Em 14 de abril de 2020, foi editada a Lei n.º 13.988, fruto da conversão da Medida Provisória n. 899/2019, que dispõe sobre o cabimento de transação no âmbito da Administração Pública, dentre outras providências.¹¹

O art. 1º dessa Lei estabelece os requisitos e as condições para que a União e suas autarquias e fundações realizem transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos de natureza tributária ou não.

A doutrina vem se referindo a essa nova modalidade como transação fiscal (PEPE, 2020.), salientando que se trata de mais uma ferramenta na linha da desjudicialização da cobrança de créditos públicos.

É certo que se trata de um ato discricionário da Administração e, como tal, orientado pelos princípios da oportunidade e conveniência (§ 1º). Contudo, o ato deve ser, sempre, motivado, atendendo, ainda, aos princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da transparência, da moralidade, da razoável duração dos processos e da eficiência e publicidade, salvo para as informações protegidas pelo sigilo (§ 2º).

¹¹ Este artigo não abordará a possibilidade de transação em contencioso administrativo fiscal, prevista na Lei 14.375/2022, que acrescentou e alterou dispositivos da Lei n.º 13.988/2020.

A Lei abrange as seguintes parcelas (§ 3º):

a) créditos tributários não judicializados sob a administração da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia;

b) dívida ativa e tributos da União, cujas inscrição, cobrança e representação incumbam à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nos termos do art. 12 da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993; e

c) dívida ativa das autarquias e das fundações públicas federais, cujas inscrição, cobrança e representação incumbam à Procuradoria-Geral Federal, e aos créditos cuja cobrança seja competência da Procuradoria-Geral da União, nos termos de ato do Advogado-Geral da União e sem prejuízo do disposto na Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997.

Por sua vez, o art. 5º da Lei em exame impõe restrições ao uso da transação. Nesse sentido, essa ferramenta não poderá ser utilizada para:

I – reduzir multas de natureza penal;

II – conceder descontos a créditos relativos ao:

a) Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), enquanto não editada lei complementar autorizativa;

b) Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), enquanto não autorizado pelo seu Conselho Curador;

III – beneficiar devedor contumaz, conforme definido em lei específica.

Com relação ao teto do valor a ser transacionado, o art. 8º menciona a necessidade de edição de ato de atribuição do Ministro da Economia ou do Advogado-Geral da União.

O Capítulo II (arts. 10 a 15) da Lei trata da transação na cobrança de créditos da União e de suas autarquias e fundações públicas

O Capítulo III aborda a transação por adesão no contencioso tributário de relevante e disseminada controvérsia jurídica. A primeira questão que chama a atenção é o fato de a nova Lei não fazer menção ao art. 35 da Lei de Mediação, que, justamente, trata da transação por adesão, mas que até hoje não foi posto em prática sob a alegação de depender de norma regulamentadora.

A nova ferramenta prevista na Lei n.º 13.988/2020, embora carregue o mesmo nome, parece apresentar diferenças bem marcantes quanto à iniciativa e ao procedimento para sua operacionalização.

Desse modo, o art. 16 confere iniciativa ao Ministro da Economia para propor aos sujeitos passivos transação resolutiva de litígios aduaneiros ou tributários decorrentes de relevante e disseminada controvérsia jurídica.

Para tanto, poderá tomar por base manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria Especial da Receita Federal.

O § 2º do art. 16 da Lei n. 13.988/2020 prevê que essa nova proposta de transação versará, preferencialmente, sobre controvérsia restrita a segmento econômico ou produtivo, a grupo ou universo de contribuintes ou a responsáveis delimitados, vedada, em qualquer hipótese, a alteração de regime jurídico tributário.

O § 3º considera como controvérsia jurídica relevante e disseminada aquela que trata de questões tributárias que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Já o art. 17 prevê que a proposta de transação será publicada na forma de um edital, ao passo que o § 1º do art. 35 da Lei de Mediação prevê a edição de uma Resolução Administrativa.

O art. 18 restringe a possibilidade de celebração dessa nova transação à existência, na data de publicação do edital, de inscrição em dívida ativa, de ação judicial, de embargos à execução fiscal ou de reclamação ou recurso ad-

ministrativo pendente de julgamento definitivo, relativamente à tese objeto da transação.

No entanto, o parágrafo único desse dispositivo prevê a rescisão do acordo quando contrariar decisão judicial definitiva prolatada antes da celebração da transação.

Por sua vez, o art. 19 descreve o procedimento para que o sujeito passivo da obrigação tributária solicite sua adesão à transação, na forma do ato do Ministro da Economia. Para tanto, o interessado deverá:

a) requerer a homologação judicial do acordo, para que se constitua em título executivo judicial, na forma do art. 515 do CPC;

b) sujeitar-se, em relação aos fatos geradores futuros ou não consumados, ao entendimento dado pela administração tributária à questão em litígio, ressalvada a cessação de eficácia prospectiva da transação decorrente do advento de precedente persuasivo nos termos dos incisos I, II, III e IV do art. 927 do CPC ou nas hipóteses previstas no art. 19 da Lei n. 10.522/2002.

Duas questões chamam a atenção nesse ponto:

a) a primeira é a expressão “precedente persuasivo” que parece contraditória diante de tudo o que a doutrina e a jurisprudência pátrias vêm definindo acerca do alcance do art. 927 do CPC e da natureza vinculante dos pronunciamentos judiciais ali elencados. Aqui andou mal o legislador. Deveria ter utilizado a expressão “decisão com efeitos vinculantes”;

b) a segunda é a própria referência expressa a esse art. 927. Não custa lembrar que a transação por adesão prevista no inciso I do art. 35 da Lei de Mediação pressupõe “jurisprudência pacífica”, um conceito indeterminado e que traz insegurança jurídica ao instituto em razão da imprecisão quanto à identificação das decisões que estariam abrangidas nessa hipótese. Aqui a iniciativa legislativa deve ser elogiada.

O art. 20, a seu turno, traz as seguintes vedações:

I – celebração de nova transação relativa ao mesmo crédito tributário;

II – oferta de transação por adesão nas hipóteses:

a) previstas no art. 19 da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002, quando o ato ou a jurisprudência for em sentido integralmente desfavorável à Fazenda Nacional; e

b) de precedentes persuasivos, nos moldes dos incisos I, II, III e IV do *caput* do art. 927 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), quando integralmente favorável à Fazenda Nacional;

III – proposta de transação com efeito prospectivo que resulte, direta ou indiretamente, em regime especial, diferenciado ou individual de tributação.

Finalmente, o art. 22, § 3º, dispõe que a transação por adesão será realizada exclusivamente por meio eletrônico.

Em relação ao Capítulo IV, este trata da transação por adesão no contencioso tributário de pequeno valor, assim considerado aquele que não supere 60 salários mínimos

Assim, na forma do art. 24, a transação relativa a crédito tributário de pequeno valor será realizada na pendência de impugnação, de recurso ou de reclamação administrativa ou no processo de cobrança da dívida ativa da União.

De acordo com o art. 25, a transação de que trata este Capítulo poderá contemplar os seguintes benefícios:

I – concessão de descontos, observado o limite máximo de 50% (cinquenta por cento) do valor total do crédito;

II – oferecimento de prazos e formas de pagamento especiais, incluídos o diferimento e a moratória, obedecido o prazo máximo de quitação de 60 (sessenta) meses; e

III – oferecimento, substituição ou alienação de garantias e de constrições.

O § 1º assegura a cumulação desses três benefícios, mas o art. 26 prevê a possibilidade de condicionar a proposta de transação ao compromisso do interessado de requerer a homologação judicial do acordo.

O Projeto de Lei nº 2.485/2022 e a mediação tributária

O referido projeto é fruto do trabalho de Comissão de Juristas instituída pelo Ato Conjunto do Presidente do Senado e do Supremo Tribunal Federal nº 1/2022, para apresentar anteprojetos de proposições legislativas tendentes a dinamizar, unificar e modernizar o processo administrativo e tributário nacional, sob a presidência da Ministra Regina Helena Costa, tendo como relator o juiz Marcus Livio Gomes.

Contudo, antes mesmo do esforço legislativo ser consolidado, o Conselho Nacional de Justiça já havia editado a Recomendação nº 120/2021, aprovada à unanimidade na 95ª sessão virtual do CNJ, com as seguintes diretrizes aos tribunais pátrios, entre outras:

a) Priorização, pelos magistrados, sempre que possível, da solução consensual da controvérsia, estimulando a negociação, a conciliação, a mediação ou a transação tributária, extensível à seara extrajudicial, observados os princípios da Administração Pública e as condições, os critérios e os limites estabelecidos nas leis e demais atos normativos das unidades da Federação (artigo 1º, *caput*);

b) A criação, pelos tribunais, de varas especializadas com competência exclusiva para processar e julgar demandas tributárias antiexacionais, com vistas a garantir tramitação mais célere e uniforme dos processos e assegurar tratamento isonômico a todos os jurisdicionados (artigo 3º);

c) celebração de protocolos institucionais com os entes públicos, objetivando:

(i) a disponibilização das condições, dos critérios e dos limites para a realização de autocomposição tributária, inclusive na fase de cumprimento de sentença;

(ii) a ampla divulgação de editais de propostas de transação tributária e de outras espécies de autocomposição tributária;

(iii) a apresentação de hipóteses nas quais a realização de audiência prevista no artigo 334 do CPC em demandas tributárias seja indicada;

(iv) a otimização de fluxos e rotinas administrativas entre os entes públicos e o Poder Judiciário no tratamento adequado de demandas tributárias; e

(v) o intercâmbio, por meio eletrônico, de dados e informações relacionados às demandas tributárias pendentes de julgamento que envolvem o ente público (artigo 4º).

À época, os Conselheiros ressaltaram a necessidade de se levar em conta a situação peculiar em que o país se encontrava, diante dos efeitos causados pela pandemia do Covid-19, com a necessidade de recuperação das empresas e fomento às atividades econômicas.

Atendendo a essa orientação, foi apresentado o referido Projeto de Lei n.º 2.485, cujas principais características são apontadas abaixo.

O art. 1º caracteriza a mediação como meio de prevenção consensual de conflitos em matéria tributária administrativa e judicial entre a Fazenda Pública Federal e o sujeito passivo, sendo aplicáveis, subsidiariamente, as disposições do CPC e da Lei nº 13.140/2015. O § 3º prioriza a modalidade coletiva, por intermédio de entidades de classe, associações ou grupos detentores de situações idênticas ou análogas.

O projeto tem preocupação didática e sistematizadora, de forma que são oferecidos diversos conceitos no art. 4º, a saber:

I – mediação tributária: o método e procedimento requerido, instaurado e mantido voluntariamente pelo agente competente da administração tributária

federal e pelo sujeito passivo, no qual a assistência facilitadora ou diretiva de um terceiro imparcial busca a prevenção de conflito tributário, cujo resultado poderá ser a celebração de acordo, formalizado por meio de termo de entendimento das partes;

II – requerimento de mediação: o ato de solicitação de mediação formalizado pelo sujeito passivo;

III – termo de aceitação da mediação tributária: o acordo vestibular para a instauração do procedimento de mediação tributária, a ser assinado em conjunto pelas partes, podendo ser renunciado a qualquer tempo; e

IV – termo de entendimento: o instrumento de formalização de acordo tributário, que consiste em documento escrito, elaborado pelo mediador e submetido à avaliação e assinatura das partes, com base nas tratativas e nos consensos construídos nas sessões de mediação e no que foi acordado entre as partes.

Já o art. 7º prevê que as hipóteses de cabimento da mediação tributária serão definidas em ato conjunto do Advogado-Geral da União e do Ministro da Economia, a partir de juízos de conveniência e oportunidade da Fazenda Pública Federal.

De acordo com o art. 8º, a mediação tributária poderá ser realizada:

I – no curso do procedimento fiscal;

II – no contencioso administrativo tributário;

III – na inscrição em dívida ativa; e

IV – no contencioso judicial tributário.

O art. 9º informa que a mediação será instaurada após a aceitação do requerimento pela outra parte e formalizada por meio de termo de aceitação da mediação tributária. Veja-se que aqui o legislador elege marco temporal diverso do que consta na Lei nº 13.140/15 (data agendada para a primeira reunião). De acordo com o art. 11, instaurado o procedimento de mediação, com a assinatura do termo de aceitação, ficarão suspensos, por 30 dias úteis, os prazos

dos processos administrativos e judiciais. Esse prazo poderá ser prorrogado por até 60 dias úteis.

Finalizado o procedimento com sucesso, deverá ser celebrado o termo de entendimento, que deve prever, expressamente, o objetivo e a motivação da autocomposição, bem como definir as obrigações, as condições e os efeitos sobre o entendimento acordado, determinando as consequências pelo descumprimento daquele. Ademais, o acordo será sempre homologado pela autoridade designada por ato do Ministério da Economia.

A exemplo do que consta no art. 30 da Lei de Mediação, o art. 14 do PL prevê expressamente o dever de sigilo, que impede a utilização de fatos, atos, documentos, declarações, informações, dados ou quaisquer elementos que tenham sido revelados durante a mediação e que não sejam adotados como motivos e definição do objeto para conclusão de acordo conclusivo.

Esse dever é reforçado pelo art. 16, segundo o qual os mediadores não poderão ter contato com o sujeito passivo fora do ambiente da mediação, devendo guardar sigilo quanto a todos os fatos, informações e documentos que tenham acesso, salvo se configurarem, em tese, crimes de ação pública, ou caso venham a servir de motivos para fundamentar o objeto do ato e do acordo conclusivo.

Verifica-se, também, no art. 3º do PL, repetição quase perfeita dos princípios gerais da mediação contemplados no art. 2º da Lei n.º 13.140/2015.

Além dessas sobreposições entre comandos inscritos nos artigos 3º, 14 e 16 do PL n.º 2.485/22 com as previsões dos artigos 2º e 30 da Lei Geral de Mediação, é possível identificar outras situações análogas em relação à Lei n.º 13.988/20, que tem por objeto a transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária.

Com efeito, o Projeto de Lei, de escopo nitidamente mais restrito, eis que abarca tão somente conflitos em matéria tributária administrativa e judicial en-

tre a Fazenda Pública Federal e o sujeito passivo, também acaba por reproduzir comandos já previstos na Lei n.º 13.988/20.

É o que se verifica, por exemplo, com a previsão de exercício de juízos de conveniência e oportunidade da Fazenda Pública Federal para decidir quais conflitos serão objeto de transação ou mediação (art. 1º, parágrafo 1º da Lei n.º 13.988/20 e art. 7º, parágrafo único do PL).

Cabe destacar, ainda, que o art. 2º do PL faz alusão à possibilidade de mediadores internos ou externos, sendo certo que, na primeira hipótese, ter-se-á como mediador um Auditor da Receita Federal ou Procurador da Fazenda Nacional, a depender do fato de o conflito se desenvolver em âmbito administrativo ou judicial, respectivamente.

Tal tema se revela, à toda evidência, extremamente delicado, diante da possibilidade de perda de credibilidade do procedimento de mediação por suspeita de quebra do princípio da imparcialidade do mediador (consagrado na Lei Geral de Mediação, no CPC e aqui mais uma vez contemplado, no inciso IX do art. 3º do PL).

Solução interessante para afastar tal temor consistiria na inserção de previsão - já adotada por alguns Estados da federação - de instituição de câmaras mistas, compostas por mediadores ocupantes do cargo de procurador e advogados privados.¹²

12 Como exemplos de Estados que adotaram câmaras de mediação mistas, podem ser citados Goiás e Pernambuco. No primeiro, a Câmara de Negociação, Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Pública estadual *é composta por Procuradores do Estado, Procuradores da Assembleia Legislativa e por advogados regularmente inscritos na OAB-GO. Modelo semelhante é empregado em Pernambuco. De acordo com o art. 3º do Decreto Estadual n.º 48.505/2020, a Câmara de Negociação, Conciliação e Mediação da Administração Pública Estadual (CNCM) é composta por Procuradores do Estado, designados pelo Procurador-Geral, servidores da PGE e/ou de órgãos e entidades da administração estadual, designados por portaria conjunta do Procurador-Geral do Estado e do Secretário da pasta de origem do servidor designado, ou a ela vinculado; e/ou profissionais particulares contratados.*

Considerações finais

A mediação envolvendo a Administração Pública, cujas diretrizes gerais se encontram previstas no Capítulo II da Lei n.º 13.140/2015, consiste em prática ainda incipiente, naturalmente aberta a evoluções e aperfeiçoamentos.

Em razão da excepcional não incidência das regras gerais previstas na Lei n.º 13.140/2015 às controvérsias relativas a tributos federais e créditos inscritos em dívida ativa da União, por força do disposto em seu art. 38, que expressamente exclui a possibilidade de realização de mediação ou TAC em tais casos, veio à lume a Lei n.º 13.988/2020.

A despeito da atualidade e especificidade de tal Lei, encontra-se em tramitação o PL n.º 2.485/2022, cuja pretensão é a de promover regulamentação ainda mais minuciosa para o instituto da mediação tributária.

Sem olvidar da extrema qualidade do referido PL, certo é que, conforme exposto no tópico acima, existem algumas sobreposições normativas com a Lei n.º 13.140/2015 e, principalmente, com a Lei n.º 13.988/20, que tem por objeto a transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária.

Feita esta ressalva, que em nada compromete a excelência do projeto, cumpre consignar que a sua conversão em lei tornará ainda mais robusto o microsistema de meios adequados de solução de conflitos, bem como reforçará a feição dialógica do atual modelo de Estado brasileiro.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/64/1/100%20Maiores%20Litigantes%202012.pdf>. Acesso em 06 dez. 2022.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 2485/2022*. <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9199173&ts=1663791318681&disposition=inline>. Acesso em 04 dez. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; AVELINO, Murilo Teixeira; PEIXOTO, Ravi. *Consensualidade e poder público*. São Paulo: JusPodivm, 2022.

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Zaneti. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 4, Processo Coletivo. 14 ed. revista, atualizada e ampliada, Salvador: Juspodivm, 2020.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225-286. Disponível em: https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/processo-justo_leonardo-greco.pdf. Acesso em 07 jan. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Limites e Possibilidade do Acordo em Direitos Indisponíveis: exame do art. 3º, § 2º da Lei nº 13.140/2015. In: *Diálogos sobre o Código de Processo Civil: Críticas e Perspectivas*. Santa Cruz do Sul: *Essere nel Mondo*, 2019, p. 169-178.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PEPE, Rafael Gaia; RODRIGUES, Marco Antonio. Ela, a transação fiscal, vista por nós, advogados públicos. *Jota. Tribuna da Advocacia Pública*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/ela-a-transacao-fiscal-vista-por-nos-os-advogados-publicos-09052020>. Acesso em 22 maio de 2020.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Justiça Multiportas e Advocacia Pública*. Editora GZ: Rio de Janeiro, 2021.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STRÄTZ, Murilo. Arbitragem tributária: perspectivas para o direito brasileiro. *RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 4, p. 1447-1479, 2020.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/128595964/Neoconstitucionalismo-Daniel-Sarmiento>. Acesso em 18 fev. 2022.

SCAFF, Fernando Facury. Medida Provisória da transação tributária cria Refis permanente. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-21/medida-provisoria-transacao-tributaria-cria-refis-permanente>. Acesso em 28 dez. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. rev. e ampl. SaraivaJur: Rio de Janeiro, 2017.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e administração pública no direito brasileiro. *Revista Brasileira da Advocacia*. Vol. 9, 2018.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo (orgs). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

CAPÍTULO 4

LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA Y DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: RAZONES DE SU OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA¹

Cleiton Lixieski Sell

Nuria Belloso Martín

Doi: 10.48209/978-65-5417-164-3

Consideracioness iniciales

La sociedad del siglo XXI es de talante conflictivo, en cuanto que cualquier diferencia o disputa se considera que debe resolverse en los tribunales. La alta conflictividad y la carencia de medios humanos y materiales en la Administración de justicia, ha derivado en una lentitud y demora en las resoluciones que provoca graves daños al justiciable, en cuanto que su cuestión no es dirimida en un plazo breve, con los consiguientes quebrantos (económicos, emocionales)

¹ O presente estudo se desenvolve sob o marco do Projeto de Pesquisa “Ontem, hoje e amanhã: cartografia das políticas públicas brasileiras auto e heterocompositivas de acesso à justiça”, Coordenado pela professora Fabiana Marion Spengler. Edital: CNPq/MCTI/FNDCT 18/2021 UNIVERSAL Processo: 407119/2021-3 31/08/2021 |Edição: 165|Seção: 3| Página: 7..

que tal demora conlleva. Por otro lado, jueces y magistrados no disponen muchas veces ni de medios ni de procedimientos para resolver el conflicto real, lo que lleva a que haya problemas posteriormente para ejecutar las sentencias, en cuanto que las sentencias, en opinión de la parte “perdedora”, no “es justa”. Sin ánimo de extendernos en los factores, causas y razones que han llevado a buscar otros medios adecuados de gestionar y, si es posible, resolver los conflictos, lo cierto es que estos denominados inicialmente ADR (*alternative dispute resolution*) y, actualmente MASC (negociación, conciliación, mediación), a los que se han ido incorporando otras fórmulas y matizando sus procedimientos, han ido ganando protagonismo en cuanto que, para ciertos sectores, se presentan como la solución al “atasco en los Juzgados”. Para otros, su gran ventaja reside, no tanto en que sean más rápidos, y económicos que acudir a los tribunales, sino en que permiten resolver el verdadero conflicto que subyace en cada diferencia, implementando una cultura de la cooperación positiva entre las partes enfrentadas. El bienestar personal y social que deriva de los MASC (GORJÓN GÓMEZ, 2017) redundan en efectos beneficiosos para toda la sociedad.

Los buenos resultados que avalan los MASC y, entre ellos la mediación, que es a la que vamos a referirnos, han permitido que la aplicación de este procedimiento de gestión de conflictos se haya ido extendiendo a numerosas áreas de trabajo: mediación familiar, mediación intercultural, mediación escolar y convivencia universitaria, mediación penal y justicia restaurativa, mediación mercantil, mediación laboral, mediación en administración inmobiliaria, mediación sanitaria, mediación deportiva, mediación agraria, mediación en temas de tráfico, y tantos otros.

Este estudio analizará las posibilidades de utilizar la mediación en un ámbito, en el cual, aún no existe legislación (a diferencia de la mediación civil y mercantil), como es el de los conflictos en los que interviene la Administración pública, es decir, el administrativo o del orden contencioso-administrativo, que está ganando espacio en el campo de la resolución adecuada de conflictos. La

mediación administrativa puede desarrollarse bien sea entre los particulares administrados con una Administración Pública o bien, entre dos o más Administraciones. Por las particulares características que definen a la Administración pública, en una relación en la que el equilibrio de poder con el administrado no existe, se pone de relieve la necesidad de legislar sobre una normativa de aplicación nacional de mediación, específica, en el ámbito administrativo.

Ello no significa que, algunas de las experiencias de mediación administrativa que se están desarrollando en algunos Juzgados, impulsadas por magistrados del orden administrativo, y que creen en los efectos beneficiosos de la mediación, no estén amparados por la normativa. La mediación administrativa está prevista, básicamente, en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, referente al Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPA-CAP), y en algunas disposiciones de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Los actos de la Administración Pública tienen relaciones con los ciudadanos y con otras Administraciones locales o estatales, y según el contenido del ordenamiento jurídico, deberá adecuarse a los fines públicos o del bien colectivo. La mediación, en este ámbito, posibilita un diálogo cercano entre el ciudadano y la Administración para buscar soluciones mutuas.

Este estudio intentará demostrar que la mediación administrativa o contencioso-administrativa es una vía más adecuada de gestión de conflictos por las ventajas que ofrece a ambas partes implicadas: Para la parte demandante, generalmente, el administrado contra la Administración, la mediación rompe el escenario del tribunal constituido para decidir sobre el proceso unilateralmente, donde las partes adjuntan pruebas documentales en unos determinados plazos, en un procedimiento rígido e inflexible, en un contexto adversarial entre las partes. En un escenario de mediación, la comunicación y el diálogo, siempre con la ayuda del profesional facilitador, crea un ambiente de cooperación, en el que se busca el equilibrio de poder, y donde ambas partes intentan conocer, más allá de las posiciones, los intereses de cada una.

En España, actualmente se está tramitando el Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal del servicio público de Justicia. Ha sido publicado en el Congreso de los Diputados en 22 de abril de 2022, BOCG 14-A-97-1 y, aún en fase de aprobación, ha supuesto un paso legislativo importante para agilizar el funcionamiento del servicio de la administración de justicia. En el Título I del citado Proyecto, se establecen los MASC (y, entre ellos, la mediación), para el ámbito civil y mercantil, como requisito de procedibilidad. Es decir, antes de acudir al ámbito jurisdiccional, se deberá haberse intentado llegar a un acuerdo utilizando algunos de los MASC establecidos, y acreditar fehacientemente tal intento ante la jurisdicción. Por tanto, esto implica un cambio de paradigma de lo que venía siendo el sistema de administración de justicia español. Este Proyecto de Ley, que junto con los MASC establece también la digitalización del servicio público de justicia y otras reformas procesales para agilizar la administración de justicia, no ha estado exento de críticas “constructivas”, a efectos de mejorar el texto final. Numerosas de estas alegaciones se refieren al Título I de los MASC (la obligatoriedad de acudir a los MASC frente a la voluntariedad que, hasta ahora, acompañaba a estos medios; la minusvaloración de la mediación con respecto a los otros MASC, a pesar de ser comparativamente el MASC que cuenta con legislación y experiencia de resultados; la falta de precisión por la que un ciudadano pueda discernir qué MASC le conviene seguir, entre otras). No vamos a extendernos en su análisis, ya que aún no se dispone del texto definitivo y, confiamos, en que una buena parte de las alegaciones que se han formulado se incorporen por el legislador. Para terminar con esta breve reflexión sobre el Proyecto de Ley, subrayamos que en su Exposición de Motivos se hace referencia a la mediación administrativa en la que se señala que ya se está trabajando en la elaboración de una ley de mediación administrativa que, confiamos, no se demore mucho.

Los autores del trabajo defendemos que la mediación es una herramienta jurídica indispensable en la Administración Pública para mejorar la eficiencia,

eficacia, austeridad, transparencia, credibilidad, aproximación del ciudadano a dicha Administración, y que aportará seguridad jurídica de los actos administrativos y del orden contencioso-administrativo. Es decir, las características que definen el ámbito administrativo se verán impulsadas a través del ejercicio de la mediación en los conflictos que se presenten.

Este estudio se divide en tres partes: Se partirá del Derecho administrativo y de los principios de la Administración Pública y de la justificativa para crear una legislación específica sobre la mediación administrativa y del orden contencioso-administrativo. En la segunda parte, se hará referencia a algunas proyecciones de la aplicación de la mediación en vía administrativa, exponiendo ejemplos de situaciones que podrán derivar de la mediación. En la tercera y última parte, se justifica la conveniencia y la oportunidad de aplicar la mediación en este ámbito de la Administración pública.

Del Derecho administrativo a la imperiosa necesidad de un marco jurídico de la mediación administrativa y del procedimiento Contencioso-Administrativo

El Derecho administrativo preside las relaciones del ámbito público y privado, o de la relación del particular con la Administración Pública. Son numerosos los conflictos que enfrentan a la Administración con el ciudadano, y estos conflictos necesitan de una resolución eficaz, ágil y austera en los gastos procesales, que son costosos para la Administración y principalmente para el particular que está en una posición diferente si, finalmente, debe llegar a los tribunales.

Desde hace años el Derecho administrativo está inmerso en una crisis cuyo origen se remonta a un estadio previo al siglo XX, en el que se produjeron cambios en las Administraciones Públicas y comenzaron a llegar procesos relativos a cuestiones materiales del derecho, también formales en el contexto

de la tramitación de los procedimientos administrativos. Todo ello dio lugar a problemas referentes a criterios procesales o de la vía extraprocesal que perduran años con la Administración sin que el ciudadano reciba una respuesta satisfactoria (NAVARRO; DE LA FUENTE; PIETRO, 2020, pp. 3-4).

La mediación administrativa fue introducida en la legislación nacional a través de la LPACAP y de la LJCA de manera muy superficial y, a lo largo de estos años, las Administraciones han sufrido con la adecuación de las alternativas de resolución de conflicto, pues tanto al proceso judicial como al procedimiento administrativo, se acaba llegando por situaciones en las que la Administración debería de actuar con la finalidad del bien colectivo. Los casos más frecuentes demandados administrativamente versan sobre actos administrativos individuales, contratos de responsabilidad civil, incumplimientos de deberes y de las reclamaciones que conllevan montantes económicos.

En la última década, principalmente, con las buenas prácticas desarrolladas por las Administraciones Públicas que incorporaran la mediación administrativa como método de solución de conflictos, el marco jurídico del Derecho administrativo ha dado pasos importantes con la apertura de caminos alternativos extrajudiciales, sin olvidar la mediación intrajudicial, en la cual, la Administración intenta mejorar la calidad de los servicios prestados para atender mejor a los intereses de los ciudadanos y de la comunidad. La mediación en ninguno momento tiene el objetivo de sustituir integralmente el procedimiento administrativo o judicial, sino de trasladar la disputa hacia un escenario con menor resistencia al formalismo y donde de manera ágil, se pueda intentar buscar un acuerdo, siempre con la ayuda del profesional mediador.

El marco jurídico de la mediación administrativa se acerca a los principios de la Administración Pública tales como el de legalidad y el de transparencia de los actos jurídicos que refuerzan el principio constitucional de la seguridad jurídica, como una función para garantizar que las articulaciones de las normas

jurídicas sean cumplidas, sustituyendo la incertidumbre por la eficacia (FERNANDEZ, 2021, p. 38). La mediación es una herramienta del derecho que tiene seguridad jurídica frente a casos sencillos o complejos, principalmente, en momentos críticos en los que el Derecho es cuestionado, como el caso de la pandemia por el virus del Covid, que provocó la suspensión de buena parte de los juicios y vistas judiciales, y que actualmente, no ha conseguido superar el retraso que llevan los asuntos -problema agudizado con las recientes huelgas en España de letrados de la Administración de justicia, jueces y fiscales y, seguida después, por el resto de los funcionarios de la administración de justicia, que demandan más medios humanos y mejora en las retribuciones-.

De modo previo, la mediación administrativa y del orden contencioso (DIZ, 2017) tiene peculiaridades que son propias de la naturaleza del sujeto público y privado. La actual Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), no se refiere expresamente a la mediación. Solamente, alguna ley sustantiva como la Ley 7/2007, de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, donde en su art. 45, esta prevista la posibilidad de derivar a la mediación o arbitraje para resolver conflictos que tienen origen de pactos o acuerdos. Lo que sí ha hecho es adaptar las alternativas de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de la Ley 7/1985, hacia la mediación administrativa, y la LJCA para el ámbito judicial, específicamente, el art. 77. A pesar de que la legislación no haya avanzado como se esperaba con una regulación más compacta, sin embargo, la relación de la Administración Pública con el ciudadano sí se ha visto influida por nuevos planteamientos en el Derecho administrativo, en cuanto que en el siglo XXI, el servicio prestado por la Administración exige eficiencia y control de calidad de los servicios públicos prestados y exigidos por el ciudadano y por la comunidad.

El marco jurídico actual que regula la mediación está previsto en la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común, siendo la primera vez que el legislador contempló modalidades de finalización convencional del procedimiento muy estrictas para que el magistrado o el mediador pueda aplicar en caso de terminación del procedimiento o resolución final (MARTÍNEZ, 2008, p. 24). En estos pasos iniciales, poco a poco la Administración empieza a utilizar este mecanismo para celebrar acuerdos, convenios colectivos o privados, pactos y negociaciones con sujetos públicos y privados que permiten a la Administración que concluya de manera distinta los conflictos, así bien como que se permite exonerar a las Administraciones de que dicten una resolución expresa en la vía administrativa o judicial.

La necesidad de un marco legislativo más adecuado, por así decir, proporcionará mayor seguridad jurídica para la Administración como institución pública, y para el ciudadano demandante que tiene mejores herramientas a la hora de enjuiciar sus intereses. La vía administrativa es cuestionada hace tiempo en cuanto se critica que no es ni eficaz ni eficiente al utilizar muchos recursos, a la vez que los plazos, hasta llegar a la vía judicial, son también amplios. Según Alfonso (2022, p. 33), en materia de Derecho administrativo, la falta de intermediación concretizadora de las Administraciones Públicas y del ciudadano, dificultan cualquier aplicación de la norma reguladora. Es decir, sale a la luz la tradicional problemática de la dependencia dogmática en la que el Derecho administrativo esta inmerso, destacándose dos cuestiones centrales: las figuras formales explícitas en la institución como naturaleza de sus funciones ejecutivas, y los actos administrativos realizados con autocontrol que derivan de la desaparición del avance hacia una perspectivas innovadora y competente para la jurisdicción administrativa común.

El examen del actual marco legislativo de la LJCA presenta lagunas y distintas incertidumbres que son planteadas en la aplicación práctica que no fueran contempladas en las incorporaciones legislativas más recientes de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, reforma de la legislación procesal para imple-

mentación de la Oficina Judicial, y de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial. De un modo general, el Derecho administrativo sufre y sigue sufriendo con una legislación tradicional que no contempla los fenómenos sociales más complejos, y el ejemplo de esto es que las Administraciones Públicas son cuestionadas por los ciudadanos constantemente en cuanto a su falta de eficiencia procesal y su mala gestión de recursos financieros públicos (PASTOR, 2010, p. 27).

Por regla general, el momento adecuado para desarrollar un procedimiento de mediación es el previo a la vía judicial -sin que ello implique que no pueda haber derivación a la mediación una vez iniciado el proceso, es decir, una mediación intrajudicial-, donde se considera como un pre-requisito que funciona como una fase informativa. Por otro lado, en ámbito de los tribunales contenciosos-administrativos, la mediación está prevista después de empezado el procedimiento por recomendación del juez. La mediación en temas privados ya está ampliamente difundida en países europeos como Alemania, Francia, Holanda, Italia y Inglaterra, pero la mediación en procedimientos administrativos camina a pasos lentos, pues la Directiva 2008/52/CE (PARLAMENTO EUROPEO, 2008), sólo se refería a mediación en asuntos civiles y mercantiles. De ahí que esa laguna normativa sobre mediación administrativa sea urgente que se complete.

Proyecciones sobre la aplicación de la mediación en sede administrativa y en vía judicial

La vía previa administrativa tiene su regulación en el art. 88 al 107, del Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo, donde la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, incorporó al ámbito del Derecho administrativo el acuerdo celebrado entre Administración y particular, como una alternativa al marco

tradicional del acto administrativo para el cumplimiento de las potestades administrativas. Los pactos o convenios previstos en la terminación convencional del procedimiento incorporan al Derecho administrativo instrumentos y mecanismos dentro de las potestades regladas y discrecionales. Para García de Enterría (1999, p. 447), de acuerdo con el primer requisito del art. 88, sobre la terminación del procedimiento, no cabe negociación en caso de las potestades regladas porque esto reduciría que la Administración Pública pudiera desarrollar legalmente y de manera completa sus funciones. Por otro lado, en las potestades discrecionales, habrá espacios más precisos para aplicar la mediación sin perjuicio a la Administración y al interesado.

Compartimos la opinión de que las actividades discrecionales o regladas no excluyen la mediación basada en la autonomía de la voluntad, pues dadas las complejidades de los procedimientos administrativos y de los procesos judiciales, las potestades regladas no podrán aplicarse automáticamente justificando elementos de la discrecionalidad en el art. 3 del Código Civil, donde las normas se interpretan según el sentido propio, su contexto y antecedentes históricos (CARBALLO, 2008, p. 167). Sobre esto, no se olvida que la norma jurídica es susceptible a interpretaciones de acuerdo con las circunstancias de cada caso, por tanto, la discrecionalidad surge en este punto para aplicación de la mediación administrativa como técnica convencional que permite al mediador facilitar el diálogo para que las partes proponen las soluciones al conflicto.

En el campo de las proyecciones de la mediación y su validez, una de las preguntas más frecuentes es la relativa a los efectos de los acuerdos de la mediación administrativa o mediación privada, tal y como prescribe la Ley 5/2012, referente a asuntos civiles y mercantiles. Como ya es sabido que el acuerdo de la mediación podrá tener eficacia reforzada si las partes así lo decidan, o en caso de llevar el acuerdo a público tendrá eficacia ejecutiva. La aplicación de la publicidad del acuerdo podrá llevarse a cabo para que tenga los

mismos efectos de sentencia cuando la homologue el juez, como es el caso de la mediación intrajudicial. En los casos de acuerdos que son llevados a escritura pública ante de un notario de manera extrajudicial, el acuerdo de la mediación tendrá igual efecto de eficacia ejecutiva – es decir – se ejecuta como un título público (NAVARRO; DE LA FUENTE; PIETRO, 2020, p. 15).

La mediación es un servicio que tiene necesidad de mediadores profesionales como un reto para que no sufra perjuicios para las partes. La formación de los mediadores, la adquisición de competencias, habilidades y técnicas constituye una garantía tanta para las partes mediadas como para el propio prestigio de la mediación. Cada área susceptible de que se aplique la mediación exigirá una especialización. Así, la mediación administrativa es un área regulada por el Derecho administrativo y exige un profesional que tenga conocimiento y experiencia con contratos públicos, ejecuciones fiscales con distintos órganos, competencias para dialogar con Administraciones locales y nacionales, conocimientos sobre principios de la Administración Pública y sus regímenes internos para resolución de controversias, etc.

La proyección futura de la apuesta en la mediación encuentra un caldo de cultivo en la insatisfacción de los ciudadanos con respecto a la jurisdicción contenciosa en asuntos de reparación de daños, y que implican al Derecho administrativo que las Administraciones desarrollan con más frecuencia en las demandas administrativas o judiciales o de la derivación del orden administrativo al contencioso. Las posibilidades de la mediación administrativa o su utilización en los recursos administrativos durante el procedimiento administrativo o judicial, han sido frecuentes para pacificar conflictos, no en el sentido de aniquilar todos los conflictos en los que se ve implicada la Administración Pública, sino de buscar una solución definitiva que tiene una dimensión más amplia dentro del Derecho Administrativo, y que tenga impacto positivo en la garantía de la jurisdicción adecuada al ciudadano (GARÍN, 2018, p. 1).

Los inconvenientes de la mediación administrativa se plantean a la hora de reconocer la efectividad ante los límites de las potestades administrativas (discrecionales o regladas), dirimiendo cómo encajar mejor la esfera de las potestades discrecionales el ejercicio de la mediación administrativa, teniendo en cuenta un mayor margen para elegir las alternativas factibles con las que se resolverá el procedimiento o se terminará con un acuerdo (MARTÍNEZ, 2013, p. 5). La mediación administrativa podrá desplegar una diversidad de materias en las que interviene la Administración con relación al ciudadano, donde se evalúan criterios de conveniencia y de oportunidad, sin excluir otras posibilidades. Por ejemplo, se podrán mediar para fijar cuantías indemnizatorias, reglas de prestación de obligaciones, legislación ambiental y del ámbito administrativo, fiscal, urbanística, actividades peligrosas, insalubres, silencio administrativo u omisión de la Administración Pública, ejecución de medidas disciplinarias y sancionadoras, sentencias, etc.

La aplicación de la mediación dentro del procedimiento contencioso-administrativo deberá observar, con especial atención, la Ley de enjuiciamiento civil (Ley 1/2000), en su art. 19, y la legislación específica LJCA, principalmente en los art. 77 y 113. Con todo, repetimos, es urgente aprobar una legislación completa donde se deberá de contemplar: enlazar la mediación administrativa dentro del ámbito de actuación de la Administración y su reflejo en el orden contencioso; deberá prever la ejecución de las decisiones judiciales, tanto los autos procesales como las sentencias; diferenciar los distintos resultados que derivarán de la mediación administrativa o intrajudicial, específicamente, sobre el acuerdo para resolver el procedimiento o la transacción para finalizar el conflicto; y prever agotar la vía administrativa sobre las materias que después podrán derivar a la vía judicial sin ningún efecto negativo para las partes (AMO, 2021, p. 31).

Algunos ejemplos de cómo la mediación administrativa podrá funcionar en el ámbito de la Administración Pública son: un ciudadano solicita autorización a la Administración local para quitar un árbol que está provocando perjuicios al edificio de su vivienda, y después de tal solicitud, transcurrido el plazo preceptivo para que la Administración responda, se observa que no ha adoptado ninguna medida para solucionar la petición del ciudadano. Un segundo caso es el caso de las medidas nacionales y locales frente al estado de alarma provocado por el Covid-19, donde la prestación de servicios pública se suspendió, se denegaron ayudas, los comercios tuvieron que cerrar sus puertas al igual que hostelería, turismo, etc., la mediación podría ayudar a encontrar soluciones adecuadas para cada situación, en lugar de un rosario de demandas que los administrados han interpuesto solicitando ayudas para paliar la paralización de su actividad, mientras tenían que hacerse cargo de otros gastos que sí había que atender. Un último ejemplo, para no extendernos en los ámbitos en los que la mediación podría funcionar, sería el caso de una caída del ciudadano en un agujero por las malas condiciones de pavimentación de aceras o vías públicas de una ciudad, o incluso de deficiente alumbrado, donde la víctima ha sufrido grave problema de salud, y el Ayuntamiento o la Administración responsable por el mantenimiento de la calle no contesta al ciudadano y tampoco resuelve el problema de las malas condiciones de la vía pública.

Las proyecciones de utilizar la mediación para resolver estos tipos de conflictos facilitan el procedimiento para una vía más sencilla que escucha al ciudadano que está ejercitando sus derechos. De igual modo, tanto la LPACAP o LJCA, tienen posibilidades de aplicar la mediación en estos asuntos que hará la Administración más eficiente, transparente y austera en gastos públicos, en comparativa con el proceso judicial realizado delante de los tribunales. En esta línea, además, la Administración pública está orientada hacia principios utilizados en la mediación como legalidad, voluntariedad, imparcialidad/neutralidad, confidencialidad, bilateralidad, buena fe, profesionalidad y equilibrio de poder de las partes.

Razones de la oportunidad (y conveniencia) de la mediación en el ámbito de la Administración Pública

Las Administraciones Públicas poco a poco están abriéndose a nuevas metodologías para gestionar los conflictos administrativos o del orden judicial, siempre dentro del respeto a los principios de la eficiencia, eficacia, buena administración, transparencia, austeridad, y políticas públicas inclusivas para el ciudadano. El ciudadano es cada vez más exigente con respecto a la Administración, dado que los canales de informatización y transparencia pública de acceso a las informaciones han dado un salto tecnológico gigantesco, de manera que herramientas como la participación y decisión de asuntos de orden público son ahora accesibles a los ciudadanos.

Una Administración Pública inserta en el siglo XXI, necesita romper conceptos tradicionales como la jerarquización y las potestades discrecionales que funcionaban a modo de escudo protector que alejaban al ciudadano de la Administración para resolver las controversias (SIMÓN, 2021, p. 13-14).

La mediación administrativa ofrece unas ventajas tales como:

i) la agilización de los procedimientos administrativos y el consiguiente ahorro de tiempo. Se minimizarían los efectos del silencio administrativo, que siempre deja al administrado en una situación de zozobra, agudizado por el alargamiento de los plazos. El sistema de tramitación de demandas contra la Administración acoge un sistema de recursos que hace que la vía administrativa sea tan lenta que, en algunos casos, acabe provocando en el administrado una cierta indefensión. Por ello, las ventajas que acompañan a la mediación (flexibilidad, agilidad) son especialmente deseables en el ámbito administrativo.

La mediación administrativa también enfrenta el desproporcionado número de recursos interpuestos ante la jurisdicción administrativa y, principalmente, la judicial, y en varios estudios se denunció que el art. 107.2, de la ley

30/1992, referente a los recursos (de alzada, de reposición, etc.) para revertir la solución del procedimiento ante los órganos correspondientes son insuficientes o ineficaces para el sistema de recursos administrativos – es decir – hay una necesidad inmediata de crear una regulación administrativa y del orden contencioso para suplantar estos huecos legislativos. Todo ello contribuiría a mejorar la imagen de la Administración Pública con relación al ciudadano. Sin embargo, hasta que no se modifique legislativamente la posibilidad de interponer toda esa cadena de recursos, no se podrá disminuir la ingente entrada de recursos en la jurisdicción administrativa (PASTOR, 2018, p. 84).

ii) Mejorar la cercanía entre Administración y administrado, permitiendo dilucidar el verdadero conflicto que los separa, y analizando posibles vías de solución.

iii) La mediación refuerza conceptos ya estables en el Derecho administrativo, como la validez del acto administrativo y la eficacia del derecho. La Administración Pública utiliza principios como la conveniencia y oportunidad para atender al ciudadano a partir de la buena administración o de la gestión eficiente de los servicios públicos. Según el Consejo General del Poder Judicial, la mediación ofrece el control y cooperación de las partes, al contrario de la vía judicial, que tiene la disputa y la falta del control del resultado. Además, la mediación proporciona soluciones creativas, previene conflictos futuros, mira el futuro, compromiso con el resultado, protagonismo de las partes y reanuda el diálogo que una disputa en un tribunal es diferente, pues tiene en cuenta el alto grado del conflicto y con una mirada tan solo en la disputa legal (CUESTA; MOZO; SAÉZ; SEPÚLVEDA, 2016, pp. 64-65).

Además de las ventajas que podría suponer la mediación administrativa, también hay que señalar inconvenientes o dificultades que la acompañan:

i) Dudas sobre la virtualidad de aplicación de la mediación en el ámbito público. La mediación se ha contemplado, inicialmente, para la gestión de con-

flictos y, en su caso, poder llegar a acuerdos dentro del ámbito de su autonomía de la voluntad, respetando siempre la legislación vigente. Es decir, resulta idónea para el ámbito civil y mercantil. Sin embargo, en el ámbito público, dado que resulta más compleja hacer viable la autonomía de la voluntad, despierta mayores dudas. Por ello, el área administrativa, representativa del ámbito público, conlleva un margen de suspicacia con relación a la viabilidad de la mediación. Con todo, llegar a acuerdos es común en otras áreas eminentemente públicas, como es la de Derecho fiscal (acuerdos entre una inspección de Hacienda y el administrado es una práctica utilizada).

Al hilo de lo indicado, cabe señalar que en la STS de 11 de diciembre de 1996 (RJ 1969, 5689), cuando en su último considerando razona que:

no cabe la posibilidad de transacciones efectuadas por los entes públicos en materia jurídico-administrativa, como es la aquí debatida, dada la indisponibilidad que sobre los actos administrativos se produce por parte de la Administración que los ha emanado, en cuanto que tales actos van dirigidos a satisfacer el interés público, habida cuenta asimismo de la irrevocabilidad de las situaciones jurídicas establecidas por tales actos administrativos y, sobre todo, por la presunción de legitimidad que acompaña a los actos administrativos (...) y que quedaría destruida por la posibilidad de efectuar cesiones o concesiones recíprocas sobre los derechos o situaciones jurídicas contenidas en tales actos, es decir, que la presunción de legalidad está en pugna con lo que es sustancia de la transacción, cual la incertidumbre respecto de la validez o invalidez en Derecho de una determinada actuación o conducta con efectos jurídicos.

Frente a lo expuesto, cabe señalar que el ordenamiento jurídico ya prevé alguna forma de “disposición sobre los actos administrativos”, como es el supuesto de la revocación de los actos de gravamen o desfavorables para los ciudadano (ROJAS POZO, 2016, p. 196).

ii) El desequilibrio de poder entre las partes. Ciudadano y Administración no están en un mismo nivel ya que se parte del principio de jerarquía organizacional según el cual, la Administración tiene razón y la carga de la prueba recae en el administrado, que es quien debe demostrar que la Administración se confunde.

iii) Se señala que las Administraciones Públicas en España ya cuentan para realizar esa mediación administrativa *sui generis*, con un conjunto de ombúdsmanes o defensores, bien sean nacionales (Defensor del Pueblo) bien sean agrupados por ámbito sectorial (defensores del paciente, defensores del contribuyente, de defensores del universitario, etc.) que constituyen un instrumento eficaz para evitar litigios. Siendo cierto que pueden ayudar a prevenir litigios, lo cierto es que sus funciones son muy limitadas y las recomendaciones que emana de los mismos no siempre son escuchadas por las Administraciones (ROJAS POZO, 2016, p.186)

Así pues, siguiendo al magistrado Rojas Pozo, (2016, p. 189-190) estimamos que, en sede de expediente administrativo, para que la mediación administrativa cumpla la función que le es propia, es decir, evitar la judicialización del conflicto, en su régimen jurídico podría ser el siguiente:

i) Debe llevarse a cabo en el seno de un ente público, creado expresamente al efecto o aprovechando la estructura de otros existentes (como pueden ser el defensor del pueblo a nivel estatal o los defensores del pueblo a nivel autonómico, o incluso, los Consejos Consultivos autonómicos).

ii) Que los miembros de este ente sean nombrados entre profesionales expertos en las distintas ramas del Derecho Administrativo, que gocen de un merecido y reconocido prestigio en su ámbito de actuación propio.

iii) El ciudadano/a que considere que el acto administrativo vulnera la legalidad tiene que tener la facultad de solicitar someter el asunto al ente administrativo mediador (en adelante mediador) de su Comunidad Autónoma, en cuyo caso no será necesario que agote la vía administrativa mediante la interposición de los recursos (alzada o reposición, según corresponda) para poder acudir a la vía jurisdiccional.

iv) Acordada por el mediador la admisión a trámite del proceso mediador solicitado por el ciudadano/a, se llevará a cabo mediante comparecencia

ante el mediador, a la que acudirán el ciudadano/a personalmente, acompañado por su asistencia letrada, si lo considera necesario, y en su caso profesional técnico que le interese, y el letrado de la respectiva Administración Pública que haya dictado el acto cuestionado (Abogado del Estado, Letrados de la respectiva Comunidad Autónoma, Letrado de las Administraciones Locales etc). En ese acto las partes intentarán alcanzar el acuerdo.

v) El procedimiento de mediación administrativa deberá ser gratuito.

Con respecto a la mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso-administrativa, el actual trámite de conciliación o transacción se regula en el citado artículo 77 LJCA. Se podría incentivar la búsqueda de un acuerdo a través de la comparecencia –a celebrar después de formulada la demanda y contestación– estableciéndola con carácter obligatorio y tendría por objeto centrar y acotar el debate, facilitar el espacio procesal para proponer e intentar una mediación intrajudicial, proponer la prueba a practicar y declarar su pertinencia, así como plantear el recurso contra la admisión o inadmisión de los medios probatorios propuestos (ROJAS POZO, 2016, p.191). Es decir, habría que buscar la forma de potenciar esta mediación intrajudicial.

Como acertadamente señala el magistrado Rojas Pozo:

pese a la presunción de legalidad y validez de los actos administrativos, cuando un ciudadano toma la decisión (cada vez más difícil, por cierto) de cuestionar en sede judicial su conformidad a Derecho, la Administración haga un nuevo análisis de lo que sea el interés general al que debe servir el concreto acto ya judicializado y, con base a ello, pueda reconsiderar su posición, cediendo en su planteamiento inicial (al igual que el ciudadano), para poner fin al conflicto (194).

Por todo lo expuesto, no cabe negar las oportunidades fructíferas que supondría resolver las controversias de manera diferente, tanto desde el punto de vista de ahorro de burocracia y tramitación, como de costes económicos y emocionales tanto para el administrado como también, para la propia Administración.

Consideraciones finales

En el ámbito jurídico español, con respecto a la mediación, ya se han resuelto algunas dudas que surgieron a raíz de la promulgación, no sólo de las leyes de las respectivas Comunidades Autónomas sobre mediación (generalmente en el ámbito familiar) sino a raíz de la Ley 6/2012, de ámbito nacional: la mediación es compatible con la reserva de jurisdicción prevista en la Constitución y ha sido confirmada con el Tribunal Constitucional al declarar compatibilidad con la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española.

A partir de ahí, la mediación se ha intentado impulsar por diversas instancias (Colegios de Abogados, Asociaciones de Magistrados, Asociaciones de Mediadores, Universidades -especialmente la CUEMYC-) arrojando un resultado dispar: contrasta la excelente formación de la persona mediadora, con carácter general, frente al escaso conocimiento que de la mediación siguen teniendo los ciudadanos.

A pesar de no haber contado con los instrumentos deseables de impulso a la mediación, los logros y avances han sido significativos, habiéndose extendido -en unas Comunidades Autónomas mucho más que en otras- la aplicación de este procedimiento cooperativo.

Uno de los ámbitos de aplicación de la mediación con respecto al que, a pesar de carecer de una ley que la respalde, sin embargo, se pone de manifiesto su conveniencia, es el de los conflictos en la Administración pública, bien sea de un ciudadano con respecto a la Administración, o de dos o más Administraciones entre sí. La mediación administrativa (bien sea la que se realice en sede de expediente administrativo, o bien sea como la mediación intrajudicial cuando el conflicto está judicializado) está llamada a ser una de las áreas más

notables de aplicación de la mediación por su incidência em el interés general y en el bien público.

La potenciación de la transacción contenciosa (respecto de la actual regulación del artículo 77 LJCA), junto con lo establecido en los artículos 86 y siguientes de la Ley 39/2015, ha venido abriendo una vía que, sin embargo, resulta a todas luces insuficiente, por lo que se revela necesario el diseño y aprobación de una Ley específica de mediación administrativa y del orden contencioso. El principal problema es que ambas disposiciones citadas dejan un margen muy restringido para aplicar la mediación administrativa, ya que su interpretación se basa en el artículo 86, según el cual, el acuerdo tiene el objetivo de terminación convencional del procedimiento, y en caso de la vía judicial, la aplicación de la mediación encuentra su fundamento estrictamente en el artículo 77, de la jurisdicción contenciosa.

Una evidencia de esta necesidad de legislar específicamente sobre la mediación administrativa se puede encontrar en materia ambiental, donde se plantea mediar conflictos sobre materia no disponible, y donde se tropieza con que la mediación administrativa se encuentra en una zona con incertidumbre que necesita una regulación más clara y adecuada para ampliar las posibilidades de que se derive a la mediación como alternativa.

Hemos expuesto algunos argumentos que avalan la oportunidad de la mediación tanto en sede administrativa como en sede judicial, y que estimamos superan con creces las objeciones o dificultades que se puedan esgrimir en contra. No sólo se verán beneficiados el administrado y el justiciable, en su caso, a título particular, sino toda la comunidad en su conjunto.

Referencias

ALFONSO, Luciano Parejo. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 12. ed. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2022.

AMO, Jesús Mozo. En la vía judicial, Contencioso-administrativa: opciones legales procesales. Terminación en la vía judicial. In: SIMÓN, Patricia Fresno (Coord.). *Tesaurus de mediación en vía administrativa y contencioso-administrativa*. Especial referencia a la administración local. Valladolid: Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Valladolid, 2021, p. 29-37.

CUESTA, Álvaro; MOZO, Rafael; SAÉZ, Concha; SEPÚLVEDA, Pilar. *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Gabinete técnico, 2016.

DIZ, Fernando Martín. *Mediación en el contencioso-administrativo*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2018.

FERNÁNDEZ, Dolores Cabello. *La seguridad jurídica*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2021.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. Vol. 1, Madrid: Civitas, 1999.

GARÍN, Beatriz Belando. La mediación administrativa: una realidad jurídica. In: *Universidad de Valencia-Estudio General*. 2018, p. 1-11. Disponible en: <https://mediacion.icav.es/wp-content/uploads/2018/01/MEDIACION-ADMINISTRATIVO-BEATRIZ-BELANDO.pdf>. Consulta en: 21 mayo 2023.

GORJÓN, Francisco Gómez. *Mediación, su valor intangible y efectos operativos*. Una visión integradora de los métodos alternos de solución de conflictos. México: Tirant lo Blanch, 2017.

MARTÍNEZ, Gerardo Carballo. *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2008.

MARTÍNEZ, Gerardo Carballo. La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal. In: *Revista Jurídica de Castilla y León*. Nº 29, 2013, p. 1-22. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4226350>. Consulta en: 21 mayo 2023.

NAVARRO, María Avilés; DE LA FUENTE, Lourdes del; PIETRO, Juan Carlos Villalón. *Guía de preguntas y respuestas sobre la mediación y las Administraciones Públicas*. Madrid: Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, mediaI-CAM, 2020.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. Comentario. Madrid: Iustel, Gómez Acebo, 2010.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de Derecho Administrativo general*. Tomo I y II, Madrid: Portal Derecho, S. A., IUSTEL, 2018.

ROJAS, Casiano Pozo. Mediación administrativa. In: *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 98 mayo-agosto, 2016, pp. 183-200.

SIMÓN, Patricia Fresno (Coord.). *Tesaurus de mediación en vía administrativa y contencioso-administrativa*. Especial referencia a la administración local. Valladolid: Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Valladolid, 2021.

ESPAÑA. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa. In: *Boletín Oficial do Estado*. Madrid, núm. 167, 14.07.1998. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>. Consulta en: 21 mayo 2023.

ESPAÑA. Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos civiles y Mercantiles. In: *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*. Madrid, núm. 162, 27.07.2012, [Consulta en: 31-05-2023], Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9112>. Consulta en: 21 mayo 2023.

ESPAÑA. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. In: *Boletín Oficial do Estado*. Madrid, núm. 285, 27.11.1992. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-26318>. Consulta en: 21 mayo 2023.

ESPAÑA. Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del servicio Público de Justicia. *In: Ministerios de Justicia*. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficial/es/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF. Consulta en: 21 mayo 2023.

PARLAMENTO EUROPEO. Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. *In: Diario Oficial de la Unión Europea*. DOUE 24.05.2008. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2008/136/L00003-00008.pdf>. Consulta en: 21 mayo 2023.

CAPÍTULO 5

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NOS SERVIÇOS NOTARIAIS: POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À JUSTIÇA EM BUSCA DA CONSOLIDAÇÃO DAS MÚLTIPLAS PORTAS NA PROCESSUALÍSTICA CIVIL¹

Victor Saldanha Priebe

Fabiana Marion Spengler

Doi: 10.48209/978-65-5417-164-4

Considerações iniciais

Ao iniciar uma análise sobre a prestação de serviços de mediação e conciliação pelas serventias extrajudiciais vinculadas ao Poder Judiciário, cabe gizar que tal ação compõe um grande movimento por parte do CNJ que visa fomentar os mecanismos consensuais de solução de litígios com as intenções finais de que seja, de alguma forma, atribuído celeridade na resolução dos conflitos bem

¹ El presente estudio se ha desarrollado en el marco del Proyecto de Pesquisa “*Ontem, hoje e amanhã: cartografia das políticas públicas brasileiras auto e heterocompositivas de acesso à justiça*”, siendo la IP Fabiana Marion Spengler. Edital: CNPq/MCTI/FNDCT 18/2021 UNIVERSAL Processo: 407119/2021-3 31/08/2021 | Edição: 165 | Seção: 3 | Página: 7.

como um incremento na pacificação social.

Sob esta lógica a edição do Provimento nº 67 do ano de 2018 do Conselho Nacional de Justiça vem no sentido de proceder uma organização e uniformização de como os procedimentos deverão ser prestados pelos serviços notariais em âmbito dos seus respectivos Tribunais. Neste ponto deve se ter claro que a implementação dos mecanismos não é obrigatória aos registradores de notas, mas aqueles que optarem por oferecer tal serviço o farão observando as diretrizes pormenorizadas na regulamentação anteriormente referida.

Frente a estas situações tem-se clara a constituição de uma política pública judiciária que busca emanar reflexos positivos ao cenário de congestionamento processual que vive o Judiciário. Isto é constatado quando se percebe a evolução de tais ações desde a publicação da Resolução nº 125 de 2010, passando pela Resolução nº 194 de 2014, chegando ao Provimento nº 67 de 2018, bem como a Recomendação nº 28 de 2018, todos editados pelo CNJ.

Nisto, cabe destacar que as atuações das políticas públicas devem ser seguidas de mecanismos que possam avaliar criteriosamente se os impactos inicialmente pretendidos estão ocorrendo conforme se esperava. Assim sendo, não há como deixar de considerar tais ações como um encadeamento maior uma vez que em todo o período em que as normatizações/orientações foram publicadas houve um monitoramento avaliativo por meio do Relatório Justiça em Números publicado anualmente.

Deste modo, a temática central deste estudo abordará a consolidação de mais uma modalidade de solução de conflitos passando pela análise dos seus reflexos no princípio constitucional de acesso à justiça. Frente a isto, o objetivo principal que se pretende alcançar com a presente pesquisa é o de investigar se política pública judiciária, a qual possibilita que os mecanismos autocompositivos de mediação e conciliação sejam oferecidos pelos serviços notariais e de

registro do Brasil, possui condições de atuar como o elemento que estabeleça o diálogo dos procedimentos (judicial e extrajudicial) no que se refere ao tratamento dos conflitos.

Diante disso, o problema que se apresenta origina-se no fato de que mesmo com a abertura de mais um caminho de resolução de conflitos não foi possível perceber reflexos positivos na avaliação do relatório Justiça em Números em termos de aumento nos índices de mediação e conciliação.

No que tange ao desenvolvimento do presente estudo, no primeiro ponto do texto, buscar-se-á demonstrar a diferença entre o conceito de acesso à justiça e acesso ao Judiciário combinando tais definições com os potenciais fomentos advindos de um sistema jurisdicional com múltiplas portas. Adiante no texto, a inclinação do segundo ponto se dará sob o prisma de analisar a política pública judiciária de mediação e conciliação nos serviços notariais como uma estratégia apta a aportar eficiência ao congestionado acervo processual brasileiro. Finalizando o desenvolvimento da pesquisa, no terceiro ponto se buscará mensurar os impactos que a implementação da política pública anteriormente mencionada trouxe até o momento, tal como observar potenciais conflitos que possam existir entre as definições para prestação deste serviço com os princípios da autocomposição.

Por derradeiro, destaca-se que na presente pesquisa foi utilizado o método de abordagem dedutivo, pois pretende-se partir de uma análise geral das concepções para ao fim obter-se uma conclusão em relação ao tema. Ainda com a finalidade de se atingir os objetivos na presente pesquisa foram utilizados os métodos de investigação histórico, comparativo e bibliográfico, essenciais para a verificação das teses doutrinárias e jurisprudenciais que embasaram o estudo.

A Multiplicidade de Portas como um Instrumento Fomentador do Acesso à Justiça: acesso ao judiciário e acesso à ordem jurídica justa

De início nesta temática, antes mesmo de adentrar na análise da política pública judiciária de mediação e conciliação nas serventias notariais (CNJ, 2018), entende-se necessário que se proceda com uma verificação das diferenças de sentidos entre as conceituações de acesso ao Judiciário e acesso à justiça.

Apesar de que tais expressões tenham sido tratadas como sinônimo por um grande período de tempo pelo cenário judicial e doutrinário nacional, atualmente há profundas diferenciações entre os termos dos quais ocasionam-se consequências distintas. Em outras palavras é possível compreender que exista uma evolução conceitual em que foi necessária a criação de uma terminologia que abarcasse a antiga compreensão de acesso à justiça, o qual se convencionou denominar de acesso ao Judiciário.

Nesta toada vale observar a densidade conceitual utilizada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) quando positivou o princípio do acesso à justiça no rol dos seus direitos e garantias fundamentais, especificamente em seu Art. 5º, inc. XXXV, definindo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

De frente para a amplitude do que pode ser considerado acesso à justiça surgiu a conceituação de acesso ao Judiciário, pois a primeira interpretação do que foi positivado na CF/88 remete ao fato de que todos aqueles que sentirem-se lesados ou ameaçados em seus direitos poderão valer-se da jurisdição para buscar reparação. No entanto, a gravidade dessa situação ganha corpo na mesma medida em que o Estado brasileiro garante cada vez mais direitos sociais aos seus cidadãos. Contudo, o problema não está no alargamento do rol de direitos garantidos aos indivíduos pelo Estado, mas sim na não efetivação destes.

Como aduz Rodolfo de Camargo Mancuso, a combinação de um alargamento de direitos fundamentais com uma abertura irrestrita de apreciação de lesão ou ameaça a estes, por parte do Judiciário, acaba por desencadear em um “perigoso convite à demanda” (MANCUSO, 2020, p. 83). Neste mesmo sentido, a escalada da derrocada da interpretação do acesso à justiça, como acesso ao Judiciário, ganha proporções quando passamos a inserir neste contexto as complexificações que o mundo globalizado nos apresenta hodiernamente novas necessidades individuais e coletivas enquanto que a porta de entrada para a resolução de tais demandas mantém elevados índices de congestionamento².

Sobre este prisma há algum tempo atrás a doutrina nacional cunhou o termo crise do Judiciário para buscar compreender e contribuir com possíveis soluções. Destas análises contextuais sobre o excesso lentidão na prestação jurisdicional vale destacar o posicionamento de José Joaquim Calmon de Passos, o qual compreende que tal situação

[...] é fruto igualmente do incentivo à litigiosidade que uma leitura incorreta, *data venia*, da Constituição, somada à falta de sensibilidade política dos três Poderes, determinou a partir de 1988 e vem-se agravando progressivamente. Do dizer que nenhuma lesão pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário colocou-se nossa democracia de ponta-cabeça e hoje, poder mesmo é o detido por aqueles que o povo não elege, não participa de seu recrutamento e sobre os quais não tem nenhum poder de controle - o Judiciário, o Ministério Público e a Mídia (PASSOS, 2007, p. 838).

Neste complexo cenário em que cada movimento adiciona uma imensurável dificuldade ao sistema jurisdicional, não há como deixar de considerar que as necessidades de implementações de direitos sociais, ao converterem-se em demandas jurídicas exigindo o seu cumprimento, acarretam em uma explosão de litigiosidade de dupla dimensão - qualitativa e quantitativa - expondo,

2 O significado do termo “congestionamento” é derivado do termo “taxa de congestionamento” utilizado pelo CNJ em seu relatório Justiça em Número que possui o seguinte significado: “Indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados)” (CNJ, 2021, p. 101).

portanto, as deficiências históricas da estrutura judiciária nacional. (PRIEBE, 2018, p. 28).

Em circunstância disto deve ser considerado o fato de que é o próprio Estado o gerador das expectativas e ansiedades sociais que deságuam no Poder Judiciário, o qual também faz parte do Estado. Compreende-se aqui que há uma desorganização sócio-política a qual não permite que sejam identificadas as realidades brasileiras, eivadas de contradições sociais, econômicas, políticas e regionais.

Frente a isto, é possível alegar que o “Estado brasileiro, portanto, é um grande gerador dos conflitos mencionados, inúmeros outros têm sido provocados pelo Estado em vários campos de atuação, principalmente nas áreas fiscal e administrativa” (WATANABE, 2019, p. 05).

Nesta toada, a terminologia, crise do Judiciário, começou a sofrer algumas críticas que denotavam estar ultrapassada a transitoriedade do conceito que o termo pretendia expressar inicialmente. Entende-se atualmente que a prestação jurisdicional encontra-se em estado de crise, o que, por sua vez, remeteria a compreensão de que esta é a realidade quanto ao modelo de justiça brasileiro. Nesta linha, Adel El Tasse menciona que a conotação do termo “crise pressupõe que, em algum momento, se teve, no Brasil justiça célere e efetiva, para todos os setores da sociedade, o que, em momento algum, ocorreu” (TASSE, 2001, p. 43).

Entende-se que, frente ao contexto de falência do serviço de prestação jurisdicional, o Poder Judiciário brasileiro não estava preparado para ser o esteio do Estado-Providência o qual se tentava implementar à época. Diz-se isto, pois, o acesso à justiça traduzia-se tão logo como um mecanismo pelo qual a os cidadãos, usuários dos serviços públicos mais básicos como saúde, educação, moradia dentre outros, acessavam tais benesses. Neste caso, o rol dos serviços

públicos ganhava mais um elemento, o serviço público de acesso ao Judiciário com a intenção de ter direitos reconhecidos e implementados.

Frente a indisponibilidade orçamentária causadora do cenário de ampla ineficiência prestacional, que não conseguia nem mesmo por meio de decisões judiciais fazer com que os direitos fundamentais básicos fossem garantidos ao cidadão, surgiu após a redemocratização a necessidade de uma reforma no aparelho do Estado, o que por sua vez ocorreu no ano de 1995 sendo denominada de reforma gerencial brasileira³, tendo como mote central a modernização da burocracia estatal. Nesta toada reformista o Judiciário não ficou de fora, pois, a Emenda Constitucional nº 45/2004 (EC45) foi editada com a intenção de impor “um novo modelo de gestão para o Poder Judiciário, com a criação do Conselho Nacional de Justiça” (NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 130).

No decorrer dos desenvolvimentos das atuações do CNJ pode se perceber que houve uma dessacralização do conflito capaz de ampliar e aproximar a Jurisdição ao conceito de acesso à justiça definido na terceira onda de renovação criada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Nesta forma de examinar e tratar tal garantia fundamental entende-se que

O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 25)

Nesta virada de rumos é viável a identificação de um alargamento na interpretação conceitual do acesso à justiça trazidos pelos novos parâmetros fixados pela EC45. Consequentemente, o CNJ vem impondo à administração ju-

3 Sobre este assunto ver: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Democracia, Estado Social e Reforma Gerencial*. RAE. São Paulo, v. 50, n. 1, jan/mar. 2010. P. 112-116

diciária brasileira ações das quais já não são possíveis de serem tratadas como acesso aos órgãos judiciais existentes, mas sim, é possível que se definam estas como acesso à ordem jurídica justa.

Para que isto fosse provável de ser alcançado foi necessário que o órgão administrador da máquina judiciária nacional interviesse editando diversas políticas públicas judiciárias, por meio de resoluções e provimentos, com a intenção de que fosse possível a implementação e aprimoramento de uma gestão estratégica nos Tribunais nacionais. Destas ações, vale destacar a implementação do Relatório Justiça em Números editado desde o ano de 2003 o qual analisa sinteticamente os dados de todas as instâncias, a Resolução nº 194 do ano de 2014 que prioriza a remessa de recursos para o primeiro grau de Jurisdição, e, por fim neste rol de exemplos, a Resolução nº 125 de 2010 que estabelece a política pública judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos. (PRIEBE; SPENGLER, 2016, p. 328)

Sobre esta última ação trazida, entende Ada Pellegrini Grinover que foi uma importante contribuição para as definições dos rumos e estratégias administrativo-judiciárias, pois, a partir da edição de tal resolução foi possível atualizar o conceito de acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa, assegurando a todos os usuários dos serviços jurisdicionais outros modos de resolução de conflitos que não sejam necessariamente pelo processo clássico, mas que garanta a estes critérios de qualidade, uniformização e minimamente institucionalizados. (GRINOVER, 2018, p. 79)

Em sendo assim, é prudente que se considere as conclusões de Kazuo Watanabe quando discorre sobre a atualização do conceito que ora se trata. Buscando definir claramente sua interpretação sobre o assunto o referido autor menciona que

o conceito de acesso à justiça passou por uma importante atualização: deixou de significar mero acesso aos órgãos judiciais para a proteção contenciosa dos direitos para constituir acesso à ordem jurídica justa, no sentido

de que os cidadãos têm o direito de serem ouvidos e atendidos não somente em situação de controvérsias com outrem, como também em situação de problemas jurídicos que impeçam o pleno exercício da cidadania, como nas dificuldades para a obtenção de documentos seus ou de seus familiares ou os relativos a seus bens. Portanto o acesso à justiça, nessa dimensão atualizada, é mais amplo e abrangente não apenas a esfera judicial, como também a extrajudicial (WATANABE, 2019, p. 109-110).

Nesta altura da análise torna-se perceptível a evolução conceitual que sofreu o princípio constitucional de acesso à justiça. No entanto, os avanços que se pretende desta última interpretação apresentada, qual seja, acesso à ordem jurídica justa, também seguem o sentido de que suas práticas, ao longo do tempo, tragam uma nova metodologia de pensamento a qual também leve em consideração outros fatores como a pacificação social e empoderamento dos conflitantes.

Em sendo assim, os mecanismos autocompositivos enquadram-se como importantes elementos capazes de observarem mais variadas condições sociais, políticas e econômicas, e, com isto se colocam capacitados a conjugar a resposta mais adequada frente a tais elementos e o conflito. Nesta mesma senda Grinover dispõe que “o mais completo instrumento de pacificação é o constituído pela Justiça conciliativa, em que são as próprias partes que buscam a solução do conflito, que é exposto e trabalhado por inteiro, principalmente na mediação” (2018, p. 81).

No entanto, merece ser destacado que a cultura da sentença e a síndrome do demandismo estão fortemente incrustadas na sociedade brasileira. (NALINI, 2008, p. 107) Sob este cenário cabe ao CNJ e ao legislador brasileiro criar ferramentas e caminhos que proporcionem uma alteração de tais culturas em benefício da sociedade como um todo.

Recentemente alguns atos normativos ganham destaque no fomento de um caminho de resolução de conflitos que permitam que existam múltiplas portas de acesso à ordem jurídica justa, tais como o Código de Processo Civil

(CPC), a Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, tal como o Provimento nº 67 de 2018 do mesmo órgão administrativo-judiciário.

Sobre este último exemplo entende-se que surge como a consolidação de mais uma porta de acesso à ordem jurídica justa, no entanto, com a característica de não possuir uma vinculação direta ao Poder Judiciário como anteriormente acontecia com a mediação e conciliação regidas pela Resolução 125/2010 e CPC. Neste caso observa-se, por meio deste mecanismo, uma linha de fomento aos meios alternativos de resolução de conflitos, que, ao mesmo tempo atua como o instrumento que efetiva o diálogo dos procedimentos extrajudiciais e judiciais no que concerne à autocomposição. Em sendo assim, passa-se a analisar a atuação deste serviço notarial como uma arma de combate ao congestionamento processual.

Cenário do (Des)Congestionamento do Acesso à Justiça no Brasil: consolidação de uma estratégia jurisdicional em tempos de pandemia

Inaugurando este ponto da pesquisa vale lembrar que o enfrentamento do congestionamento processual por parte do CNJ já é algo consolidado uma vez que a intenção e implementação de ações que visem tal objetivo permanece por várias gestões deste órgão. Contudo, o que cabe analisar nesta pesquisa são as estratégias que estão sendo estudadas, implementadas e avaliadas para que se consiga obter um resultado prático positivo na gestão da máquina judiciária, especialmente quanto a celeridade da resolução dos conflitos judiciais.

Desta forma, buscando observar com mais clareza as estratégias atualmente utilizadas, e posteriormente mensurar seus reflexos positivos e negativos, é necessário que se tenha uma compreensão do contexto de congestionamento que atualmente o Judiciário enfrenta. Por meio da publicação do Relatório Justiça em Números 2021, editado pelo CNJ, foi constatado que o aparelho jurisdic-

cional brasileiro trabalhou com uma taxa de congestionamento de 73% no ano de 2020. Esse dado mostra que houve um crescimento de 4,3% se comparado ao índice constatado para o ano de 2019, o qual foi identificado um represetamento processual na casa dos 68,7%. (CNJ, 2021, p. 128)

Como já referido anteriormente, o alto nível de congestionamento não é uma novidade aos jurisdicionados brasileiros, pois se compararmos a taxa verificada pelo CNJ no ano de 2011, para o ano de 2010, ficou em 71,4%. (CNJ, 2021, p. 128) Entretanto, merece destaque o fato de que a série histórica estava apresentando uma sensível queda nos indicadores desde o ano de 2016⁴, de modo que, neste período destacado a redução identificada é totalmente anulada frente aos números identificados no ano de 2021.

Sobre essa leitura dos dados trazidos pelo CNJ há que se considerar alguns eventos relevantes que contribuíram com a queda constatada. Dentre estes, especificamente no ano de 2016, a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o qual trouxe relevantes instrumentos de combate ao congestionamento. Nesta linha, houve o início da vigência da Lei 13.140 no ano de 2015 a qual regulamentou uma série de entraves que não permitiam a evolução dos mecanismos autocompositivos. Com intenções de aperfeiçoar as normativas citadas foi procedido pelo CNJ algumas alterações na Resolução nº 125 do ano de 2016 até 2021 em que foi possível aportar robustez ao sistema autocompositivo judiciário. Também, sob uma linha de atuação que privilegiou a extrajudicialidade, foi editado o Provimento nº 67 no ano de 2018 pelo Conselho Nacional de Justiça, tendo por finalidade autorizar que os instrumentos de mediação e conciliação possam ser realizados nas serventias extrajudiciais.

Mesmo que de forma lenta, mas com contínua redução, é possível identificar que o contexto de ações em prol do descongestionamento vinha produ-

4 Os Relatórios Justiça em Números apresentaram as seguintes taxas de congestionamento desde o ano de 2016 até o ano de 2020: 2016 - 73,4%; 2017 - 72,4%; 2018 - 71,3%; 2019 - 68,7%; 2020 - 73%. (CNJ, 2021, p. 128)

zindo efeitos. Contudo, a esse crítico cenário deve ser adicionada toda a complexidade que a pandemia causada pelo Novo Coronavírus (COVID19) trouxe à sociedade mundial.

Dentre as várias medidas adotadas visando reduzir o risco de contágio pelo vírus merece destaque a Resolução nº 313 de março de 2020 editada pelo CNJ. Nesta houve a determinação do referido órgão para que fossem suspensos os atendimentos presenciais de partes, advogados e interessados, e, concomitantemente, tais serviços deveriam ser prestados de forma remota pelos canais de atendimentos, dos quais a adoção, segurança e implementação ficou ao encargo de cada unidade jurisdicional. (CNJ, 2020a)

No entanto, mesmo com a presencialidade no atendimento sendo suspensa por um longo período, o que consequentemente refletiu na constatação do aumento na taxa de congestionamento, há que se considerar o ponto positivo demonstrado pelo Relatório Justiça em Números de 2021, o qual, mesmo com este contexto de incertezas, constatou a maior redução do acervo de processos pendentes frente aos números apresentados na série histórica (2009-2020). Isto mostra que, no ano pandêmico a sociedade brasileira apresentou uma queda no volume de ações levadas ao Judiciário, o que, de forma alguma o número global deixa de ser significativo, pois foram 25,8 milhões de casos novos para uma cifra de 27,9 milhões de casos finalizados. (CNJ, 2021, p. 308)

Dentro desta lógica cabe enfatizar que

Um dos grandes avanços alcançados durante o ano de 2020, a seu turno, consiste na elevada tendência de informatização da Justiça brasileira, apresentando consideráveis índices de informatização de sua atividade finalística. Nesse ano, apenas 3,1% do total de processos novos ingressaram fisicamente e foram recebidos 21,8 milhões de casos novos eletrônicos.

É notória a curva de crescimento do percentual de casos novos eletrônicos, sendo que no último ano o incremento foi de 6,6 pontos percentuais. O percentual de adesão já atinge 96,9% dos tribunais brasileiros. (CNJ, 2021, p. 309)

Outro resultado identificado nos dados apresentados pelo CNJ para o ano de 2020, refere-se ao índice de conciliação e mediação. Neste critério avaliativo houve uma queda de 2,6 pontos percentuais na série histórica⁵ para o referido ano pandêmico. Entretanto, vale observar que a forma de obtenção do indicador para conciliação e mediação se dá sob um comparativo com o quantitativo total de sentenças e decisões proferidas no ano sob análise. (CNJ, 2021, p. 198)

Desta forma, como já foi referido anteriormente, o número de decisões terminativas foi mais elevado do que nos anos anteriores, o que, por sua vez, geraria uma redução no percentual do índice de conciliações se esse mantivesse uma estabilidade, ou seja, se há um aumento no número de sentenças não acompanhado proporcionalmente pela quantidade de homologações de acordo, logo, o percentual deste último indicador reduzirá. Em sendo assim, é possível entender que a redução de 2,6% apresentada às conciliações e mediações não pode ser considerada como um impacto negativo frente aos reflexos de um ano de restrições de presencialidade ocasionadas pela pandemia de COVID19.

Sob este prisma de consolidação das estratégias de descongestionamento merece destaque a Resolução nº 358 do ano de 2020, editada pelo CNJ, a qual visa regulamentar a criação de soluções tecnológicas que possibilitem que os mecanismos de resolução de conflitos, especialmente a mediação e conciliação, possam acontecer remotamente no âmbito do Poder Judiciário. Por meio deste ato normativo o referido órgão administrativo estabeleceu um prazo de dezoito meses para que os Tribunais disponibilizem um sistema informatizado que contemple as necessidades dos mecanismos autocompositivos de mediação e conciliação. (CNJ, 2020b)

Neste panorama de ações em que o Conselho Nacional de Justiça aposta em uma informatização dos processos combinado com mecanismos autocom-

5 Os Relatórios Justiça em Números apresentaram os seguintes percentuais para o “Índice de Conciliação”, no item “Total”, desde o ano de 2015 até o ano de 2020: 2015 – 11,1%; 2016 – 13,6%; 2017 – 13,5%; 2018 – 12,7%; 2019 – 12,5%; 2020 – 9,9%. (CNJ, 2021, p. 198)

positivos que tenham a opção de serem praticados também de forma virtual, entende-se que o método está muito próximo do sentido de acesso ao Judiciário anteriormente trabalhado, pois, surgem iniciativas que buscam abrir portas de acesso a máquina jurisdicional, almejando com isto, uma maior efetividade em sua prestação, contudo, as respostas que se espera das ações não correspondem às expectativas, sendo isso provado pela série histórica de congestionamento anteriormente referida. Frente a isto não se consegue observar uma tendência de desjudicialização⁶ dos conflitos, o que por sua vez, ao longo do tempo, poderiam ser colhidos frutos muito mais robustos na queda dos índices de congestionamento com a consolidação de uma cultura não conflitiva.

Para que isso fosse possível seria necessário que fosse iniciado o debate de uma construção de Justiça Multiportas que, também, levasse em consideração a noção de um devido processo legal extrajudicial, o qual emane efeitos aos índices de desjudicialização sem que restrinja os campos de proteções criados pelas garantias constitucionais. Para tanto, os caminhos oferecidos pelas portas de acesso, que de maneira contextualizada comporiam uma Justiça Multiportas, devem também possuir a função de proteger e reforçar as garantias processuais fundamentais, sem que isso se traduza em um alijamento das conquistas democráticas de maneira que, também, sejam observadas as peculiaridades de cada mecanismo auto e heterocompositivos extrajudiciais.

Nesta senda a ação implementada pelo CNJ no Provimento nº 67 de 2018, autorizando os registradores notariais a disponibilizarem o serviço de mediação e conciliação, traduz-se como mais um movimento em prol da consolidação de uma estratégia de descongestionamento em plena sintonia com as proteções constitucionais e procedimentais definidas no ordenamento jurídico nacional.

⁶ O conceito do termo utilizado compreende que “A desjudicialização consiste no fenômeno segundo o qual litígios ou atos da vida civil que tradicionalmente dependeriam necessariamente da intervenção judicial para a sua solução passam a poder ser realizados perante agentes externos ao Poder Judiciário, que não fazem parte de seu quadro de servidores. Trata-se, em suma, da consecução do acesso à justiça fora do Poder Judiciário, ou seja, do acesso à justiça extra muros.” (HILL, 2021, p. 383)

Tal situação, somada a outros movimentos legislativos⁷ e internos do Poder Judiciário, revelam

[...] mudanças profundas no conceito de jurisdição, que deixa de ser vista como monopólio do Poder Judiciário. O aspecto subjetivo deixa de ser um elemento indeclinável para a caracterização da jurisdição. Isso porque a atividade não perde a sua essência exclusivamente em razão de ter sido praticada intra ou extra muros, ou seja, dentro ou fora do Poder Judiciário. O foco precisa estar, pois, na atividade desempenhada e não em quem a presta. (HILL, 2021, p. 387)

Neste mesmo sentido a moderna doutrina processual já entende que há prestação jurisdicional no exercício dos mecanismos adequados de resolução de conflitos⁸, especialmente quando se fala de mediação e conciliação, no que, não seria diferente quando tais métodos são desenvolvidos nas serventias notariais.

Frente a isto, identifica-se o florescer de novas estruturas capazes de proporcionar um serviço judicial modifique o enrustado conceito social de que o Judiciário deve ser considerado como primeira porta a ser buscada quando surge algum conflito a ser dirimido. O que pode se constatar com isto é uma intenção de que esta seja a última porta a ser acessada, tornando-a com isto realmente a *ultima ratio*. Entretanto, esta evolução de forma alguma pretende suplantar a garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, tanto que, em sendo “inviável o acesso aos mecanismos extrajudiciais, nada obsta a que o jurisdicionado recorra ao Poder Judiciário. Trata-se, apenas, de racionalizar o sistema de justiça e a entrega da prestação jurisdicional estatal” (HILL, 2021, p. 388-389).

Nesta medida, vale gizar que a mediação e conciliação desenvolvidas no âmbito do que propõe o Provimento 67/2018 do CNJ estariam sob um regime

7 Art. 42 da Lei 13.140 de 2015 - Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências. (BRASIL, 2015b)

8 Sobre esse tema ver: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

híbrido de atuação, pois, mesmo devendo seguir alguns critérios, tais como a fiscalização pela Corregedoria-Geral de Justiça e pelo juiz titular do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), também há outras diretrizes que remetem a uma extrajudicialidade, como por exemplo, a prática ser desenvolvida fora das dependências físicas dos Fóruns e uma independência administrativa e financeira que proporciona um interessante grau de autonomia se comparado os modelos. (HILL, 2018, p. 305-306)

Outros interessantes fatores que podem aportar resultados eficazes ao descongestionamento jurisdicional encontram-se na capilaridade dos registradores ao longo do território nacional, uma vez que existem no Brasil em torno de 13.440 cartórios distribuídos pelos 5.570 municípios do país, tal como o elevado índice de confiança dos cidadãos nestes serviços, uma vez que, em recente pesquisa, foi identificado que 88% dos pesquisados disseram confiar nas instituições cartorárias brasileiras. (ANOREG, 2021. p. 4-6)

Frente a esta conjuntura apresentada, entende-se que a estratégia do CNJ em buscar mecanismos que contribuam com o descongestionamento jurisdicional por meio da autocomposição extrajudicial, encontra-se consolidada, no que, ainda se faz necessário mensurar os impactos que esta ação, especificamente, traz ao seu contexto teórico e prático, o que passa-se a fazer.

Mediação e Conciliação nos Serviços Notariais: avaliação de resultados e adstrição aos princípios da autocomposição

Em busca de avaliar os impactos da autocomposição oferecida pelos serviços notariais é importante destacar que este sentido de justiça coexistencial⁹ possui algumas dificuldades de mensurar os resultados quantitativos, uma vez que a informalidade dos procedimentos somada a incipiente trabalho de avalia-

⁹ O sentido do termo justiça coexistencial utilizado busca explicar a migração da prevalência da solução heterocompositiva para a solução autocompositiva, salientando com isto a modificação do modo de pensar e atuar no Direito Processual. (HILL, 2018, p. 300)

ção dos serviços cartoriais, dificulta a obtenção de resultados confiáveis.

Sobre isto, pode ser percebido que nas três edições do Relatórios Cartórios em Números, editadas pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG), já há a menção a uma “Central de Mediação e Conciliação” que permite consulta gratuita dos atos autocompositivos lavrados nos Cartórios de Notas brasileiros. No entanto, desde sua primeira edição no ano de 2018, não é divulgado o quantitativo global desta prestação de serviço. (ANOREG, 2021, p. 79)

Contudo, vale destacar que a realização de atos tecnicamente classificados como jurisdição voluntária não é uma novidade no âmbito dos serviços extrajudiciais oferecidos pelos notários¹⁰. Para tanto, “o legislador vem conclamando registradores e tabeliães para auxiliar nessa nova fase do Direito Processual Civil brasileiro, para que prestem a sua contribuição para uma Justiça mais célere, deformalizada e, tanto quanto possível, fora da órbita do Poder Judiciário”. (HILL, 2018, p. 303)

No entanto, nestes procedimentos já há um lastro que possibilita uma avaliação mais detida dos efeitos destes procedimentos. Logo, entende-se ser possível que, mesmo por uma analogia, se consiga mensurar as potencialidades dos mecanismos que ora se trata.

Nesta linha de raciocínio destaca-se que desde a entrada em vigor da Lei 11.441/2007, foram realizadas pelos Cartórios de Notas de todo o Brasil mais de quatro milhões e quinhentos mil lavraturas de atos destas espécies. Este dado ganha mais proporção se o cruzarmos com o custo médio dos processos ao contribuinte, sendo que, para o ano de 2021, a economia média pelo Poder Judiciário ficou estimada em quatrocentos e oitenta e três milhões de reais. Ainda, vale observar que as cifras analisadas em toda a série histórica de levanta-

¹⁰ Neste contexto de coexistencialidade da prestação dos mecanismos que auxiliem a prestação jurisdicional podem ser citados os procedimentos elencados na Lei 11.441/2007, tais como, o procedimento de inventário e partilha extrajudicial, separação e divórcio consensual. (BRASIL, 2007)

mentos pela ANOREG identificam uma economia, pelo Judiciário, na casa dos cinco bilhões e quinhentos milhões de reais durante o período de 2007 a 2021. (ANOREG, 2021, p. 45)

Estas cifras por si já seriam interessantes mesmo sem que fosse levado em consideração o fato de que conflitos poderiam ser dirimidos em um dia, não sendo necessário enfrentar os seis anos e onze meses de espera para uma decisão adjudicada, como apresentado pelo CNJ para o tempo médio dos processos na Justiça Estadual. (CNJ, 2021, p. 200) Também, vale observar que com a capilaridade cartorial anteriormente mencionada seria viável conseguir aportar sensíveis melhoras no índice quantitativo da autocomposição, o qual identificou um somatório de dois milhões quatrocentos e vinte e seis mil e vinte e sete sentenças homologatórias. (CNJ, 2021, p. 192)

No entanto, como bem salienta Fredie Didier Jr. e Leandro Fernandez, há um

baixo grau de divulgação e de sistematização de iniciativas inovadoras e a frequente ausência de diálogo entre as instituições leva à constatação da existência de iniciativas que são simplesmente desconhecidas pela maioria dos operadores do Direito ou que são sucessivamente “redescobertas”, sem o aproveitamento das experiências amadurecidas em outras localidades (DIDIER JR; FERNANDEZ, 2021, p. 85).

Tal situação ganha relevância quando busca-se analisar os números de cartórios de notas credenciados junto aos respectivos Tribunais para que seja possível prestar o serviço de mediação e conciliação. Sobre isto, em uma busca nos endereços eletrônicos de todos os Tribunais de grande porte, somente foi possível identificar uma listagem de serventias de notas que estejam habilitadas no Judiciário dos estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, no que, nos demais que fazem parte deste grupo, quais sejam, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Paraná, não foi possível identificar tal informação, afrontando diretamente o que disciplina o Art. 3º do Provimento 67/2018 do CNJ.

Entretanto, dentre os que disponibilizaram a informação pôde ser constatado que as adesões são irrelevantes frente a potencialidade dos impactos que poderiam causar, pois, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul apenas uma serventia é cadastrada (TJRS, 2022). Tal número não é muito diferente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde os dados disponibilizados apontam apenas dois cartórios de notas aptos para exercer os procedimentos autocompositivos em análise. (TJSP, 2022)

A título de comparação, os dados de implantação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) apresentados pelo CNJ vão no sentido oposto aos dados apresentados supra mencionados, uma vez que, para estes serviços autocompositivos judiciais os números de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) implantados nos Tribunais estaduais chegou a um mil trezentos e oitenta e dois, consolidando com isto a abissal diferença entre a estrutura dos meios judiciais e extrajudiciais de resolução de conflitos. (CNJ, 2021, p. 191)

Frente a este pobre contexto da justiça coexistencial, em se falando de mediação e conciliação executada nas serventias notariais, deve ser somado o fato de que a ritualística identificada na mediação e conciliação exercidas nas dependências dos fóruns, por si já destoam com as pretensões de informalidade e autonomia dos conciliadores e mediadores durante a condução do procedimento.

Logo, compreende-se que as adstrições dos princípios da autocomposição são mais fáceis de serem observadas no

modelo extrajudicial, visto que o procedimento se desenvolve nas dependências do cartório extrajudicial, portanto, fora das instalações físicas do fórum, o que auxilia a desvincular a mediação da solução adjudicada estatal e a desvanecer o temor reverencial que o Estadojuiz faz emergir [...]. Ainda que o cartório extrajudicial precise se credenciar formalmente como Cejusc, o fato concreto é que a mediação se dará nas dependências do cartório e não em uma sala do tribunal. (HILL, 2018, p. 305)

Nesta linha, observa-se em primeiro momento que as atividades desenvolvidas pelos notários encontram-se alinhadas com os princípios fundamentais de atuação definidos pelo Art. 2º e incisos da Lei 13.140/2015, quais sejam, imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé. (BRASIL, 2015).

De primeiro momento nestes conceitos, compreende-se que o sigilo com que se desenvolvem as atividades notariais seria suficiente para que as atividades conciliativa/mediativa fossem praticadas com segurança e observação à confidencialidade exigida. No entanto, há de se observado que a extensão deste princípio também adentra a esfera judicial, uma vez que o diploma legal que disciplina esta temática aponta que o dever de confidencialidade alcança diversos atores, fatos e documentos que estejam envolvidos ou envolvam o procedimento¹¹, não podendo estes servir como prova em processo arbitral ou judicial.

Quanto aos princípios da imparcialidade do mediador, isonomia e oralidade, entende-se, novamente, que não haveria um rompimento com as pretensões dos princípios uma vez que o notário registrador titular da serventia extrajudicial exercem atividade estatal a qual os vincula às responsabilidades da função em caso de beneficiamento doloso de um participante do procedimento e assim maculando a imparcialidade e isonomia. Também por característica da própria atividade cartorária, a oralidade não teria seus efeitos limitados quando do desenvolvimento das atividades autocompositivas. Em sequência, entende-se que o princípio da informalidade ganha acréscimo de efeitos uma vez que o procedimento acontece fora dos limites físicos do Judiciário, como já referido anteriormente.

Nesta linha, sobre a observação dos princípios referentes a autonomia da vontade das partes e busca pelo consenso o cuidado advém da obrigatoriedade de que os mediadores e conciliadores, que atuarem nos procedimentos

¹¹ Sobre isto ver Art. 30 e seus Parágrafos da Lei 13.140/2015. (BRASIL, 2015)

via cartórios de notas, somente poderão desempenhar suas atividades após a conclusão de curso próprio para a função, desenvolvido e aplicado pela Escola Nacional de Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Ainda, estes deverão a cada dois anos apresentar comprovação de realização de cursos de aperfeiçoamento na área. (CNJ, 2018)

Sobre o princípio da boa-fé, Fabiana Marion Spengler destaca que este atua como mola mestra dos procedimentos em questão, pois, por meio deste ideal se corrobora “aquilo que se entende por um processo mediativo: um momento no qual todos estão empenhados em colaborar, sem interesses escusos e de boa-fé, considerando que esta última significa a não consciência de prejudicar outrem” (SPENGLER, 2021, p. 125)

No entanto, tais alinhamentos mencionados não são suficientes para que a cultura jurídica nacional passe a observar os novos polos de prestação jurisdicional como aliados capazes de incrementar os sentidos da função estatal de resolução de conflitos e pacificação social. Para que se consiga alcançar níveis satisfatórios de um “pluralismo decisório”, “decisões compartilhadas” ou um “policentrismo processual”¹² é necessário que se estabeleça, minimamente, critérios de atuação que nortearão tais atividades, pois, ainda que se trabalhe com uma lógica coexistencial, ainda sim, está a se falar de atividade mantida sob fiscalização e controle do Poder Judiciário.

Nesta linha, retoma-se a um tema anteriormente mencionado, qual seja, o devido processo legal extrajudicial. Deste modo, por meio das definições deste conceito entende-se ser possível potencializar o acesso à justiça sem que as garantias fundamentais sejam atingidas por qualquer retrocesso que surja no decorrer das execuções dos procedimentos.

Em sendo assim, vale destacar os aspectos essenciais desta concepção trazidos por Flávia Pereira Hill consolidam-se como: “(a) imparcialidade e in-

¹² Sobre estes temas ver: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS: e a função judicial no contemporâneo estado de Direito. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020.

dependência dos agentes competentes; (b) controle externo; (c) publicidade; (d) previsibilidade do procedimento e (e) contraditório” (HILL, 2021, p. 391).

Dentre estes critérios de composição do corolário do devido processo legal extrajudicial identifica-se de antemão um alinhamento com o princípio da imparcialidade, já trabalhado anteriormente neste texto, que se atém a exigir do prestador de serviço público uma postura equidistante e isonômica. Contudo, a exigência de independência dos agentes competentes, mesmo tendo uma ligação com o contexto de imparcialidade, trabalha dentro de uma lógica mais ampla a qual leva em consideração o próprio exercício das funções, o que, por sua vez, garante a independência frente a assuntos políticos, administrativos ou econômicos. (HILL, 2021, p. 394).

No caso do critério do controle externo, também já analisado anteriormente, vale destacar que a fiscalização pelo Poder Judiciário aporta ainda mais credibilidade aos mecanismos de mediação e conciliação prestados nas serventias notariais, pois, “nada mais adequado, diante de nosso contexto político e cultural, do que o controle das funções decorrentes da desjudicialização ser realizado pelo Poder Judiciário” (HILL, 2021, p. 396).

Quanto ao critério da publicidade, este é entendido como uma das naturezas dos serviços notariais e de registros, tanto que, a Lei 8.935 de 1994 que regulamenta tais atuações, traz logo em seu Art. 1º que estes agentes delegados devem atuar em vista de garantir a publicidade dos atos jurídicos a eles levados. (BRASIL, 1994)

Na sequência desta avaliação de adstrição dos princípios sustentadores do devido processo extrajudicial às questões legais e práticas da atividade autocompositiva cartorária, chega-se nos conceitos de previsibilidade do procedimento e contraditório.

Nestes, entende-se que a informalidade procedimental exigida pelos métodos alternativos de resolução de conflitos não comporta um alinhamento ir-

restrito, contudo, não há como negar que existem formalidades, mesmo que mitigadas frente ao processo judicial, no desenvolvimento das sessões de conciliação e mediação, das quais são cumpridas sob pena de não ter o objetivo final alcançado, o termo final de mediação/conciliação. Sobre o contraditório, mesmo este não estando no rol dos princípios da mediação interpreta-se que, para que se consiga atingir a pleno o objetivo da autonomia da vontade, a oportunidade de diálogo com capacidade de convencimento deve estar presente a todo momento com a intenção de que as partes construam a decisão por meio de um diálogo intenso sobre todos os assuntos debatidos.

Ao fim, neste desenvolvimento pôde ser observado um alinhamento das premissas que sustentam a autocomposição junto ao arcabouço jurídico que norteia a atividade extrajudicial, também, neste ponto não foi possível identificar reflexos quantitativos pela falta de dados confiáveis para serem analisados, de forma que, somente foi possível uma análise que levou em consideração analogias com outras práticas cartorárias semelhantes.

Considerações finais

Frente ao contexto identificado do desenvolvimento desta pesquisa foi possível perceber uma forte inclinação, por parte do Conselho Nacional de Justiça, em busca de consolidar um sistema judicial que possua múltiplas oportunidades de resolução de conflito. Tais movimentos começaram a ganhar uma proporção interessante quando da edição da Resolução 125/2010, a qual é considerada por alguns doutrinadores como o ato normativo-administrativo que constituiu, inicialmente, o sistema multiportas no Poder Judiciário brasileiro.

Neste contexto, esta pesquisa optou por analisar o mecanismo autocompositivos da mediação e conciliação oferecidos por serventias notariais, o que, em primeiro momento, pôde ser compreendido como uma relevante contribuição aos intuitos do órgão administrativo judicial nacional.

Sendo assim, constatou-se que os sentidos de acesso à justiça que o Provimento 67/2018-CNJ, instituidor da política mediativa/conciliativa nos cartórios em âmbito nacional, encontra-se em pleno alinhamento com o moderno entendimento deste conceito do qual não prima mais por um simples acesso ao Judiciário, mas sim, busca oportunizar aos jurisdicionados um acesso à ordem jurídica justa que possa oferecer uma prestação jurisdicional sem que necessariamente seja por meio de uma decisão adjudicada.

O contexto apresentado, qual seja, uma ampliação de portas de acesso, sendo que, uma delas não está diretamente vinculada a máquina judiciária, fez com a pesquisa fosse inclinada no sentido de obter dados que pudessem demonstrar o nível de consolidação da estratégia especialmente no quesito de descongestionamento judicial. Contudo, não foi possível obter dados seguros que demonstrassem a efetividade no desenvolvimento de tais práticas no combate a morosidade processual. Também, não foi possível mensurar com confiabilidade os quantitativos de implementação de tal meio de acesso à justiça.

No entanto, por meio de analogia com outros serviços de características semelhantes, buscou-se demonstrar as potencialidades que esta modalidade de resolução de conflitos traria ao cenário, de modo que neste contexto, foi verificado uma grande potencialidade de contribuição no momento que a política pública de mediação e conciliação praticada nas serventias notariais ganhe maiores proporções.

Frente a todo este contexto analisado, respondendo ao objetivo geral da presente pesquisa, qual seja, investigar se política pública judiciária, a qual possibilita que os mecanismos autocompositivos de mediação e conciliação sejam oferecidos pelos serviços notariais e de registro do Brasil, possui condições de atuar como o elemento que estabeleça o diálogo dos procedimentos (judicial e extrajudicial) no que se refere ao tratamento dos conflitos, concluiu-se que há uma eficácia na implementação da estratégia de maneira geral, contudo, há

uma latente ineficácia na consolidação da medida em si, fato que pôde ser comprovado com os baixíssimos índices de adesão a política judiciária em questão.

Nesta linha, a problemática que justifica a presente pesquisa se apresenta de modo a confirmar a hipótese, pois foi possível se chegar à conclusão de que os reflexos nos dados dos relatórios Justiça em Números não foram percebidos pelo fato de que há uma ínfima adesão por parte das serventias cartorárias ao que foi proposto pelo Conselho Nacional de Justiça quanto a mediação e conciliação desenvolvidas no âmbito da extrajudicialidade.

Em sendo assim, concluiu-se que o contexto das políticas públicas judiciárias que o CNJ vem adotando e implementando têm mostrado sensíveis resultados práticos no sentido de consolidar um sistema multiportas no Judiciário brasileiro, no entanto, especificamente o Provimento 67/2018 não pode ser classificado como o elemento que estabelecerá o diálogo entre os procedimentos judiciais e extrajudicial no contexto da multiplicidade de acessos que se pretende alcançar.

Referências

ANOREG. *Cartório em Números 2021*. Disponível em: https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2021/12/Anoreg_BR-Cart%C3%B3rios-em-N%C3%B3meros-2021-3%C2%AA-Edi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 28 maio 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. *Código de Processo Civil de 2015*. (2015a). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 28 maio 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. *Constituição da República Federativa do Brasil*. (CF/88). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 maio 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. *Emenda Constitucional nº 45 de 2004*. (EC45). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 28 maio 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei da Mediação*. Lei 13.140/2015. (2015b). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 28 maio 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei dos Cartórios*. Lei 8.935/1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 28 maio 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. *Procedimentos extrajudiciais no âmbito CPC*. Lei 11.441/2007. (2007). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm. Acesso em: 28 maio 2023.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Reflexões, fruto de meu cansaço de viver ou de minha rebeldia? In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; *et al* (Coord.). *Execução civil - Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryanth. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

C.N.J. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 67 de 2018*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_67_26032018_03042018081709.pdf. Acesso em: 28 maio 2023.

C.N.J. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2021*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 28 maio 2023.

C.N.J. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125 de 2010*. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 28 maio 2023.

C.N.J. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 313 de 2020*. 2020a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original221425202003195e73eec10a3a2.pdf>. Acesso em: 28 maio 2023.

C.N.J. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 358 de 2020*. 2020b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original173332202012035fc9216c20041.pdf>. Acesso em: 28 maio 2023.

DIDIER JR. Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *O Conselho Nacional de Justiça e o Direito Processual: administração judiciária, boas práticas e competência normativa*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

HILL, Flávia Pereira. *Desjudicialização e acesso à Justiça além dos Tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 1. Janeiro a Abril de 2021.

HILL, Flávia Pereira. *Mediação nos cartórios extrajudiciais: desafios e perspectivas*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 3. Setembro a Dezembro de 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS: e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 3. Ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. São Paulo: Millennium, 2008

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. 1. Ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Reflexões, fruto de meu cansaço de viver ou de minha rebeldia? In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; et al (Coord.). *Execução civil - Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

PRIEBE, Victor Saldanha. *Tempos do Direito: a razoável duração dos processos sob a ótica do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. Santa Cruz do Sul: Esserenel Mondo, 2018.

PRIEBE, Victor Saldanha; SPENGLER, Fabiana Marion. *Resoluções 125/2010 e 194/2014 do CNJ: políticas públicas em prol da razoável duração dos processos através da qualidade na prestação jurisdicional e desenvolvimento social*. Revista Jurídica Direito & Paz, v. 2, p. 320-336, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos: da teoria à prática*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

TASSE, Adel El. *A “crise” do Poder Judiciário: a falsidade do discurso que aponta os problemas, a insustentabilidade das soluções propostas e os apontamentos para a democratização estrutural*. Curitiba: Juruá, 2001.

TJRS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Listagem pública dos serviços notariais e de registro autorizados para os procedimentos de conciliação e mediação*. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/processos-e-servicos/servicos-extrajudiciais/listagem-publica-dos-servicos-notariais-e-de-registro-autorizados-para-os-procedimentos-de-conciliacao-e-de-mediacao/>. Acesso em: 28 maio 2023.

TJSP. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Mediação/Conciliação nos serviços notariais e de registro civil*. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Conciliacao/cartorioextrajudiciais>. Acesso em: 28 maio 2023.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

CAPÍTULO 6

LA CONCILIACIÓN Y LA TEORÍA DE CONFLICTOS: FUNDAMENTOS PARA LA PAZ EN EL POSCONFLICTO

Francisco Gorjón-Gómez

Doris del Carmen Navarro-Suárez

Carolina Isaza-Zuluaga

Adriano Moura da Fonseca-Pinto

Doi: 10.48209/978-65-5417-164-5

Considerações iniciais

Pretende mostrar el preponderante papel que podría cumplir el mecanismo de la conciliación, y su operatividad a través de la Teoría de conflictos, en la consolidación de la paz analizando el caso Colombia, y considerarse un modelo para aplicarse en otros países en conflicto.

El comienzo del siglo XXI trajo un aire de aparente paz. Después de la firma del Acuerdo de La Habana, la principal causa del conflicto parecería superada; sin embargo, recientes brotes de violencia —de otras guerrillas, bacrim o delincuencia común— y acontecimientos ligados al negocio del narcotráfico hacen imperioso indagar sobre los verdaderos detonantes del conflicto que nos impedirían construir escenarios de posconflicto estables y duraderos.

En 1991, en el replanteamiento del Estado de Derecho, Colombia adoptó una nueva Constitución, cuyo artículo 116 incluyó a la conciliación en la función de administración de justicia; figura que tiene como sustrato una enriquecida Teoría de Conflictos que rompe sus límites estrictamente legales y permite replantear la forma en que se da el relacionamiento entre los ciudadanos a través de la utilización del diálogo y el entendimiento, de forma multidimensional, que propicia el dialogo y la armonía, generando un entorno de bienestar social.

La teoría de conflictos como eje central de la conciliación

Hoy, más que nunca, y ante la gran expectativa que genera un escenario de posconflicto como sucede en el caso de Colombia, resurge con fuerza la pregunta que hace unos años se hiciera Emile Durkheim y buena parte de las teorías sociológicas “¿Qué es lo que hace que una sociedad permanezca unida? Las respuestas a este interrogante definen todo un enfoque en el estudio de la sociedad, sus instituciones y sus funciones”(www.puj.edu.com, 2023) sobre todo cuando el bienestar social está en juego, más aun cuando este impacta en la calidad de vida de las personas, por la falta de estrategias que gestionen adecuadamente sus conflictos, evitando con ello la escalada de los mismos.

La sociología clásica tiene respecto a la problemática del conflicto dos tradiciones, una de ellas representada por Emile Durkheim¹ (con un enfoque funcionalista y sistémico) de esta surge las nuevas corrientes aplicativas de la conciliación en razón de su valores intangibles, como principal resultado positiva de la gestión del conflicto en razón del bienestar subjetivo de las per-

¹ Emile Durkheim ve a las instituciones sociales como parte de algo más grande y las prácticas sociales constantemente muestran signos de integración en un marco social más amplio. Las partes del sistema colaboran entre sí para lograr un objetivo común y compartido, el cual es preservar la estabilidad social que permita, valga la redundancia, el desarrollo social. No sólo debemos analizar la «funcionalidad», sino también las «disfunciones» del sistema; los conflictos son disfunciones (confrontaciones entre fines), pero por regla general distintos de las funciones (actitudes externas al sistema social) y por tanto, enemigas del mismo. (CONFORTI, 2017. p. 52).

sonas, y la otra abordada por Karl Marx² (con un enfoque histórico-dialéctico), continuada posteriormente por la Escuela de Frankfurt. La primera o enfoque de la teoría del orden se ocupa de la integración social indagando sobre qué es lo que mantiene unida a una determinada sociedad. La segunda o sociología del conflicto responde a la pregunta sobre el cambio en las sociedades;³ en esta postura, la dinámica social se rige por la lucha por el poder entre los diferentes grupos de intereses, el poder por el poder, visto desde la óptica negativa y no en razón del ejercicio responsable del poder positivo en razón del interés de cada quien, lo que genera una verdadera transformación de las personas y se encuentran bajo su influencia directa, generando con ello bienestar social (GORJÓN, 2023). Esta tradición nos conduce a la Teoría de Conflictos y analiza las dimensiones estructurales de la violencia (marginalidad y exclusión).

La conexión lógica respecto a la tradición de la problemática del conflicto que aquí se escoge es la histórica-dialéctica, en la que la lucha por el poder en Colombia nos ha llevado a mostrar la violencia como una forma válida de llegar a la marginalización y la exclusión de clases menos favorecidas, de ahí la urgencia de integrar la conciliación como una vía al bienestar y la felicidad (GORJÓN, 2021), en donde las personas, en donde los colombianos desde su individualidad y desde sus intereses pueden gestionar por sí mismo sus conflictos, generando un efecto multiplicador abatiendo el tsunami de conflictos que una inestabilidad simple se puede pluralizar, por lo que ante la existencia de la conciliación, esta abona a una dinámica de prevención del conflicto.

2 En el campo de la teoría sociológica conflictualista del marxismo, que emerge en la primera mitad del siglo XIX en Alemania, Francia e Inglaterra, con la activa participación de Karl Marx y Federico Engels, seguida de la contribución amplia de multitud de teóricos a lo largo y ancho del mundo durante el siglo XX, especialmente; la unidad básica de análisis utilizada en sus estudios, a fin de explicar el conflicto, los movimientos y los cambios en la sociedad, es la clase social. (Silva García, 2008, p. 30).

3 La sociología del conflicto, articulada con una visión del cambio social y de lo político, en un primer momento, es aquella que da cuenta, de diversas formas, de la pugna por el control de los medios de producción (en lenguaje más marxista) o por el dominio de la economía (en lenguaje más estándar) y por las relaciones inter clase mediadas por el trabajo. (SÁDABA RODRÍGUEZ, 2006, p. 4).

Pero ¿cómo definir los conflictos?⁴ Ellos son una lucha en torno a valores, pretensiones de estatus, poder, recursos escasos, etc., en el que el objetivo de las contrapartes no es sólo obtener el fin deseado sino –eventualmente- neutralizar, dañar o aniquilar⁵ a sus rivales. Sin embargo, el conflicto puede tener una presentación *no violenta*, y de esta forma contribuir al crecimiento y desarrollo de los individuos y colectividades entre quienes se presenta, utilizando el recurso de la cooperación, de la negociación o de la transformación de posiciones a intereses comunes, por lo que entonces se armonizan las relaciones concéntricas que rigen nuestra vida diaria, en el que el rol de la influencia negativa se trasmuta en una influencia positiva.

Como es ampliamente conocido, el conflicto es un fenómeno connatural, y hasta necesario⁶ en toda sociedad. Tener conflictos o confrontarnos unos

4 Los conflictos están presentes en todas las manifestaciones de la vida. El conflicto en su sentido más amplio, aquel que engloba guerras y disputas, crisis y problemas que provocan conflictos y crisis. Únicamente tiene interés entender el conflicto como un fenómeno universal con infinitas expresiones pero que conserva una unidad conceptual, los elementos comunes que los identifican entre sí. Un fenómeno que podríamos decir se manifiesta en el primer y último acto de la vida, en el momento del nacimiento y en el de la muerte. Sin embargo, podemos entender que los conflictos pueden poseer, como mínimo dos significaciones simultáneas. Cuando los conflictos significan y representan crecimiento, oportunidad, posibilidad de innovación, cambio, regeneración, estímulo, mejora, descubrimiento y serenidad... Los conflictos, como las enfermedades, nos indican que alguna cosa está sucediendo y que, a lo sumo, podemos retardar pero no impedir. En este sentido, los conflictos son elementos que nos permiten avanzar, mejorar, prever su función regeneradora y sacar provecho. Pero el conflicto también puede significar destrucción, dominación, alineación, frustración, guerra, desgracia, dolor, sufrimiento, angustia, ofuscación, bloqueo, violencia. En estos casos podemos pensar que se está produciendo una disfunción, un error más o menos grave que forzará cambios traumáticos que acabarán perjudicando en mayor o menor medida a todas las partes implicadas. La frontera entre ambas significaciones no está bien definida, resulta ambivalente, relativa y tan sólo podremos determinar su bondad o maldad en función de los resultados finales observados desde un cierto distanciamiento. Lo que sí podremos determinar como positivo o negativo serán los métodos empleados para efectuar los cambios que los conflictos plantean. (VINYAMATA, 2004)

5 Cuando la violencia es practicada por los mismos gobiernos haciendo uso de la policía o del ejército para reprimir la libre expresión y los deseos de participación social o proteger los intereses particulares de los grupos en el poder, la violencia acaba instaurándose en la misma población que la hace suya como sistema de solventar cualquier disputa; cuando la corrupción y la inmoralidad es el sistema normal de funcionamiento en las relaciones políticas, estos métodos acabarán formando también parte del sistema de relación civil. (VINYAMATA CAMP, 2004, p. 72)

6 [no] puede afirmarse que las contiendas sociales sean algo anómalo, ya que constituyen una expresión normal de la vida en sociedad; pero, en otro plano, ni siquiera puede predicarse de manera generalizada que se trata de algo malo o negativo para la sociedad o las personas. Aun cuando los dos últimos son juicios de valor, que se emiten dentro del contexto de la filosofía, no de la socio-

a otros en diferencias a todo nivel ha sido una constante histórica de nuestra historia como humanidad.⁷ El conflicto en los seres humanos determina la dinámica de la vida y produce cambios. De tal suerte que, en ese antagonismo social está el cimiento de que ocurran con mayor rapidez las transformaciones sociales como efecto acelerador (SILVA GARCÍA, 2008), empero, esos conflictos tienen que ser gestionados y administrados adecuadamente, ya que si bien es cierto que un conflicto dinamiza, es también cierto que un conflicto paraliza cuando este desborda nuestra psique social y nuestro *modus vivendi*, por lo que entonces la conciliación, como método de gestión de conflictos se vuelve oportuna.

Como la expresión en sí misma de la palabra lo indica, el conflicto tiene una carga grande de contenido de violencia –más no necesaria-; sin embargo, por más de medio siglo se ha buscado construir teorías, conocimientos y técnicas para reducir a su mínima expresión el uso de la violencia en la resolución de conflictos tanto internacionales como nacionales; evidentemente, en este último caso se ha corrido con menos suerte. En países desarrollados como en los países en vía de desarrollo le han dado al Derecho un valor mayor del que en realidad tiene, pues sus científicos sociales no han caído en cuenta que “*el método jurídico es una técnica de prevención y resolución de conflictos que recurre a la violência*”, ya que las partes que se ven enfrentadas ante un juez, buscan –al final de cuentas- aniquilarse la una a la otra. (REMO, 2005, p. 57)

Nuestra cultura occidental fue interpretada, por la óptica de Rousseau, desde un estado de naturaleza en el que se aplicaba la ley del más fuerte, superada sólo desde la transformación de la obediencia en derecho y la fuerza en sa-

logía, igual habría que ver de qué clase de conflicto se trata y si las motivaciones que impulsan a las partes en la confrontación son justas o no, se hayan justificadas o no. Probablemente, además, la calificación como inmoral o reprochable dada al conflicto o a las acciones desplegadas por uno de los actores dentro de éste dependerá, en muchos casos, del cristal con que se mire, o sea, de la posición desde la cual es observado y ponderado el conflicto. (SILVA GARCÍA, 2008, 29-43).

⁷ El argumento parece claro. El progreso es imposible sin cambio, y detrás de todo cambio siempre hay un conflicto, más o menos explícito, más o menos percibido como tal, pero conflicto al fin y al cabo. (DÍAZ; JACA, 2013. p. 17).

ber; por lo que, el Contrato Social llevó a las sociedades modernas a prohibir el uso de la violencia a sus integrantes, pero les permitió solicitar a los jueces aplicarla, una dicotomía social, que tal vez resolvía el conflicto momentáneamente, sin embargo, no la resolvía y además se empeoraba, al utilizar la violencia bajo la justificación de un bien común, que no representaba el bienestar subjetivo de las personas en conflicto, en donde se abordaba desde la perspectiva del incumplimiento de la norma y no desde el interés de la comunidad o de las personas.

Sin embargo, desde la Teoría de Conflictos, la regla general no debe apuntar al proceso judicial que, si bien resuelve conflictos conforme a normas, principios y valores vigentes, no evita el deterioro de las relaciones de quienes sometieron sus controversias ante un juez y, por lo tanto, no logra sociedades más pacíficas. (ENTELMAN, 2002)

Ciertamente, en los últimos años ha habido un incremento considerable en la utilización de los ahora llamados *métodos de gestión del conflicto*, sin embargo, sigue siendo aún muy limitado el conocimiento de la *Teoría de Conflictos* que los sustenta o, incluso, la existencia de un concepto más generalizado de conflicto. (ENTELMAN, 2002) Dicho desconocimiento, va en contravía de la búsqueda de una sociedad estatal más pacífica, pues la resolución de controversias entre individuos o grupos de personas sigue buscando mayoritariamente la vía del proceso judicial –que si bien lo hace con ajuste a los valores y normas vigentes–, invariablemente conduce al deterioro de los vínculos de las relaciones sociales de quienes fueron contrapartes en la disputa. El proceso judicial es en esencia fulminante; muestra desde la perspectiva de la *Teoría de Conflictos* una dinámica de ganador – perdedor, impuesta por el juez, (ENTELMAN, 2002) a *contrario sensu*, la conciliación y los demás métodos de solución de conflictos, privilegian el principio ganar – ganar, que en palabras de Covey (2003), este revitaliza la relación de las personas y las hace más duradera en un ciclo propositivo que fortalece la relación desde la satisfacción de los intereses de ambas partes en conflicto.

Sin embargo, un adecuado entendimiento y puesta en práctica generalizada de la *Teoría de Conflictos* permitiría que ciertas disputas, por ejemplo, entre Estados, entre individuos, entre socios, entre cónyuges, a nivel social, fueran abordadas y resueltas con un mayor grado de efectividad y construcción de paz entre las partes involucradas, desde la perspectiva de su felicidad, desde el bienestar subjetivo de cada quien (GORJÓN, 2021).

Durante años se ha considerado que la ciencia del Derecho ofrece siempre respuestas a las problemáticas que son sometidas a su conocimiento; es decir, que los enfrentamientos entre pretensiones opuestas son resueltas indefectiblemente por el juez a favor de una de ellas; de hecho, lo que se espera de la decisión judicial es que ella adjudique el derecho en un sentido u otro al presentado por los contrincantes. (ENTELMAN, 2002)

En el anterior sentido, le dábamos al Derecho, y a las decisiones judiciales que en él se fundamentaban, no sólo un aire de certeza sino, también, de infalibilidad, en razón de la dinámica de la paz negativa y no en la visión de la paz positiva en pro de una paz estructural. No en vano, los abogados del sistema continental europeo fuimos formados bajo un sistema normativo coherente, absoluto y sabio que no necesitaba siquiera interpretación, como alguna vez afirmara Napoleón respecto de su Código Civil. De tal suerte que, frente a un caso específico que fuera puesto a nuestra consideración, dada la reverencia hacia la norma positiva existente podíamos, con amplia libertad, aconsejar a nuestros clientes sobre si hacer o dejar de hacer lo que su eventual oponente le solicitaba. (ENTELMAN, 2002)

Sin embargo, y desde la perspectiva del ejercicio de la práctica de la abogacía, los consejos dados a los clientes no siempre producen en ellos el estado de satisfacción que calme su angustia frente al conflicto que experimentan o creen pueden llegar a experimentar; esto se debe, fundamentalmente, a que el Derecho es una ciencia con unos contenidos muy elaborados, bastante desco-

nocidos, pues los legos en la materia carecen de la certeza sobre la validez o invalidez de sus pretensiones. Si bien hay para los que desconocen la norma cierto grado de conocimiento sobre si una pretensión fundada en un derecho puede o no tener como consecuencia jurídica la cárcel o la ejecución de bienes, por ejemplo, lo cierto es que a través de ellas no se le impide al oponente realizar actos o acciones que afecten a nuestros poderdantes. La mayor preocupación de nuestros clientes es que el deterioro de las relaciones producto del conflicto no constituye un derecho para ellos que corresponda a una obligación de la contraparte, (ENTELMAN, 2002) más aún cuando la solución no es su solución, es la solución del juez aplicando la norma, que salve de paso decir, la norma es rigida e inflexible que no respode a los intereses particulares, empero, si la solución se gestara desde la conciliación, esta atendería al interés de las partes, claro, respetando el interés del otro y el orden público, este argumeto es la vantana a la comprención del uso de los métodos de solución de conflictos, como tamíz social, ya que respeta la norma y el estado de derecho y atiende el interés de las partes dentro de un regimen de derecho.

De tal suerte que, tomando como inspiración la práctica desarrollada en el ámbito internacional donde los Estados que entran en confrontación no siempre resuelven sus diferencias con base en un derecho estatal conocido, pero tampoco van –necesariamente- a la guerra, emerge la vía planteada con gran éxito por la *Teoría de Conflictos*. (ENTELMAN, 2002)

La confrontación entre Estados ha sido inspiradora para formular la Teoría de Conflictos que hoy aplicamos a las oposiciones entre particulares; y si algo resulta revelador de ese desarrollo teórico es que el conflicto no sólo debe reconocerse como fenómeno existente en la sociedad, sino que sus miembros deben aprender a enfrentarlo como un método para preservar la paz, (ENTELMAN, 2002) principalmente la paz estructural en la que todos tenemos un rol preponderante en su gestión y en su sustentamiento.

Es decir, la Teoría de Conflictos nos enseña respecto a esta materia que

El conflicto consiste en un enfrentamiento o choque intencional entre dos seres o grupos de la misma especie que manifiestan los unos hacia los otros una intención hostil, generalmente acerca de un derecho, y que, para mantener, afirmar o restablecer el derecho, tratan de romper la resistencia del otro, usando eventualmente la violencia, la que podría llevar al aniquilamiento físico del otro. (ENTELMAN, 2002)

Pero, además, que el conflicto se presenta ante la percepción de escasez de algún recurso que enfrenta a las partes, dentro de la existencia de una relación en la que los oponentes se perciben mutuamente como enemigos, en la concepción personal de que se persiguen objetivos incompatibles, con la tendencia inherente a escalar con el tiempo y ante el desconocimiento de que, por regla general, los conflictos tienen soluciones.

En este escenario es donde la Conciliación, como método de gestión de conflictos encuentra el terreno propicio para acercar a las partes a la búsqueda de una solución pacífica a sus diferencias, pues la esencia que usa en su funcionamiento lógico son las herramientas dadas por la *Teoría de Conflictos*, el el marco del bienestar subjetivo percibido.

La conciliación como método inspirado en la teoría de conflictos

La conciliación es un método de resolución de conflictos de antigua existencia en el ordenamiento jurídico colombiano, pues ella estaba ligada al contrato de transacción del Código Civil vigente desde 1873. Pero, con la Ley 23 de 1991 –de promulgación previa a la Constitución actual- y ante la existencia de una crisis estructural en el aparato estatal de administración de justicia, fue concebida como un *mecanismo de descongestión* de despachos judiciales, lo que represento una innovación social que atendería a los intereses particulares de las partes, con un reconocimiento por parte del Estado. Si bien este no es el escenario para debatir sobre el daño que a la figura hizo tal denominación,

lo cierto es que unos meses después la Constitución de 1991 le da un apoyo decidido a esta forma de dirimir las disputas a través de la consagración en el artículo 116 que, por cierto, la inserta dentro de la Estructura del Estado, dentro de la Rama Judicial, y como una forma de administración de justicia transitoria asumida por los particulares.

La conexión existente entre la *Teoría de Conflictos* y la Conciliación hoy se hace cada vez más evidente y de mayor transcendencia, pues, al constituirse Colombia como un Estado social de Derecho, el artículo 2º constitucional prevé dentro de sus fines esenciales asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; mandato que a su vez reciben sus ciudadanos para ejercitar el derecho a la paz, pero, a su vez, un compromiso de carácter imperativo para todos.

Colombia se constituye y erige desde 1991 como un Estado Social de Derecho. En consecuencia, se establecieron como fines esenciales del Estado los determinados en el artículo 2 de la carta política, entre los cuales se encuentran el asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Además, la Constitución Política Colombiana determina en forma clara en su artículo 22 que “*La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento*”, convirtiéndose así en un derecho cuyo centinela ha de ser el Estado y un deber que implica un compromiso imperativo de todos quienes lo conforman, con la indiscutible participación ciudadana.

Al estar inserta la Conciliación dentro del aparato estatal de administración de justicia implica que no todas las disputas entre los particulares deben ser resueltas por los jueces, pero, también, que la lógica de su operatividad tampoco se hace con base en los criterios que utilizan aquellos para la adjudicación del derecho. El proceso judicial utiliza un esquema ganador – perdedor, donde el ganador aniquila por completo a su contrincante, deteriorando de forma definitiva la relación existente entre los dos. Por el contrario, y con base en

la *Teoría de Conflictos*, aquí expuesta, la Conciliación busca lograr un acuerdo entre las partes bajo un diseño ganador – ganador, re componedor de la relación existente entre los enfrentados y con un sentido de construcción social que genere paz en la sociedad.

La relación entre las partes enfrentadas en la Conciliación las lleva a sentarse a dialogar de forma fructífera y constructiva, disipando por el facilitador del mecanismo (Conciliador) todo atisbo de intolerancia, desigualdad o exclusión de clases; es un verdadero cara a cara, honesto, espontáneo, abierto al acceso de las partes en cualquier momento, donde toda condición de edad, social, étnica, religiosa, sexual, etc., queda despejada, y la necesidad de justicia requerida por el ser humano queda satisfecha.

La Teoría de Conflictos que soporta el mecanismo de la Conciliación muestra que ella no ocupa el estrecho encasillamiento de la descongestión judicial, sino que muestra el empoderamiento de las partes en la resolución de sus diferencias con decisiones más justas y con menores costos económicos, sociales, emocionales y psicológicos, como parte de los valores intangibles de la mediación, que genera un efecto multiplicador de conciencia y de adeptos a los métodos de solución de conflictos.

En la construcción de la paz de cualquier país los métodos de gestión de conflictos (*M.G.C.*) cumplen un papel preponderante puesto que ellos contribuyen a la construcción de la confianza, “(...) al poner como base de su operación el dialogo y el consenso entre las personas, y entre estas y el Estado.” (MINJUSTICIA, 2017, p. 93) Los *M.G.C.* constituyen un esfuerzo conjunto entre la población y el Estado, de construcción del cambio social, para atender y tramitar los problemas entre las partes, así como también para prevenir su escalonamiento y resolverlos.

Hoy en día, en escenarios de posconflicto, podemos afirmar con contundencia que la Conciliación, y su fundamento en la *Teoría de Conflictos*, muestra

la importancia de un cambio de mentalidad que redunde en el cambio cultural en la que la sociedad afronte la resolución de sus controversias, pues los *M. G.C.* tienen un estrecho vínculo con la democracia y la justicia, a través del desarrollo del diálogo y el logro del consenso, con un aporte sin igual para la construcción de la convivencia y coexistencia humana. (MINJUSTICIA, 2017)

La paz como valor social intangible de la conciliación

Ahora bien, como se ha venido señalando en los apartes anteriores, el proceso de conciliación al posconflicto en Colombia ha pasado por un periplo de adaptación que ha comprendido varias etapas. Lo anterior evidencia cómo es que el proceso de conciliación y de negociación entre las partes logró ubicar los intereses de ambas y salir de sus posiciones -que durante años generó el apoteósico conflicto en nuestra sociedad- teniendo como eje rector la voluntad del pueblo colombiano. Tal voluntad de entendimiento ha sido el elemento *sine qua non* de los métodos de solución de conflictos, en los que se refleja el enorme valor intangible positivo que todo proceso de pacificación requiere para su éxito.

La conciliación y los métodos de solución de conflictos, en general, son considerados herramientas para la paz, pero desde la perspectiva de su intangibilidad y su valor proactivo. Los métodos de gestión de conflictos son reconocidos un activo de la paz. Desde la perspectiva aquí presentada resultan sinónimos, ya que, en ambos contextos, a través de su aplicación y uso, provocan bienestar en las personas y en la sociedad en general por ser medios para el desarrollo pleno de la una cultura de la no violencia, la prevención y la resolución de conflictos.

Al respecto Fisas señala que “(...) *el proyecto de construir una cultura de paz en buena medida no es otra cosa que el reto planetario de abordar los conflictos desde otra mirada, con otros utensilios y con otros propósitos(...)*.”

(FISAS, 2005, p.15) De igual forma, asegura que “(...)la alternativa a la violencia ha de sustentarse en la negociación, el diálogo, la mediación, el empoderamiento, la empatía y la capacidad de manejar nuestros propios conflictos” (FISAS, 2005, p.17-38), considerando en todo momento las características mensurables de la sociedad, para generar estrategias de desarrollo más asertivas de las cuales partir para la implementación de los Métodos de Solución de Conflictos (MSC).

En este sentido, y siguiendo a Fisas, la intención de resolver el conflicto es a largo plazo, por lo que, al no implicar una estrategia a corto plazo, lo que es necesario es ‘construir una cultura de paz’; y el uso de la conciliación y los demás MSC son la vía para asegurarlo, siendo el diálogo, la no violencia y la concertación la vía para lograr que las personas resuelvan sus conflictos por ellos mismos en procesos constructivos para el cambio social, evitando la escalada del conflicto que tanto daño hizo a Colombia por décadas.

Por cultura puede entenderse aquello que han ido construyendo los seres humanos a lo largo de su historia, “es todo lo que se aprende y se transmite socialmente” (BESALÚ *et al*, 2004), y su principal característica es que ésta se aprende a través de procesos de socialización, a través de la relación de cada individuo con el medio social y natural en el que se desenvuelve, dando sentido y significado a la realidad.

Esta definición de cultura nos permite prever, *De lege ferenda*, que la universalidad de los principios en que se sustentan los MSC., y el valor intrínseco de sus intangibles, así como el reconocimiento de la necesidad de la paz en el mundo, darán paso a su instrumentación e implementación como una realidad latente e inexorable que, en efecto, hoy es en Colombia; sin embargo, ésta requiere del mantenimiento y seguimiento específico, pues de no hacerlo, se corre el riesgo de un retroceso como ocurrió en otros momentos del conflicto.

Por lo tanto, se hace necesario que en este momento del posconflicto se considere a la conciliación como el eje rector del proceso de permanencia de la *paz estructural*, como un hecho perenne de paz.

Los MSC. tienen su fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, reconocido internacionalmente. Es un derecho universal presente en la mayoría de la sociedad, y un sustento legal reconocido a nivel mundial que les otorga seguridad jurídica a sus resultados (acuerdos, convenios, laudos), los hace vinculantes a las partes en un esquema multidisciplinario, interdisciplinario y multidimensional. Los MSC. son los principales aliados de la paz, considerando que su desarrollo necesita de un marco legal porque la oposición a la violencia requiere de una adecuada comprensión de los límites en los que puede moverse lícitamente las distintas actividades humanas. (BALLESTEROS, 2006)

Existen, básicamente, dos conceptos de paz: la paz positiva y la paz negativa; el primero se caracteriza por la ausencia de guerra y violencia directa, junto con la presencia de la justicia social; el segundo, por la simple ausencia de guerra y violencia directa. (HARTO DE VERA, 2004) Ambos conceptos son compatibles con la misión de los MSC., que pretenden en todo momento el desarrollo de esquemas de justicia y paz en todo tipo de conflicto (GÓRJON, 2009), con participación directa de las personas. Al respecto, Güell (2005) considera que las adecuadas satisfacciones de las necesidades de las personas favorecen en todo momento a la paz, que está ligada necesariamente a la convivencia en un entorno socio-político-económico, con consecuencias a terceros.

Sin embargo, y para los efectos de este artículo, el concepto de paz positiva u holístico es más compatible, y amplio, sin dejar de lado el concepto de paz estructural que integra a todos los actores de la sociedad, ya que involucra directamente a las personas como protagonistas sociales -sin que exista necesariamente la existencia de una guerra para su desarrollo-, pues lo que se pretende

es que la sociedad misma rompa con el paradigma del Estado paternalista administrador de justicia y se adecúe a un nuevo modelo jurídico de resolver por sí misma sus controversias.

Se entiende, entonces, que

El estado de paz vendría a coincidir con una situación de justicia en el que las relaciones intergrupales son de tipo cooperativo y se encuentran vigentes en su plenitud los derechos humanos. Por tanto, se trataría de un modelo ideal en el que el concepto de paz se asocia con otros valores considerados deseables, como la justicia, la libertad y la ausencia de cualquier conflicto (HARTO DE VERA, 2004)

Agregando que también es considerada un factor de desarrollo (FISAS, 2004), en consecuencia un intangible, con valores propios.

En el caso Colombia, se transitó de la paz negativa a la paz positiva, estando ahora en vía a una paz estructural. En la primera de ellas, fue evidente el intento de controlar, de inhibir, se reaccionó ejecutivamente con el poder del Estado para controlar y someter el conflicto; sin embargo, su resultado no fue el más afortunado. Pero, cuando el proceso asumió la dimensión de la paz positiva, y se incorporaron elementos de diálogo y concertación a través de la conciliación, el resultado fue distinto; logrando lo que hoy en Colombia tenemos: una declaración duradera y estructurada de paz “*paz estructural*” que puso alto al fuego, así como de certidumbre de tranquilidad a toda la sociedad, en donde ahora todos participan y son corresponsables.

Debe destacarse que, para que este proceso de paz sea duradero, se requerirá mantenerlo en un esquema de paz positiva, lo que exige la participación constante y permanente de la sociedad, ya que el gobierno y las fuerzas generadoras del conflicto no podrán sostener este logro si la sociedad en general no participa activamente en sostener la paz, esto es, resolver sus conflictos y los de su comunidad a través de la conciliación.

La sociedad, entonces, tendrá que generar -permanentemente- acciones de paz positiva conforme a los siguientes elementos que otorgan un valor in-

tangible superior a la conciliación frente a otros esquemas que, evidentemente, no prosperaron en su momento, y que hoy son una realidad que se encuentra presente empíricamente en el accionar cotidiano de todo colombiano y provocan la paz positiva:

- Desarrolla aptitudes para: el diálogo, la negociación, la cooperación y la formulación de consensos y la solución pacífica de conflictos.
- Da acceso a una vida más justa a través de: el conocimiento, la investigación, la docencia.
- Genera bienestar al ser humano en sus relaciones: sociales, espirituales, mentales.
- Promueve: el respeto, el perdón, el entendimiento mutuo, la concertación, la vida en democracia, alientan la convivencia al provocar la participación activa de la sociedad en la solución de sus conflictos, la reducción del temor de la gente, la reducción del resentimiento social, la paz duradera. (GORJÓN, 2013, p. 48-54)

Conclusiones finales

Pensar en la gestión de los conflictos a través de la educación para la paz y generar una cultura para la paz, es tal vez el escenario ideal para el proceso volitivo de toda sociedad moderna. Empero considerar a la paz como un método de solución de conflictos, se encuentra en pleno debate su aceptación como tal, ya que algunos solo ven la paz como horizonte, otros como piso o punto de partida y otros lo vemos como un método de gestión de conflictos.

Empero, para los efectos del presente artículo, hemos integrado a la conciliación y a la teoría del conflicto como elementos constitutivos de la paz, en su proceso operacionalizador, que a través de ellos se logra generar un escenario positivo para generar el sustrato de paz, en caso del pos conflicto, como sucede en el caso colombiano.

Podemos afirmar después del presente análisis que al integrarse la conciliación en Colombia, una perspectiva diferente surgió, generando nuevos escenarios de diálogo y concertación, dando paso a una paz positiva participativa

en donde la sociedad asume un rol mas dinámico, que si solo permaneciera en un estado de paz negativa, que antes identificamos, sin embargo, no solo observamos que la introducción de la conciliación en Colombia es proclive para lograr la paz, sino que habre la puerta para genera dinamicas sociales positivas que privelegian el bienestar subjetivo pericibido de las personas, en pro de un ambiente de paz, en un entorno de felicidad generalizado, respetando claro está, la felicidad de cada quien, haciedo esto proclive a la conciliación, para que desde el accionar particular de las personas pueda desarrollarse un entorno de bienestar social, cuando cada quien puede gestionar sus conflictos, generando una entorno positivo y aumentando la calidad de vida de las personas, en un vivir bien, en un buen vivir.

Referencias

BALLESTEROS, Jesús. Repensar la paz. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias. (2006).

BESALÚ, Xavier, Climent, Teresa. “Construyendo identidades: espacios y procesos de socialización de los jóvenes de origen inmigrante.” (2004).

CONFORTI, F. (2017). Construcción de paz: diseño de intervención en conflictos. Madrid, ES: Dykinson.

COVEY, Stephen R. LOS 7 HÁBITOS DE LA GENTE ALTAMENTE EFECTIVA. Ed. Paidos. España, 2003.

DUNCAN, G. (2005). *Del campo a la ciudad en Colombia: la infiltración urbana de los señores de la guerra*. Univ. de los Andes.

ELORRIAGA, Irene Larraz. “La Construcción De Legitimidad a Través Del Capital Simbólico. El Caso Del Proceso De Paz De Colombia. Estudios Políticos.50 (2017): 257-80.

FISAS, Vincenç. “De qué hablamos cuando hablamos de paz y conflictos.” *Cultura de paz y gestión de conflictos*: 17-38. (2001)

Fisas, Vincenç. Procesos de paz y negociación en conflictos armados. Barcelona: Paidós. (2004).

FISAS, Vincenç. “Abordar el Conflicto: la negociación y la mediación.” *Revista Futuros* 10.3 (2005).

FISAS, Vincenç. Gestión del conflicto, negociación y mediación. (2013). Madrid, ES: Difusora Larousse - Ediciones Pirámide.

GONZÁLES, F. (1987). Iglesia y estado desde la convención de Rionegro hasta el Olimpo Radical 1863-1878. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Culura*, 0(15), 91-163.

GONZALO QUIROGA, Martha (Ed.) Métodos alternos de solución de conflictos: herramientas de paz y modernización de la justicia. Madrid, ES: Dykinson. (2011)

GORJÓN, Francisco & Sáenz, Karla. Métodos alternos de solución de conflictos. México: CECSA (2009)

GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier. “El VALOR INTANGIBLE DE LOS METODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS”. *Nuevo Sistema de Justicia Penal*. Año IV septiembre de 2013. Número 6. pp. 48 - 54

GORJÓN GÓMEZ, Francisco. Teoría de la Impetración de la justicia. Por la necesaria ciudadanización de la justicia y la paz. *Comunitania: revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, 10, 113-131. (2015)

GORJÓN, Francisco. EL PODER DE LA MEDIACIÓN. Ed. Porrúa. México, 2023.

GORJÓN, Francisco. LA MEDIACIÓN COMO VIA AL BIENESTAR Y LA FELICIDAD. Ed. Tirant Lo Blanch. México, 2021.

GUEDÁN, M. M., & Ramírez, R. D. (2005). Resolución de conflictos en el S. XXI. Madrid, ES: Trama Editorial.

GÜELL, L. Vivir en paz. Conflictología y conflictividad en la vida cotidiana. Barcelona: Hacer. (2005).

GUTIÉRREZ, Carlos B.; (2003). Cultura de conflictos en vez de tolerancia. *Revista de Estudios Sociales*, febrero, 63-70.

HARTO DE VERA, Fernando. Investigación para la paz y resolución de conflictos. Valencia: Tirant Lo Blanch. (2004)

HERRERA, M C; Pinilla Díaz, A; Infante Acevedo, R; (2001). CONFLICTO EDUCATIVO Y CULTURA POLÍTICA EN COLOMBIA. *Nómadas* (Col), () 40-49. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=105117927004>

MARTÍNEZ, G. M. D. C. (2012). La negociación. Madrid, ES: Ediciones Díaz de Santos. Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar. (2015). Madrid, ES: Dykinson.

NASI, C., & Rettberg, A. (2009). Los estudios sobre conflicto armado y paz: un campo en evolución permanente. Bogotá, CO: Red Colombia internacional. Plan Decenal. Sistema de Justicia. 2017 – 2027. <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10240/11714521/Documento+Plan+Decenal+23-jun-17.pdf/5e7b92ba-074e-4926-b46a-87c14454d763>

SÁDABA RODRÍGUEZ, Igor. La conflictividad en la sociedad de la información y la globalización: de la “cuestión social” al discurso del riesgo. Madrid, ES: Red Nómadas, 2006.

SILVA GARCÍA, Germán; (2008). LA TEORÍA DE CONFLICTOS. Un marco teórico necesario. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Julio-Diciembre, 29-43.

TORRES, F. S., & Méndez, J. N. (2001). Determinantes del crimen violento en un país altamente violento: el caso de Colombia. *Economía, crimen y conflicto*, 285.

VALENZUELA, P; (2002). Reflexiones sobre interpretaciones recientes de la violencia en Colombia. *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, 9() Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10503007>.

ORDÓÑEZ VALVERDE, Jorge. “Teoría de Conflictos” Justicia Restaurativa: Un Modelo Alternativo Para La Transformación Pacífica De Conflictos. Guía Para Docentes De Instituciones De Educación Media En Colombia. En: Colombia ISBN: 978-958-8162-96-6 ed: Pontificia Universidad Javeriana , v. , p.1 – 24. (2007)

VÁZQUEZ PIÑEROS, María del Rosario; (2007). La Iglesia y la violencia bipartidista en Colombia (1946-1953). Análisis historiográfico. Anuario de Historia de la Iglesia, . 309-334.

VINYAMATA, C. E. (2004). Conflictología. Madrid, ES: Editorial Ariel.

CAPÍTULO 7

ARBITRAGEM: A NECESSIDADE DE UM PARÂMETRO LEGISLATIVO A CONTEMPLAR AS NECESSIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Theoblado Spengler Neto

Hipólito Domenech Lucena

Doi: 10.48209/978-65-5417-164-6

Considerações iniciais

O presente artigo visa prospectar a arbitragem, como forma de viabilizar o tratamento das cizânias em que a Administração Pública esteja envolvida. Delineada como método heterocompositivo de solução de conflitos, o procedimento arbitral, ao mesmo tempo em que possui potencial para produzir uma ruptura na forma com que a Administração Pública conduz suas divergências, seja como parte autora ou ré, mantém o processo decisional atrelado a um terceiro, denominado árbitro, que será o responsável por emitir a sentença arbitral.

A Lei nº 9.307/96, responsável pelo tratamento específico das questões voltadas para a arbitragem, selou a relevância do instituto no cenário jurídico, mas manteve o foco voltado para relações eminentemente privadas. Mesmo assim, o crescimento de demandas a cargo do Poder Judiciário, mantêm-se em

franco crescimento, fazendo com que haja um movimento de reestruturação dos Tribunais, com o objetivo de dar vazão à toda a gama de processos convergentes para sua esfera. Aliado a isso, eclodem novos direitos, que em sentido idêntico aos já consignados pelo ordenamento jurídico pátrio, merecem guarida pelas vias competentes. Por outro lado, esse congestionamento do Judiciário não surpreende. É perfeitamente inteligível que haja um número mais expressivo de condução de litígios ao espaço judicial, haja vista cultura já há muito arraigada na sociedade brasileira, de encaminhamento de divergências às suas cortes. É nela que se deposita a confiabilidade da decisão definitiva, sem falar na diminuta propagação de métodos alternativos de solução de conflitos, à uma, porque existe um sistema perfeitamente engendrado, cujo rito processual credita a instituição responsabilizada pela decisão da controvérsia. Em contrapartida, mesmo que as partes não optem pela arbitrabilidade, permanecerá a via judiciária, fulcrada na premissa de uma decisão emanada pela autoridade togada, não havendo o impulso necessário para que a arbitragem obtenha confiabilidade suficiente à sua prática, paralelamente ao Poder Judiciário.

Visivelmente, considerando-se tanto autocomposição, quanto heterocomposição, é na arbitragem que se vislumbra maior proximidade ao sistema judicial, fator preponderante na tentativa de se estabelecer um novo patamar do fluxo processual. Em idêntico sentido, urge a busca de um arrefecimento dos litígios à cargo do Judiciário e que em sua maior parte são provenientes do próprio Poder Público.

O avanço legislativo propugnado pela Lei nº 13.129/2015, alterando a Lei nº 9.307/96 e propugnando a inclusão da Administração Pública, na qualidade de ente possuidor das faculdades necessárias à efetivação da arbitragem, sem sombra de dúvidas, representou um avanço na ampliação do acesso à justiça e na prospecção de um novo horizonte ao tratamento de conflitos.

Não obstante, é preciso dar um passo adiante. Não basta a utilização do instrumento arbitral como via secundária de acesso, especialmente quando uma

das partes for a Administração Pública. A oportunidade estabelecida pela Lei nº 13.129/2015, converge para essa ideia de deslocalização dos procedimentos voltados a execução da arbitragem. Além da permissibilidade no que tange à adesão dos entes públicos, encartada nos parágrafos 1º e 2º, do artigo 1º, o artigo 5º, da Lei 9.307/96, reza que às partes é facultado o estabelecimento de opção pertinente ao órgão arbitral institucional ou instituição especializada, à cujas regras estarão adstritas.

Da análise do referido preceito, aliado ao artigo 21 do mesmo estatuto, permite-se ainda inferir que o ente escolhido para executar o procedimento arbitral, caso necessário, não obriga a vinculação à alguma comarca judicial, ou seja, a estipulação da instituição que realizará o trâmite poderá recair sobre pessoa jurídica privada especializada.

Gerar alternativas viáveis, em um setor com um regramento em que vige um critério de subordinação a lei, é o principal desafio. É fundamental que quaisquer instrumentos, desde os mais simples, até os mais complexos, sejam moldados a partir da concepção administrativa. Princípios como o da supremacia do interesse público sobre o particular, indisponibilidade do interesse público ou legalidade, não podem ser considerados entraves, mas ferramentas a serem utilizadas na construção de um serviço público de excelência.

Arbitragem no direito brasileiro

A tendência de buscar no Judiciário a solução atinente à solução de litígios é histórica. Muito antes de se pensar em uma estruturação judiciária, já se convergia para dissipação de conflitos por um terceiro, que geralmente exercia influência na comunidade, no povoado ou na família, não obstante, restou marcada em nossa sociedade o fato de que a decisão deveria ter a chancela de uma autoridade competente para tal, assim como o chefe de família exercera o pátrio poder, o encaminhamento da contenda ao juiz togado representa a autorização

do dever de fazer ou de não fazer, pagar ou receber, etc., isso tudo acompanhado da coercibilidade e imperatividade estatais, conduzindo à percepção de que somente por essa via seria possível alcançar a definitividade do ato derradeiro do magistrado (DI PIETRO, 2021).

No mesmo sentido, elementos distintivos da coerção estatal, encontram-se entranhados na própria noção de *jus imperium*, componente da essência da Administração Pública desde a sua formação, conformando a percepção do Estado, a partir de sua inserção nas sociedades *juspoliticamente* organizadas, como um monopolista legítimo de exercício da supremacia (MOREIRA NETO, 2014).

Em consonância com o anteriormente exposto e contrariando o que se propaga na sociedade atual, a jurisdição estatal sucede os primeiros fragmentos de métodos heterocompositivos, sobretudo a arbitragem. Buscava-se, ao invés da sobreposição da força coercitiva do Estado, no sentido de compelir as partes à obediência de prescrição judicial, uma autoridade ou liderança que, perfilhada com princípios éticos de honestidade, boa conduta, respeitabilidade e crédito moral perante a comunidade em que se insere, assumisse, deliberadamente, a responsabilidade pela solução da contenda (CARMONA, 1990).

Na tarefa de perseguir as origens da arbitragem, verificam-se históricos relacionados à mitologia grega, especialmente no célebre “Julgamento de Páris”. Apesar de tratar-se de conto mitológico, a adesão ao formato de julgamento efetuado por um terceiro, prevalece até os dias atuais, por outro lado, não constitui heresia jurídica afirmar que essa metodologia de resolução de desavenças, eclode com o surgimento da própria humanidade, mas dificilmente haverá viabilidade em traçar os primórdios da utilização desse instrumento heterocompositivo. Ainda sob esse mote, e no intuito de trazer maior concretude ao tema, fragmentos históricos da arbitragem, quer no Direito Privado, quer no Direito Público, podem ser vislumbrados no Império Romano (PINHEIRO, 2016, p. 57).

Entretanto, a perspectiva focada na formalização escrita da arbitragem, obtém a sedimentação de suas raízes, segundo regras assentadas, em sua maioria, nas normas de Direito Privado. O Reinado Português, entre os séculos XII e XIII, estabeleceu previsões relativas à agentes internos e externos aos estatutos municipais. Dentre os estatutários, os avenidores ou convenidores formariam um determinado contingente, que teriam suas decisões chanceladas por fiadores. Em acepção assemelhada, mas externamente à Administração, postava-se a possibilidade de escolha de alvidros. Cabe ainda salientar, que à semelhança do que ocorre atualmente e diante de um pacto anteriormente efetivado, a arbitragem poderia ser uma opção viável, tanto às contendas cíveis, quanto às penais e se concedida às partes a faculdade de nomear árbitros e dispor sobre sua quantidade adequada (KUMANLAL, 2014).

Convergingo para a realidade brasileira, foi no limiar dos primeiros ideários constitucionais e na toada do que fora prospectado pelos regimentos públicos portugueses, que se recepcionaram normativas congêneres no Estado Brasileiro. Fulcrando-se detidamente nas causas cíveis e penais e na conduta de escolha dos árbitros pelas partes, inspiração da especialização portuguesa, a ordem jurídica nacional, por intermédio da Constituição Imperial de 1824, inovou, acrescentando a possibilidade de execução de sentença sem a necessidade de recurso, condicionada à vontade das partes, mantendo o que hodiernamente ainda persiste como princípio basilar da arbitragem, entretanto, a inauguração do juízo arbitral obrigatório a determinadas causas, sobreveio em razão de estipulação do Código Comercial Brasileiro, com esboço no Regulamento 737, de 1850. O ingresso dessa relevante alteração processual fez com que, no mesmo ano de sua edição, houvesse aplicação prática do desenho normativo, mantendo a arbitragem obrigatória sob guarida da Lei Consumerista (BACELLAR, 2012).

Contrariamente ao que havia se verificado na Carta Imperial de 1824, passou-se por um período de estagnação, senão retrocesso, da Legislação Constitucional de 1891, que limitou a aplicação da arbitragem à um nível subordinativo, vinculada a questões nada usuais no ordenamento pátrio, referente à eventualidade de declaração de guerra e celebração de paz, mediante a devida vênua do Congresso Nacional ao Governo, casos em que se exigiria como pré-requisito à obtenção da referida autorização, que inexistisse ou que fosse fracassada a arbitragem (TEIXEIRA, 2016).

Mesmo que consideradas insuficientes, as introduções ao Código Civil de 1916, intuindo dar um novo contexto à arbitragem, abriram as portas para que se propusesse um novo olhar sobre esse formato de acesso à justiça, introduzindo regras a ele atinentes, em trecho delimitado ao Direito das Obrigações, fator que inspirou a Constituição de 1988, que apesar de menção tímida ao instituto, no §1º, do artigo 114, face à negativa de negociação coletiva, ao menos não se postou inerte, à exemplo das Constituições que a sucederam entre 1934 a 1967 (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

Entretanto, perspectiva totalmente inédita seria obtida quando do advento da Lei nº 9.307/96, um regramento sólido, cujo sustentáculo elevou a arbitragem à um novo patamar, haja vista os efeitos oriundos das medidas por ela carreadas, atingindo mortalmente toda a especulação acerca da validade do instituto e pretensas incompatibilidades com as demais normas, apesar de uma boa parte refutar o sistema arbitral como uma via de solução de litígios (BRASIL, 1996).

No mesmo sentido e com uma resistência ainda mais poderosa, a inclusão da Administração Pública como ente apto a utilizar-se da arbitragem para dirimir desavenças, paulatinamente ganhou espaço, fixando-se definitivamente em razão do marco institucional da Lei 13.129/2015, conforme segue:

Nesse sentido, “a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997) estabelece que o contrato de concessão deverá indicar ‘o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais’ (art. 93, XV). A Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo) preconiza que são cláusulas essenciais, nos contratos de concessão do setor de óleo e gás, aquelas que dispõem ‘sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional’ (art. 43, X). Também, a Lei nº 10.233/2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) esclarece que devem constar, obrigatoriamente, dos contratos de concessão, como cláusulas essenciais, as ‘regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem’ (art. 35, XI)”, entre outras que se seguiram. (FERREIRA; OLIVEIRA; SCHMIDT, 2021, p. 27).

Note-se, que a mais valia da arbitragem consiste no fato de materializar institucionalmente, instituto afeto à seara privada e que somente por iniciativa pioneira de gestores vinculados à Administração indireta, foi possível engendrar um formato que recebesse a autorização, e mais do que isso, a corroboração da Estrutura Legislativa Brasileira. Ressalte-se ainda, que a implementação do acesso à justiça proporcionado pelo método arbitral traz à prática a quimera constitucional da razoável duração do processo, seja ele administrativo ou judicial, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45 e que fez incluir o inciso LXXVIII, ao artigo 5º do Mandamento Constitucional de 1988, concretizando, de certa forma, o preâmbulo do Texto Magno, que propugna a garantia dos meios que assegurem a solução pacífica de controvérsias (CARVALHO, 2019).

Arbitragem na administração pública

De acordo com o já mencionado, a Lei nº 9.307/96 estabelece contornos gerais acerca da arbitragem, mas somente com o advento da Lei nº 13.129/2015, passou-se a integrar a Administração Pública a esse contexto. Por outro lado, em precedente anterior à Constituição Federal de 88, o Supremo Tribunal Federal prospectou a utilização da arbitragem para conflitos que envolvam inte-

resse público. O apregoado “caso Lage” reconheceu procedência a arbitragem efetivada em contratos ajustados com o setor público, mesmo à guisa de norma regulamentadora do instituto. Com o mesmo espreque, o Superior Tribunal de Justiça também admitia concessão da arbitragem em conflitos que envolvessem empresas públicas e sociedades de economia mista, assim como a maioria da doutrina atinente ao tema (PINHO; RODRIGUES; STRÄTZ, 2020, p. 62-63).

Entretanto, mesmo após a edição da Lei 9.307, em setembro de 1996, ainda havia na comunidade jurídica uma certa desconfiança em torno da factibilidade da regra arbitral e somente no ano de 2001, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se em favor de sua constitucionalidade, no julgamento da homologação de sentença estrangeira SE 5.206-7 de 12 de setembro, corroborando a legalidade de opção das partes pela arbitragem, condicionando a inafastabilidade da jurisdição pela vontade dos envolvidos (FACCI, 2019).

Em uma toada evolutiva da arbitragem, sem olvidar a louvável percepção do Novo Código de Processo Civil de 2015 - que embora tivesse instituído normas relativas à arbitragem, soube lidar com a jurisdição arbitral advinda da Lei 9.307/96 -, lucidamente, a Lei a Lei 13.140/2015 laborou em tópicos bem específicos da processualística civil brasileira que, eventualmente, poderiam ser fator de dissintonia entre a regra arbitral e a jurisdição estatal. Com essa mesma motivação, alinha e harmoniza o inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, com o § 1º, do artigo 3º, de sua Codificação, conciliando arbitragem e acesso à justiça, eliminando dúvidas acerca da constitucionalidade da jurisdição privada, sem que isso gere uma interferência na jurisdição estatal (FIGUEIRA JUNIOR, 2019).

Contudo, o marco institucional da arbitragem em termos de Administração Pública, alcança seu ápice com a edição da Lei 13.129/2013, traçando linhas mais visíveis a nortear os gestores e aplicadores do Direito Público, a partir de alterações estatuídas no artigo 1º, da Lei 9.307/96, permitindo, nesse

contexto, que os litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis pudessem ser solucionados por intermédio da arbitragem. Mesmo que aprioristicamente não se tenha optado por uma norma que tratasse especificamente de um sistema arbitral público, a inserção do citado dispositivo foi fundamental à abertura do restante do arcabouço jurídico-administrativo e à compreensão das entidades responsáveis pela fiscalização da atividade administrativa, do potencial auspicioso, que uma metodologia destacada da jurisdição estatal, pode oferecer. Para exemplificar, o Tribunal de Contas da União (TCU) rechaçou a possibilidade de arbitragem aos contratos administrativos, tendo em vista o fato de que os princípios existentes na seara Pública consubstanciariam evidente contrariedade aos postulados carreados por essa via de solução conflitiva (NOHARA, 2020).

No campo contratual, a referência legislativa da Administração Pública recai sobre a Lei de Licitações e contratos administrativos. Inicialmente, a Lei 8.666/93 se manteve silente à legalidade de cláusula que provisionasse a arbitragem, apesar de uma quantidade significativa de normas referentes à setores públicos chave, como telecomunicação e energia elétrica, já especificarem essa possibilidade. Com mais ênfase, a Lei de concessões e permissões de serviços públicos, nº 8.987/95, alterada pela Lei nº 11.196/2005, introduz a opção de recurso a mecanismos privados de resolução de conflitos. Em um mesmo diapasão, a Lei nº 13.190/2015 fez constar, na norma referente ao Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/2011), a mesma oportunidade (DI PIETRO, 2021).

Paulatinamente, o posicionamento do Tribunal de Contas da União, em especial o exarado por intermédio do acórdão nº 1.330/07, convergiu para a permissão da arbitragem, tanto no tocante à resolução de conflitos gerados a partir de parcerias público-privadas, porque constantes do artigo 11, inciso III, da Lei nº 11.079/2004, quanto para aqueles contatos de direito privado formalizados pela Administração Pública, uma vez que se consubstanciariam em atos

administrativos negociais, em que o Estado se posta em igualdade aos particulares (DI PIETRO, 2021).

Atualmente, essa mudança de posicionamento converge, indubitavelmente, ao atendimento do princípio da eficiência, incluído na Carta Constitucional pela Emenda 19/98, em razão de que ao instituir a arbitragem, setores públicos tendem a obter um maior equilíbrio entre despesa e receita, uma vez que será natural a previsão mais assertiva do que se pretende arrecadar em um diminuto espaço de tempo, bem como o que se pretende dispendar, graças à celeridade da arbitragem. (BERALDO, 2014).

Além do mais, a sujeição à arbitragem pela Administração pública faz presumir, que as partes, seja o Estado ou o particular, pretendem sujeitarem-se à uma jurisdição que não a estatal, cabendo ressaltar que:

Não que essa exclusão seja absoluta, pois, como se desenvolverá a seguir, o funcionamento e efetividade da solução arbitral de controvérsias dependem da disponibilidade de medidas judiciais de apoio e tem sua confiabilidade assentada na possibilidade de exame judicial – ainda que excepcional – da validade de suas decisões. Além do mais, a cláusula de arbitragem afasta a jurisdição no tocante às controvérsias surgidas em relação a um contrato determinado, mas não impede, quando cabível, sua execução judicial como título executivo extrajudicial.

De qualquer forma, a exclusão da jurisdição estatal, nos seus devidos limites, é um dos principais objetivos buscados pelas partes com a arbitragem. Por uma, algumas ou todas as razões já mencionadas⁹ ou pelos valores aqui discutidos, ao optarem por esse instituto, as partes consagram sua preferência em submeter o caso a uma solução privada, em oposição aos mecanismos estatais de solução de controvérsias (SALLES, 2020, p. 291).

Evidentemente, não se pode deixar de referendar o fato de que a proposição de arbitragem que envolva a Administração Pública, mesmo em se tratando de contratos administrativos, estará restrita a questões predominantemente patrimoniais ou técnicas, ou o que a doutrina voltada ao Direito Público comumente estabelece como “direitos patrimoniais disponíveis”, caso em que é vedado ao árbitro deliberar em substituição do poder de autoridade do Estado (OLIVEIRA, 2020, p. 502).

Arbitragem na Administração Pública Municipal: a necessidade de um modelo contencioso administrativo dos litígios estatais

Sem dissociar-se das questões anteriormente discutidas e tomando por conta a evidente constitucionalidade da utilização da arbitragem, repise-se ainda, sua condição privilegiada, no sentido de compor não somente uma via adequada a seara conflitiva na Administração Pública, mas como um instrumento efetivo de transformação da realidade desse setor, implementando de fato um sistema que proporcionará, entre outros fatores, autonomia administrativa na condução de determinadas contendas.

Para tanto, cabível a cisão entre o procedimento disponível no espaço físico do Judiciário e a condução concretizada por meio de câmara ou árbitros privados, a fim de projetar mais precisamente as bases de um contencioso administrativo, a atender as entidades públicas que optarem por construir um novo caminho no tratamento de seus litígios.

Em verdade, a separação entre o processo que se desenvolve a cargo do magistrado e aquele conduzido pelo árbitro, contraditoriamente, deve considerar as semelhanças entre ambas. Isso se deve ao fato de estar arraigado em nossa sociedade o sentimento de que a resolução definitiva de suas divergências, somente obterá uma resolução definitiva se emitida por um juiz de direito. Quebrar esse paradigma é tarefa árdua, mas ao pensar-se em alternativas cabíveis ao saneamento do Judiciário, a arbitragem se posta como a metodologia que mais se aproxima daquilo que se obtém por meio dos Tribunais Estatais. À uma, porque tanto o procedimento judicial, quanto o arbitral, constituem-se em métodos heterocompositivos de solução de conflitos, em que há a intervenção de um terceiro, com vistas à decisão do conflito. À duas, porque o caráter jurisdicional que permeia os institutos, pode servir de catalisador ao impulso-

namento da arbitragem, tomando em consideração a semelhança procedimental existente (DELLORE; TARTUCE, 2021).

Veja-se, que no empenho para ampliar a vazão de processos, arrefecendo tanto o ingresso de novas demandas, quanto o tempo de sua duração, o Poder Judiciário, em vista do que se tem propagado em torno das técnicas de acesso à justiça, além do método heterocompositivo, que lhe é afeto, impulsionou a autocomposição no ambiente forense, fazendo com que se agregasse à já sedimentada conciliação, ferramenta voltada à pacificação conflitiva. Em oposição ao que se propugna no espaço judiciário e em razão de buscar a pacificação do confronto, a mediação, tem por objetivo restaurar laços rompidos, sem uma preocupação detida no tempo necessário ao que se pretende e independentemente de que o resultado seja coincidente com a extinção do litígio. Mesmo sob essa perspectiva, pode-se afirmar que a mediação supera a conciliação em alguns aspectos, especialmente no que tange à não indução de qualquer solução jurídica, incluindo o acordo, consistindo em criar um ambiente favorável para que as partes cheguem à um consenso, mesmo a opção seja por dar seguimento à causa na esfera judicial (SPENGLER, 2019).

Diante de tais aspectos, é de se inferir, sem olvidar as vantagens auferidas ao descongestionamento do Judiciário, que tanto métodos autocompositivos, quanto heterocompositivos, possuem o condão de gerar uma nova realidade tendente à resolução de antagonismos, especialmente quando eles forem verificados na Administração Pública. Nesse sentido, a proximidade da arbitragem ao modelo estatizado, indica maior permeabilidade às resistências opostas pelos mecanismos defensivos do setor público, fulcrados no controle dos atos administrativos.

Crucial pontuar a distinção da Lei nº 9.307/96, que conduziu a arbitragem a outro nível de discussão. Não menos importante foram as alterações propostas pela Lei nº 13.129/2015. Não obstante, o que se nota é que o efeito prático,

especialmente das modificações que absorveram a Administração Pública direta e indireta e fizeram com que conteúdo da Lei de Arbitragem fosse ampliado aos conflitos públicos, subestimaram o aparato protetivo de todas as questões que envolvem o campo administrativo. Por essa razão, não é difícil constatar que regras conformadas a partir de regras civilistas, tenham dificuldade em obter a aderência necessária ao setor público.

Sob esse diapasão, mostra-se evidente a carência de uma legislação que possa contemplar e compatibilizar-se com os reais axiomas administrativos. Ainda com mais ênfase, uma norma gerada no seio público, poderia, com mais facilidade, ultrapassar as barreiras obstaculizadoras de área tão específica. Diante dessas conjecturas, a persecução de um modelo contencioso arbitral, que se harmonize com a álea pública, é premente.

A própria essência do Direito Administrativo mostra que a identificação de assimetrias entre o Direito Público e o Direito Privado, dão-se exatamente por fatores intrínsecos à Administração Pública e que se atrelam à requisitos constitutivos da atividade administrativa, convergindo, com todas as suas forças, à proteção, especialmente, do interesse público, mas sem descuidar do patrimônio administrativo. A manifestação mais evidente dessa engrenagem, inicia pelo processo de aprovação legislativa e que em razão do supra elencado passa, inexorável e obrigatoriamente, por uma análise face à adaptação com o princípio da supremacia do interesse público, fazendo com que a inserção de normativa, que não contemple de forma clara o conteúdo axiológico que norteia o Poder Público, estará fadada ao insucesso (PIRES, 2013).

Vale ressaltar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é ínsito ao Direito Administrativo e, conseqüentemente, a todo setor público, conforme se divisa:

Esse princípio também pode ser identificado em quase todos os institutos do Direito Administrativo, iniciando com as prerrogativas do regime público de algumas pessoas jurídicas, como é o caso das autarquias que apresen-

tam privilégios tributários e processuais, proteção especial quanto aos seus bens e o regime de precatório para pagamento de seus débitos judiciais, além de outros (MARINELA, 2014, p. 27).

Ponderação próxima do antagonismo serviu de supedâneo à Lei 9.307/96. À espeque do que já foi dito, a conformação da legislação em análise, visa re-grar a aplicação da arbitragem em âmbito privado. Após sua alteração pela Lei 13.129/2015, a norma passou a ser considerada, em analogia do que ocorre nas relações particulares, como marco histórico à Administração Pública, vez que que possibilita, ante os termos declinados em seu bojo, que esta utilize a arbitragem para solucionar seus conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Entretanto, nem mesmo trata exclusivamente do tema, abrangendo outros itens que, muito embora gozem de extrema importância à modernização legislativa, que deve acompanhar todo o arcabouço jurídico brasileiro, apenas aderem às regras gerais prospectadas pela Lei de Arbitral. No entanto, a discussão a respeito da arbitragem a ser executada pela seara pública ainda padece de celeumas jurídicas de intrincado debate, principalmente no que concerne aos termos presentes na regra arbitral, à exemplo da expressão “direitos patrimoniais disponíveis”, o que demandaria ao menos um aprofundamento mais incisivo, por intermédio de mais alguns dispositivos. Da mesma forma, não seria exagero criticar a ausência de um capítulo específico dedicado a delinear a arbitragem na seara pública, o que poderia abrandar a interferência do controle administrativo (ALEXANDRE; DEUS, 2018, p.172).

Traçando um breve paralelo, a identificação de uma deficiência administrativa ou de pleito social existente em determinada comunidade, enseja a deflagração da movimentação da máquina pública no sentido de solucionar essas distorções, por um viés que já se inicia sob a égide de um padrão associado a esse ambiente, em que suas ações estão adstritas à fiscalização permanente dos órgãos de controle – prévia, concomitante e posterior – proveniente do legislativo, por intermédio das Câmaras de Vereadores e Tribunais de Contas Estaduais

e Municipais e dos órgãos de controle interno instituídos para essa finalidade. Por essas razões, demonstra-se que a sintonia existente entre o fato administrativo e a ação da administração, caracteriza simbiose sem equivalente, pois há exposição permanente aos filtros das premissas mais rígidas do Direito Administrativo, o que não ocorre com a legislação calcada em parâmetros civilistas, alijada dos controles inerentes às normas direcionadas aos anseios públicos, como é caso da arbitragem que envolve a Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2021).

Qualquer política pública, programa, serviço ou iniciativa que tenha por mote o atendimento de necessidade ou modificação sensível da realidade da sociedade, deve respeitar aspectos mínimos da formação cultural que a permeia. Logicamente e com uma preocupação advinda da virada que se pretende estabelecer por meio da arbitragem, a cultura seria a alavanca a propulsionar e identificar como plausível, por meio de “significados, conceitos e esquemas interpretativos que são ensejados, construídos ou ativados através da participação em instituições sociais normativas e práticas rotineiras”, as referências trazidas por tal instituto (CHASE, 2014, p. 27).

Para alcançar esse desiderato, faz-se primordial que se respeitem as características não só culturais, mas de construção do Direito, em específico o Direito Público e mais detidamente a Administração Pública. Uma Lei direcionada para esse ramo, que tivesse por mote a potencialização da oportunidade concedida pela Lei 13.129/2015, poderia trazer resultados auspiciosos à autonomia de Estados e Municípios, pois nesse caso, estariam tomando frente da resolução de seus conflitos, gerando possibilidades que ultrapassam o valioso, mas não único benefício, econômico-orçamentário, tendo em vista que itens à exemplo de previsão orçamentária fidedigna - ou, ao menos, muito mais próxima do que a da realidade enfrentada com as ações perante os tribunais estatais -, indução da capacidade de promoção de soluções conflitivas, a celeridade

observada na arbitragem e o descongestionamento do Judiciário, podem servir de catalisador a outras iniciativas congêneres, que por ventura a Administração queira dispor. Além do mais, a modernização do setor público e o desfazimento das amarras da burocratização são objetivos há muito perseguidos no campo governamental, assim como a introdução de metodologias que sejam coerentes com as mazelas da sociais e que possuam aderência em nível nacional (FACCI, 2019).

Concatenando-se com essa expectativa e buscando no passado o conhecimento suficiente a dar guarida ao espírito que se pretende empreender na tarefa de romper a magnitude dos obstáculos legais e principiológicos, afirma-se:

Acabamos de ver que as Leis da Educação devem ser relativas ao princípio de cada governo. Aquelas que o legislador dá a toda a sociedade também devem relacionar-se com ele. Esta relação das leis com este princípio estica todas as molas do governo, e o princípio recebe disto, por sua vez, uma nova força. É assim que, nos movimentos físicos, a ação será sempre seguida de uma reação (MONTESQUIEU, 1996, p. 53).

Encoraja-se pelo enunciado acima, a promoção de causas que reforcem o arcabouço normativo da administração, mas que também possua o predicado de fortalecer e fazer prosperar sua base principiológica, ampliando a função estatal administrativa e criando um círculo virtuoso que afetará de forma positiva esferas, serviços e estruturas a ela conexas (ACCIOLY, 2019).

Portanto, é de se esperar que o aperfeiçoamento ora proposto em torno da arbitragem, seja benéfico ao Estado como um todo e diretamente à sociedade, que colherá os frutos de investimentos nas mais diversas áreas públicas, igualmente relevantes e com aporte financeiro restrito, em razão de temas que ocupam o orçamento público, mas que poderiam, diante da inovação prospectada pelo presente trabalho, diversificar atividades ou avultar as já existentes.

Consideração finais

Como se vê, a composição de um contencioso administrativo arbitral precisa ultrapassar adversidades de vários níveis. A primeira delas diz respeito à cultura entranhada na sociedade brasileira, em que os litígios para serem definitivamente solucionados, necessitam de uma decisão proveniente da autoridade judicial.

Aliado ao tema cultural, emergem questões simbólicas, que induzem aos que buscam socorro para os confrontos jurídicos, a convergir para o rito forense, que, atualmente, detém uma espécie de monopólio estatal, assegurado e reforçado constantemente, por suas imagens, crenças, distribuição de funções, organização das salas de audiência, incluindo a posição do mobiliário, etc.

Por outro lado, tampouco passa despercebida a evidente dissonância entre égide construída em torno da Administração Pública e os postulados constantes da Lei de Arbitragem, que apesar de, frequentemente, flertarem com o antagonismo, têm a condição de estabelecerem uma nova realidade em termos de resolução conflitiva.

A partir da deflagração de um processo, que privilegie um formato próximo da sentença emitida pelo juiz, em que não subsistam os obstáculos constatados na esfera judicial, um círculo virtuoso se perfectibilizará. As benesses oriundas de um horizonte auspicioso, alcançarão tanto a seara administrativa, quanto a judiciária, convergindo para o descongestionamento dessa via e autonomia da Administração Pública.

Referências

ACCIOLY, João Pedro. *Arbitragem em Conflitos com a Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 25 jun. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe Sobre Arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015*. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7*, Tribunal Pleno. Agravante: MBV Commercial and Export Management Establishment. Agravado: Resil Indústria e Comércio LTDA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 30 de abril de 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 25 mar. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 58, p. 33-40, abr./jun. 1990. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/293080/mod_resource/content/0/CARMONA%20-%20Arbitragem%20e%20jurisdi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 01 out. 2021.

CARVALHO, Gabriela de. *Arbitragem Administrativa Portuguesa e Brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CHASE, Oscar. *Direito, Cultura e Ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução de Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. Espanha: Marcial Pons, 2014.

DELLORE, Luiz; TARTUCE, Fernanda. *Manual de Prática Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FACCI, Lucio Picanço. *Meios Adequados de Resolução de Conflitos Administrativos: a experiência da câmara de conciliação e arbitragem da administração federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *Comentários à Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria Geral da Arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

KUMANLAL, Dinis. *Arbitragem*. 2014. 53 f. Dissertação (Mestrado em Solicitadoria) - Programa de Pós-Graduação em Administração, Instituto Superior de Ciências da Administração (ISCAD), Lisboa, 2014.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 8. ed. Niterói: Impetus, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

PINHEIRO, Ivan Antônio. *Negociação e Arbitragem*. 3 ed. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; (Brasília): Capes: UAB, 2016. Disponível em: <https://canal.cecierj.edu.br/recurso/13818>. Acesso em: 17 out. 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro; STRÄTZ, Murilo. Arbitragem Tributária: perspectivas para o direito brasileiro. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. (Org.). *Mediação e Arbitragem na Administração Pública Conciliação e Arbitragem*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020, p. 62-81. Livro eletrônico.

PIRES, Antônio Cecílio Moreira. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SALLES, Carlos Alberto de. Introdução à Arbitragem. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Paulo Eduardo Alves. (Coord.). *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion. A audiência de conciliação e de mediação no código de processo civil de 2015 (cpc) enquanto mecanismo de resolução de conflitos In: Formas consensuais de solução de conflitos, 28., 2019, Belém. *Anais eletrônicos*. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, 2019. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/048p2018/7gp81671/H9C11FFk5Dgs8UP3.pdf>. Acesso em: 09/10/2021.

TEIXEIRA, Thaisa Pera. *Arbitragem: uma aplicação prática nas relações locatícias prediais urbanas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CAPÍTULO 8

A METATEORIA DO DIREITO FRATERNO E A JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA RELAÇÃO POSSÍVEL?

Márcio Dutra da Costa

Doi: 10.48209/978-65-5417-164-7

Considerações iniciais

A fraternidade, presente em um dos lemas da Revolução Francesa ao lado da liberdade e da igualdade, era historicamente relegada pelos acadêmicos a um plano inferior, chegando ao ponto de ser denominada como “o princípio esquecido”. Todavia, no período final do século passado, em meio às celebrações do bicentenário da Revolução, o princípio da fraternidade voltou a atrair a atenção dos estudiosos, mormente na esfera jurídica.

Adotando como fundamento o respeito ao outro – o qual é enxergado como um ser dotado da inderrogável dignidade da pessoa humana –, o princípio da fraternidade está intimamente ligado à consagração dos direitos humanos em diversos ordenamentos jurídicos.

Com base nesse princípio, o jurista italiano Eligio Resta, professor de Filosofia do Direito da *Università degli studi Roma Tre*, desenvolveu a metateoria

do Direito Fraternal, a qual realiza uma abordagem dos fenômenos sociais de maneira transdisciplinar.

Os métodos autocompositivos de tratamento de conflitos (tais como a mediação e a conciliação) vêm passando por uma crescente utilização no sistema jurídico nacional, constituindo uma importante alternativa para superar a lentidão que decorre da excessiva judicialização.

Hodiernamente, vem merecendo destaque entre os juristas o estudo do instituto da justiça restaurativa, um método de tratamento adequado de conflitos que, ao fomentar a possibilidade de um reencontro devidamente assistido entre a vítima e o ofensor, privilegia o diálogo como uma tentativa de superar o clássico modelo do Direito Penal, calcado na pena privativa de liberdade.

A partir desse contexto, o problema de pesquisa que se pretende responder no presente artigo é: a metateoria do Direito Fraternal pode ser adotada como um dos fundamentos da justiça restaurativa? A hipótese responde ao problema de pesquisa de modo afirmativo.

O objetivo deste artigo é investigar se a metateoria do Direito Fraternal pode ser utilizada como uma das bases da justiça restaurativa.

O método de abordagem é o dedutivo, que parte da relação entre argumentos gerais (premissas) e argumentos particulares, até chegar à conclusão. O método de procedimento utilizado é o monográfico, a partir da leitura de fontes bibliográficas ligadas ao tema da pesquisa.

No desenvolvimento deste artigo, o primeiro capítulo trata do princípio da fraternidade, o qual é abordado sob uma perspectiva predominantemente jurídica.

O segundo capítulo versa sobre as principais características do instituto da justiça restaurativa, tais como gênese, tentativas de conceituação, objetivos, valores e princípios que o informam.

Por fim, o terceiro capítulo analisa a possibilidade de se desenvolver um liame entre a justiça restaurativa e a metateoria do Direito Fraternal, a fim de que esta também possa ser adotada como um dos fundamentos daquela.

O princípio da fraternidade

Etimologicamente, o substantivo feminino “fraternidade” provém do latim *fraternitas*, que possui o significado de “irmandade”. *Fraternitas*, por seu turno, deriva do latim *frater*, vocábulo que aponta a figura de um irmão (ORIGEM DA PALAVRA, 2022).

No ano de 1789, a Revolução Francesa adotou o dístico “liberdade, igualdade, fraternidade”, o qual se veio a se tornar oficial em 1848, durante o período da República Revolucionária. Depois de passar por altos e baixos, o lema foi revigorado em 1879, após o triunfo dos republicanos. A Constituição francesa de 1946 ratificou esse ideário no seu artigo segundo (BAGGIO, 2008, p. 7):

Article 2. - L’emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge à trois bandes verticales d’égales dimensions.
L’hymne national est *la Marseillaise*.
La devise de la République est: « Liberté, Egalité, Fraternité. »
Son principe est: gouvernement du peuple, pour le peuple et par le peuple (FRANÇA, 1946, grifo no original)^{1, 2}

A Revolução Francesa de 1789 foi o marco histórico a partir do qual a fraternidade deixou de ser abordada somente sob um ponto de vista religioso, passando a ser tratada também sob uma perspectiva de natureza política. Até então, costumava-se falar de fraternidade sem se fazer qualquer menção à liberdade e à igualdade, chegando-se ao ponto de alguns autores misturarem os conceitos (BAGGIO, 2008, p. 8).

1 Artigo 2. O emblema nacional é a bandeira tricolor, azul, branca, vermelha com três faixas verticais de iguais dimensões. O hino nacional é a Marselhesa. O lema da República é: “Liberdade, Igualdade, Fraternidade.” Seu princípio é: governo do povo, para o povo e pelo povo. (FRANÇA, 1946, tradução nossa).

2 Na atual Constituição Francesa (de 1958), o lema da República também está insculpido no art. 2.

Apesar de sua importância, a fraternidade acabou sendo deixada em último plano, o que lhe valeu o epíteto de “princípio esquecido”. Por sua vez, a liberdade e a igualdade experimentaram uma constante evolução, transformando-se em legítimas categorias políticas, as quais se apresentam sob a forma de princípios constitucionais ou como fundamentos de movimentos políticos (BAGGIO, 2008, p. 8).

“Então prima pobre, ‘prima do interior’, em relação aos temas mais nobres e urgentes da igualdade e, depois da liberdade, a fraternidade indicava um dispositivo de vaga solidariedade entre as nações.” (RESTA, 2020, p. 11).

No estudo desses três valores políticos superiores, é possível encontrar interessante analogia na doutrina portuguesa:

Haverá talvez a tentação de dizer que a Liberdade é mãe, a Igualdade filha, e a Fraternidade neta. Mas na verdade elas são três irmãs, gêmeas e inseparáveis. E o grande problema das nossas sociedades tem sido o de se acarinhar apenas uma das duas primeiras esquecendo a Fraternidade e uma outra de entre as três. Liberdade sem Igualdade é libertinagem, e ditadura do mais forte; Igualdade sem Liberdade é totalitarismo, e ditadura do mais forte de novo. Só que no primeiro caso o mais forte é-o por herança e mercado e no segundo por engenharia política, normalmente.

Qualquer das duas sem a Fraternidade é parca, incompleta, e mesmo as duas precisam, para bem dialogarem entre si, da mediação fraterna (essa é a grande promessa incumprida do Iluminismo e da Revolução Francesa. Dir-se-ia que são duas irmãs ambas com muito forte personalidade, e que é necessária a autoridade e a subtileza da terceira para que possam não só dialogar como colaborar. Porque é muito necessária a colaboração, o remar para o mesmo lado, da Liberdade e da Igualdade (CUNHA, 2017, p. 52).

No final do século XX, à medida que se aproximavam as celebrações alusivas ao bicentenário da Revolução Francesa (comemorado em 1989), o panorama se alterou, e doutrinadores como J. M. Roberts (1976), Mona Ozouf (1976, 1988 e 1989), G. Antoine (1981), Michel Vovelle (1982 e 1985), Marcel David (1987), Jacques Derrida (1988-1989), Alberto Martinelli (1988), Giuseppe Panella (1989) e Michel Borgetto (1993) redescobriram o “princípio es-

quecido”, enfatizando o significado que a fraternidade atualmente possui (BAGGIO, 2008, p. 9-14).

No Brasil, um dos principais estudiosos da temática é Barzotto, segundo o qual “[...] a fraternidade como princípio de organização da sociedade pode ser definida como o tipo de relação social na qual se age *com* o outro (liberdade e igualdade) e *para* o outro (comunidade).” (BARZOTTO, 2018, p. 43, grifo do autor).

A sociedade fraterna, considerada o ideal próprio das sociedades modernas, só se tornará possível quando houver a abolição das hierarquias ilegítimas que desrespeitam a igualdade, a eliminação dos bloqueios à liberdade, e a consideração de todos os indivíduos como integrantes de uma comunidade fundamentada na responsabilidade recíproca (BARZOTTO, 2018, p. 43).

Na órbita jurídica, a fraternidade é uma questão de princípios; do ponto de vista epistemológico, é “um conceito que remete à restituição dos vínculos fundamentais das relações humanas e sociais, propiciando práticas emancipatórias que viabilizam o reconhecimento do outro e o respeito à diversidade.” (MACHADO, 2017b, p. 5).

Em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em Paris, proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo primeiro artigo dispõe: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Segundo Machado (2017b, p. 65), a fraternidade é um princípio fundamental que pode ser localizado direta ou implicitamente em várias constituições. Ela serve como um “vetor interpretativo na construção de significado de outros enunciados, além de fomentar no indivíduo o reconhecimento da dignidade humana e realizar o princípio da responsabilidade no âmbito estatal, individual e coletivo.”.

Ao analisar as constituições promulgadas ou outorgadas pelo mundo, Machado (2017b, p. 209-216) localizou expressa menção à fraternidade nos seguintes países: Angola (2010), Brasil (1988), Camarões (1972, revisada em 2008), Catar (2003), Chade (1996, revisada em 2005), Eritreia (1997), Etiópia (1994), França (1958, revisada em 2008), Guiné Equatorial (1982), Haiti (1987, revisada em 2012), Índia (1949, revisada em 2012), Irã (1979), Libéria (1986), Marrocos (2011), Mauritânia (1991, revisada em 2012), Namíbia (1990, revisada em 2010), Níger (2010), Paquistão (1973), Portugal (1976), República Democrática do Congo (2005, revisada em 2011), República Dominicana (2010), República Popular do Congo (2001), Senegal (2001, revisada em 2009), Seychelles (1993, revisada em 2011), Sudão (2005), Sudão do Sul (2010, revisada em 2013), Tanzânia (1977, revisada em 1995), Timor Leste (2002) e Tunísia (2014, revisada em 1995).

Entre nós, o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 (CRFB/1988), consagra os valores supremos da sociedade, qualificada como “fraterna, pluralista e sem preconceitos”³.

Partindo da força normativa do preâmbulo da CRFB/1988 – que, apesar de não ser obrigatório, possui valores e princípios que vinculam o direito infraconstitucional –, é possível visualizar no constitucionalismo nacional uma conduta consentânea com o constitucionalismo fraternal, devido à consagração dos direitos humanos como elemento integrante dos sistemas jurídicos (MACHADO, 2017a, p. 196-197).

3 Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

Fonseca (2019, p. 80) entende que a fraternidade é um sobreprincípio (ou seja, sua existência independe de positivação), e está passando por um processo de constitucionalização:

Conclui-se, portanto, que a constitucionalização da fraternidade diz respeito à incorporação de direitos e garantias no Texto Constitucional atrelados ao conteúdo básico dessa categoria jurídico-política, como demonstramos em relação à participação política do cidadão na formação da vontade estatal [...], sob a perspectiva de uma democracia fraternal.

Por outro lado, a fraternização da Constituição também envolve a interpretação das normas vigentes, em controle de constitucionalidade ou não, recepcionadas ou posteriores, à luz do princípio da fraternidade. Logo, conforma-se a legislação infraconstitucional e a liberdade do legislador ordinário a partir de limitantes materiais e vetores promocionais extraídos do núcleo essencial do direito fundamental à fraternidade. Igualmente, torna-se imperativo concretizar esse conceito jurídico de índole constitucional em atos do Poder Público, independentemente da abstração e generalidade destes (FONSECA, 2019, p. 79).

“Em suma, o novo paradigma jurídico que se sente despontar, para deses-
pero dos passadistas, é de fraternidade e humanismo. Valores que já estão nas
constituições cidadãs.” (CUNHA, 2017, p. 167).

Expostos acima os principais aspectos do princípio da fraternidade – vi-
sualizado precipuamente sob uma perspectiva jurídica –, abordar-se-ão no ca-
pítulo seguinte os caracteres gerais da justiça restaurativa.

A Justiça Restaurativa: aspectos gerais

No hemisfério ocidental, a abordagem doutrinária da justiça restaurativa
teve origem após um programa comunitário de reconciliação entre ofensor e ví-
tima desenvolvido na cidade canadense de Kitchener, em 1974 (BRAITHWAI-
TE, 2002, p. 8-10 *apud* ACHUTTI, 2014, p. 53).

A partir da década de 1990, passou-se a adotar a expressão “justiça res-
taurativa” para designar tais programas, os quais enfatizavam a reparação e a
reconciliação entre ofensores e vítimas (STRANG, 2002, p. 45 *apud* ACHUT-
TI, 2014, p. 56).

Nos Estados Unidos da América, um dos pioneiros no estudo da justiça restaurativa foi Braithwaite, o qual começou a pesquisá-la na década de 1990, antes de sua difusão pela Europa (CID; LARRAURI, 2001, p. 223 *apud* PALLAMOLLA, 2009, p. 34).

Segundo os estudiosos da temática, não constitui tarefa simples conceituar a justiça restaurativa. Johnstone e Van Ness (2007, p. 8 *apud* ACHUTTI, 2014, p. 62) entendem que “a justiça restaurativa é um conceito aberto, internamente complexo e sujeito a avaliações científicas, que continua a se desenvolver com a prática, e isto ajuda a explicar por que ele é tão profundamente contestado”.

Essa dificuldade de conceituação, somada à variedade de práticas adotadas, levou Jaccoud (2005, p. 163 *apud* PALLAMOLLA, 2009, p. 53) a considerar a justiça restaurativa um “modelo eclodido”.

Não obstante a complexidade do intuito de conceituar a justiça restaurativa, é bastante difundida a ideia de que ela é “um processo pelo qual as partes envolvidas em uma específica ofensa resolvem, coletivamente, como lidar com as consequências da ofensa e as suas implicações para o futuro” (MARSHALL, 1996, p. 37 *apud* ACHUTTI, 2014, p. 63).

Ferreira (2006, p. 24-25) entende que a justiça restaurativa não é “uma forma privada de realização da justiça” nem “uma justiça pública ou ‘oficial’, tal como a que resulta do funcionamento do sistema judicial”. Para esse doutrinador lusitano, a justiça restaurativa é “uma justiça tendencialmente comunitária, menos punitiva, mais equilibrada e humana.” (FERREIRA, 2006, p. 25).

McCold e Wachtel (2003, p. 2), por sua vez, definem a justiça restaurativa como “um processo colaborativo que envolve aqueles afetados mais diretamente por um crime, chamados de ‘partes interessadas principais’, para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão”.

Em 24 de julho de 2002, durante sua 37ª sessão plenária, o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ECOSOC⁴) editou a Resolução nº 2002/12, a qual trata dos princípios básicos sobre o uso de programas de justiça restaurativa em matéria penal. No anexo de tal documento, algumas definições foram elencadas por esse órgão, a saber:

1. “Restorative justice programme” means any programme that uses restorative processes and seeks to achieve restorative outcomes.
2. “Restorative process” means any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles.
3. “Restorative outcome” means an agreement reached as a result of a restorative process. Restorative outcomes include responses and programmes such as reparation, restitution and community service, aimed at meeting the individual and collective needs and responsibilities of the parties and achieving the reintegration of the victim and the offender.
4. “Parties” means the victim, the offender and any other individuals or community members affected by a crime who may be involved in a restorative process.
5. “Facilitator” means a person whose role is to facilitate, in a fair and impartial manner, the participation of the parties in a restorative process.⁵ (CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DA ONU, 2002).

⁴ *The Economic and Social Council*, em inglês.

⁵ 1. “Programa de justiça restaurativa” significa qualquer programa que use processos restaurativos e busque obter resultados restaurativos. 2. “Processo restaurativo” significa qualquer processo em que a vítima e o ofensor, e, se apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participem juntos e ativamente na resolução de questões decorrentes do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir mediação, conciliação, conferências e círculos decisórios. 3. “Resultado restaurativo” significa um acordo alcançado como resultado de um processo restaurativo. Os resultados restaurativos incluem respostas e programas como reparação, restituição e serviço comunitário, visando a atender às necessidades e responsabilidades individuais e coletivas das partes, e alcançar a reintegração da vítima e do ofensor. 4. “Participantes” significam a vítima, o ofensor e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime que possam estar envolvidos em um processo restaurativo. 5. “Facilitador” significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de forma justa e imparcial, a participação das partes em um processo restaurativo. (CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DA ONU, 2002, tradução nossa).

Conquanto essas tentativas de definição sejam uma referência internacional no estudo do tema, não se pode ignorar a advertência da doutrina, que ressalta a impossibilidade da fixação de padrões rígidos (*standards*): “Esses princípios não ambicionam indicar como os países devem proceder à institucionalização da justiça restaurativa, apenas apresentam um guia para os Estados que queiram implementá-la.” (PALLAMOLLA, 2009, p. 87-88).

Expostos um breve histórico e as principais tentativas de delineamento conceitual do instituto da justiça restaurativa, cabe elencar seus escopos, o que será feito a seguir.

Segundo o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC⁶) – agência sediada em Viena que aborda, dentre outros assuntos, a temática da justiça criminal –, os objetivos da justiça restaurativa, de modo geral, estão conectados aos seguintes elementos-chave: 1) o apoio às vítimas, estimulando-as a relatarem seus anseios e lhes possibilitando uma participação ativa no processo de tratamento do conflito; 2) a reparação parcial das relações atingidas pelo delito, a partir do consenso entre os participantes; 3) a reafirmação dos valores sociais comunitários, evidenciando-se a conduta criminosa por meio de um processo positivo, de modo distinto do tradicionalmente adotado pelo Direito Penal; 4) o fomento à assunção de responsabilidades por todos os participantes, em particular pelos ofensores; 5) o reconhecimento de resultados restauradores e prospectivos; 6) a prevenção da reincidência criminal, a fim de que o ofensor se transforme e possa conseguir se reinserir no seio da comunidade (ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME, 2020, p. 6-8).

Para Achutti (2014, p. 45), os escopos mais relevantes da justiça restaurativa são a diminuição da utilização do sistema penal (e das interpretações criminalizantes que ele concebe) e o desenvolvimento da democracia (por meio de uma maior participação dos sujeitos no tratamento de seus próprios conflitos).

⁶ *United Nations Office on Drugs and Crime*, em inglês.

Quanto ao objetivo de reduzir a reincidência por parte dos ofensores, não há unanimidade na doutrina. Por um lado, há autores que identificam a presença desse efeito⁷; por outro, Robinson e Shapland (2008 *apud* PALLAMOLLA, 2009, p. 53) entendem que tal redução até pode vir a ocorrer, mas não constitui em si mesma um escopo da justiça restaurativa, a qual possui finalidades mais relevantes – como o atendimento das necessidades das vítimas, por exemplo.

Ressaltando o caráter de constante mutação da justiça restaurativa, Sica (2011, p. 177) refere que ela engloba diversas práticas, tais como a mediação penal, os *sentencing circles* e as *family-group conferences* (bastante adotadas na Austrália, no Canadá e na Nova Zelândia).

Scardacione, Baldry e Scali (1998, p. 14 *apud* SICA, 2011, p. 179) entendem que “a mediação representa a modalidade de aplicação da Justiça Restaurativa que melhor promove a reapropriação do processo penal pelas partes, enquanto outras formas de Justiça Restaurativa permanecem fundadas na função de autoridade do Estado.”.

Funda-se o sistema restaurativo, em seguimento do uso da metodologia comparativa em face do sistema retributivo, também na idéia de outro olhar sobre os fatos sociais em que se instalam os conflitos, um olhar ainda concentrado nos sujeitos da relação, mas cuja troca de lentes sugerida por Zehr⁸ consiste, dentre outros fatores, na ruptura com o conceito tradicional de delito, não mais como uma violação contra o Estado ou como uma transgressão à norma jurídica, mas como um evento causador de prejuízos a terceira pessoa, à vítima, dimensões que não se anulam, mas que se somam no propósito de restaurar as relações afetadas (KONZEN, 2012, p. 36).

Segundo Braithwaite (2002, p. 8 *apud* ACHUTTI, 2014, p. 67-70), a justiça restaurativa constitui um sistema orientado por valores, os quais se dividem em três grupos: valores obrigatórios (*constraining values*), valores orientadores (*maximising values*) e valores emergentes (*emerging values*).

7 Tais como Sherman; Strang; Mayo-Wilson; Woods; Ariel (2015); Umbreit; Coates; Vos (2008); Shapland; Robinson; Sorsby (2011); e Strang; Sherman; Mayo-Wilson; Woods; Ariel (2013), citados pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (2020, p. 8).

8 Konzen (2012, p. 36) se refere à obra de Howard Zehr intitulada *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

No primeiro grupo, os valores devem ser necessariamente observados, sob pena de a justiça restaurativa se transformar em um processo opressivo. Tal grupo engloba: a não dominação (*non-domination*), o empoderamento (*empowerment*), o respeito aos limites (*honouring limits*), a escuta respeitosa (*respectful listening*), a igualdade de preocupação pelos participantes (*equal concern for all stakeholders*) e a *accountability/appealability* (BRAITHWAITE, 2002, p. 8-11 e 13 *apud* ACHUTTI, 2014, p. 68-69). A esses valores, Achutti (2014, p. 69) acrescenta o respeito aos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Declaração dos Princípios Básicos da Justiça para as Vítimas de Crime e Abuso de Poder, bem como aos direitos listados em outros acordos e tratados internacionais.

No segundo grupo, encontram-se valores cuja utilização deve ser fomentada, porquanto eles são capazes de orientar o procedimento de justiça restaurativa. Podem ser elencadas: a reparação de danos materiais, a redução das consequências emocionais decorrentes do conflito, a restauração da dignidade e a prevenção do cometimento de novos delitos, dentre outros (BRAITHWAITE, 2002, p. 11 *apud* ACHUTTI, 2014, p. 69-70).

No terceiro grupo, os valores constituem o produto que resulta espontaneamente de um encontro exitoso, tais como o perdão concedido pela vítima e o remorso experimentado pelo ofensor, por exemplo (BRAITHWAITE, 2002, p. 12-13 *apud* ACHUTTI, 2014, p. 70).

Para Ferreira (2006, p. 27), os valores que informam o ideal de justiça restaurativa são: a dignidade, a equanimidade, a equidade, a justiça, o respeito e a solidariedade.

Segundo Achutti (2014, p. 83, grifo do autor), a justiça restaurativa constitui “[...] um novo modelo de justiça criminal, desvinculado do excessivo formalismo e que procura meios de *solucionar* a situação-problema, e não simplesmente *atribuir culpa* a um sujeito.”.

A justiça restaurativa constitui-se em um espectro de contrapoderes que insistem em reconhecer a necessidade de transformação de uma cultura punitiva, retaliadora, vingativa, do olho por olho, dente por dente, prevalente em nossa sociedade, buscando afirmar uma cultura dialógica, baseada no respeito. Cada ser humano, na sua individualidade, precisa ser acolhido em sua singularidade, sem pré-julgamentos, separando o ato de sua essência, pois a totalidade do ser humano vai além do crime que praticou. Ele não pode ser reduzido ao crime, por mais hediondo que seja. Os comportamentos antissociais que afetam as comunidades estão intrinsecamente ligados em uma complexa teia de relações sociais, culturais, econômicas, psicológicas e familiares que precisam ser desvendadas e trabalhadas para que sejam desenhadas intervenções mais efetivas (AGUINSKY; GROSSI; SANTOS, 2012, p. 70).

A justiça restaurativa é denominada por Ferreira (2006, p. 27) como uma “solução divertida”, entendido o vocábulo *diversão*, para tal doutrinador, como sendo “[...] sinónimo de *desjudiciarização* em sentido amplo, abrangendo não só a transferência de competências de resolução de litígios para instâncias não judiciais, mas também a não submissão para estas últimas de questões que se mantenham à sua margem.” (FERREIRA, 2006, p. 28, grifo do autor).

Os principais aspectos da justiça restaurativa são: 1) a vítima participa ativamente do encontro, podendo opinar sobre a forma como se dará a reparação do dano que ela sofreu; 2) a prisão do ofensor não necessariamente ocorrerá, ainda que haja confissão; 3) o acordo entre a vítima e o ofensor é almejado; 4) o conflito é tratado de um modo mais amplo, sem que haja o protagonismo dos profissionais da área jurídica (ACHUTTI, 2014, p. 83). Como assinala Konzen (2007, p. 87): “No lugar de atribuir as funções principais a especialistas e representantes externos, o sentido construído pela ouvida da voz dos direta ou indiretamente afetados.”.

Invariavelmente, a ideia central da justiça restaurativa está na pretensão de atribuir aos principais interessados – vítima, autor e grupo social diretamente afetado pelo delito – os recursos suficientes para reagir à infração. [...]

Desse modo, pode-se afirmar que se trata, efetivamente, de um modelo diverso de administração de conflitos, cuja implementação bem-sucedida dependerá da observação de seus princípios e valores, mas que, fundamentalmente, requer uma nova forma de compreender os fenômenos conflituais na sociedade contemporânea (ACHUTTI, 2014, p. 87).

Além dos valores – já abordados acima –, a justiça restaurativa também se orienta por princípios, elencados desta maneira por Ferreira (2006, p. 29-42): 1) voluntarismo (pois nenhum dos envolvidos é obrigado a dela participar, o que difere da imposição típica do sistema judicial); 2) consensualidade (porquanto aposta no entendimento entre a vítima e o ofensor); 3) complementaridade (em relação ao sistema judicial, pois nem sempre é possível evitar que haja um processo criminal); 4) confidencialidade (sobre o teor dos contatos estabelecidos e dos fatos revelados pelos participantes); 5) celeridade (em contraste com a morosidade característica do Poder Judiciário); 6) economia de custos (para o Estado e para os participantes); 7) mediação (pois os participantes costumam ser auxiliados por um terceiro imparcial); 8) disciplina (tanto do mediador – durante a condução do método – quanto dos participantes, no que concerne à sua responsabilização pelos termos do pactuado).

A participação num processo restaurativo implica a assunção de uma postura de responsabilização protagonista, em que responsabilizar-se implica um posicionamento ativo dos sujeitos diante da violação do outro, assumindo as consequências dos seus atos diretamente junto às vítimas e à comunidade, sentido que merece realce por oposição ao conceito passivo de responsabilidade enfatizado no processo convencional, em que ser responsabilizado corresponde a submeter-se ao castigo decorrente de uma abstrata violação da lei (BRANCHER, 2012, p. 51, grifo do autor).

Abordando a justiça restaurativa sob o enfoque da ética da alteridade⁹, Oliveira (2013, p. 62) entende que os participantes “ativamente se apoderam do conflito, demonstrando maior autonomia e vontade na forma do desfecho da controvérsia, haja vista que expressam sua percepção acerca da ofensa sofrida.”.

No Brasil, ainda não há uma lei específica dedicada à justiça restaurativa – o que não constitui um impedimento para o desenvolvimento de programas, como ocorreu na África do Sul, por exemplo (ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME, 2020, p. 11).

⁹ Conceito elaborado pelo filósofo francês (de origem russa) Emmanuel Levinas.

Em 21 de maio de 2019, o Deputado Federal Paulo Teixeira apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) nº 2.976/2019, elaborado por um grupo de trabalho formado por estudiosos da temática¹⁰. No dia 19 de junho de 2019, foi determinado o apensamento desse projeto ao PL nº 9.054/2017, de autoria do Senador Renan Calheiros, que altera diversos dispositivos de sete leis federais¹¹.

Três anos antes, em 31 de maio de 2016, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovara a Resolução nº 225, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Dentre as razões que conduziram à edição desse diploma (expressas em seus “considerandos”), é possível destacar: 1) as recomendações da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre a matéria (em particular, as Resoluções nºs 1999/26, 2000/14 e 2002/12); 2) o direito fundamental de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB/1988), enfocado de um modo amplo, abrangendo os métodos consensuais de tratamento de conflitos; 3) a necessidade de levar em consideração aspectos comunitários, institucionais e sociais para a abordagem dos conflitos e da violência; 4) “a relevância e a necessidade de buscar uniformidade, no âmbito nacional, do conceito¹² de Justiça Restaurativa, para evitar disparidades de

10 André Giamberardino, Catarina Lima, Daniel Achutti, Egberto Penido, Júlio Cesar Rodrigues de Melo, Leonardo Sica, Luis Fernando Bravo de Barros, Marcelo Malesso Salmaso, Marina Dias, Petronella Maria Boonen e Raffaella da Porciuncula Pallamolla.

11 Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

12 Não obstante a já referida dificuldade de os doutrinadores chegarem a um consenso sobre a definição de justiça restaurativa, o CNJ ousou elaborar seu próprio conceito, insculpido no *caput* do art. 1º da Resolução nº 225/2016, *verbis*: “Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma: I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos; II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por

orientação e ação, assegurando uma boa execução da política pública respectiva”; 5) o intento de o Poder Judiciário aperfeiçoar sua resposta às demandas da sociedade; 6) o interesse do CNJ de cooperar para a evolução da justiça restaurativa, diretriz estratégica de gestão para o biênio 2015-2016, materializada na Meta 8¹³ desse último ano (BRASIL, 2016).

Expostos em linhas gerais os principais caracteres do instituto da justiça restaurativa, abordar-se-á no próximo capítulo a metateoria do Direito Fraterno, bem como uma possível ligação entre ambos.

O direito fraterno e a justiça restaurativa

Eligio Resta, professor de Filosofia do Direito da *Università degli studi Roma Tre*, desenvolveu a metateoria do Direito Fraterno, a qual aborda os fenômenos sociais de modo transdisciplinar. “A transdisciplinaridade significa, antes de tudo, transgredir e, ao mesmo tempo, integrar. É nesta perspectiva que Resta busca em várias áreas do conhecimento científico os fundamentos, as fragilidades e a aposta no Direito Fraterno.” (STURZA; MARTINI, 2016, p. 994).

As principais características da metateoria do Direito Fraterno foram assim sintetizadas por Resta (2020, p. 116-118):

1) É “um direito *jurado em conjunto* por irmãos, homens e mulheres, mediante um pacto em que se ‘decide compartilhar’ regras mínimas de convivência.” (RESTA, 2020, p. 116, grifo do autor). Opõe-se ao “Direito Paterno”, o qual é determinado pelo “pai senhor da guerra”. Apesar de ser jurado em conjunto, o Direito Fraterno não é fruto de uma conspiração contra o pai ou

entidades parceiras; III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro. (BRASIL, 2016).

13 “Implementar projeto com equipe capacitada para oferecer práticas de Justiça Restaurativa, implantando ou qualificando pelo menos uma unidade para esse fim, até 31/12/2016.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 41).

o soberano, e sim voltado para um convívio partilhado, isento de inimizade e soberania.

2) O Direito Fraternal não busca obsessivamente uma identidade que o legitime. “Está longe de um *ethnos* que o justifique, mas pronto a construir um *demos* graças a um pacto. [...] Não demanda mais justificações do que a *communitas*, justamente a tarefa compartilhada.” (RESTA, 2020, p. 117, grifo do autor).

3) Sua forma não é a do excludente “direito de cidadania”, mas a dos “direitos humanos”, os quais são dotados de uma dimensão “ecológica” e podem ser protegidos (mas também ameaçados) apenas pela humanidade, e não pela natureza ou por alguma divindade (RESTA, 2020, p. 117).

4) É um direito cosmopolita, que não se coaduna com ideais etnocêntricos (RESTA, 2020, p. 117).

5) É um direito não violento, pois não pratica o clássico jogo do “amigo-inimigo”. “A minimização da violência traz uma ideia de jurisdição mínima, não máxima, e é uma tentativa de resposta àquela ‘tribunalização da história’ que o Ocidente está atravessando.” (RESTA, 2020, p. 117).

6) O Direito Fraternal é “*contra os poderes* de todos os tipos, de uma maioria, de um Estado, de um governo, que, se sabe, exercitam o domínio sobre a ‘vida nua’.” (RESTA, 2020, p. 117, grifo do autor).

7) É um direito inclusivo, escolhendo direitos fundamentais e estabelecendo o acesso de todos a bens “inclusivos” (RESTA, 2020, p. 118).

8) Por fim, o Direito Fraternal é “a *aposta na diferença* em comparação aos outros códigos que consideram as diferenças entre amigo e inimigo” (RESTA, 2020, p. 118, grifo do autor).

Da análises dos principais atributos que particularizam o Direito Fraternal, é possível verificar alguns que se coadunam com os caracteres do instituto da justiça restaurativa.

O primeiro atributo é o fato de o Direito Fraternal ser um direito “jurado em conjunto entre irmãos”, de modo distinto do Direito Paterno, o qual é prescrito de cima a baixo pelo Estado:

Insistir sobre as outras visões dos “códigos fraternos” não é indulgência, no sentido de ingenuidade destinada a sucumbir na luta ímpar contra o realismo: é somente uma tentativa de valorizar possibilidades diferentes. Por isso, retornamos àquele binômio constituído de Direito e fraternidade, que, a partir daquela prima pobre, que é a modernidade, recoloca em jogo um modelo de regra da comunidade política; modelo não vencedor, mas possível. É um trecho do *direito vivo* que não deve ser visto como *direito vencedor*, como impropriamente se interpreta a fórmula de Ehrlich. Através daquele binômio retorna um modelo *convencional* de Direito, “jurado conjuntamente” entre irmãos, e não imposto, como se diz, pelo “pai senhor da guerra”. Jurado conjuntamente, mas não produto de um “conluio”. Por isso, decisivamente, ele não é violento: isto é, incapaz de se apropriar daquela violência que diz querer combater. [...] (RESTA, 2020, p. 14-15, grifo do autor).

Nessa senda, Spengler e Resta (2020, p. 360) afirmam que o Direito Fraternal aventa a ideia de autorresponsabilizar os indivíduos pelo tratamento de seu conflito, de modo a superar a antiga noção de vingança privada ou estatal. A partir da instituição de regras de compartilhamento e de convivência, direitos fundamentais são tutelados sem que haja a necessidade de provocar o Poder Judiciário.

Segundo Melo (2005, p. 13), a justiça restaurativa representa uma distinta “percepção da relação indivíduo-sociedade no que concerne ao poder: contra uma visão vertical na definição do que é justo, ela dá vazão a um acerto horizontal e pluralista daquilo que pode ser considerado justo pelos envolvidos numa situação conflitiva.”.

Outro atributo característico do Direito Fraternal é o ideal de “jurisdição mínima”, em contraponto à denominada “tribunalização da história” pela qual as sociedades ocidentais estão passando:

Jurisdição mínima é a proposta aqui apresentada contra uma hipertrófica expansividade do papel do juiz, para além do dialeto utilizado na província do Direito. É tendência mais profundada da nossa época: não é de hoje

que se fala da famosa “tribunalização da História” (MARQUARD, 1991), pela qual assistimos à discussão acerca da nossa vida pública como se se tratasse de “processos” com imputados em serviço, testemunhas mais ou menos confiáveis, jurados prontos a jurar (a assonância não é casual) sobre a própria legitimidade. Neste *theatrum publicum*, no qual a representação jurídica operou aquilo que Baudrillard (1996) definiu como o *delito perfeito* – substituindo, por exemplo, a identidade com o Direito à identidade, a saúde com o Direito à saúde – é possível que o Direito colonize toda a vida e que o juiz acabe acreditando que deva ser o decisor das virtudes e, portanto, seu único detentor legítimo (RESTA, 2020, p. 15-16, grifo do autor).

A justiça restaurativa e o sistema dito “oficial” são duplamente complementares: “Se em sede geral devem existir como mecanismos de prevenção e administração de conflitos, no caso concreto, nada impede que eles funcionem em simultâneo e em satisfação dos interesses públicos e privados suscitados por uma mesma ofensa.” (FERREIRA, 2006, p. 40).

A justiça restaurativa abre fissuras no tradicional “fazer jurisdicional”, permitindo que “o processo decisório seja representando menos por um ciclo exaustivo de discussões contenciosas entre operadores jurídicos, e mais a construção de soluções conciliatórias dialogadas entre os interessados diretos na solução do conflito.” (BRANCHER, 2012, p. 51).

A justiça restaurativa, ao tomar por base o diálogo, transpõe os denominados “muros normativos” típicos da jurisdição, “[...] uma transferência de prerrogativas que [...] engessa a solução da lide em prol da segurança, ignorando que a reinvenção cotidiana e a abertura de novos caminhos são inerentes a um tratamento democrático.” (SPENGLER, 2016, p. 570).

Outro ponto de intersecção – entre o Direito Fraternal e a justiça restaurativa – digno de destaque é a participação da comunidade, mais precisamente dos indivíduos indiretamente afetados pelo delito cometido, tema bastante debatido na doutrina. A tendência atual é a de que “a Justiça Restaurativa é fundamentalmente uma forma de solucionar os conflitos diretamente pelas forças da comunidade, uma justiça, em consequência, que se caracteriza pelo respeito ao propriamente comunitário.” (KONZEN, 2007, p. 88).

Ao abordar a relevância dos métodos extrajudiciais de tratamento de conflitos, Resta ressalta a importância de devolver à comunidade esse mister:

[...] Conquista da legalidade, mas também, hoje, sintoma de uma hipertrofia a ser corrigida, o sistema judiciário não é mais capaz de se autorregular e de regular a própria função de decisão. Isso acontece, importante repetir, não somente por uma dimensão quantitativa que pode ser resolvida reequilibrando os números da dupla partida, mas também por um aspecto qualitativo que é mais importante e que diz respeito ao gênero e à fenomenologia dos conflitos que um juiz não pode e não deve decidir. Por isso, é útil falar não somente de resolução alternativa, mas também de disputas alternativas, porque se enfatizam conflitos desconhecidos e atirados no voar pegajoso de reter moscas dos “remédios” processuais, inclusive porque se dá novamente espaço aos autores do conflito para restituir ao sistema social (à “comunidade”, se diria em outra linguagem) o problema do conflito.

Atrás da fórmula *restorative justice*, esconde-se exatamente esta nova pesquisa de autodescrição e autorregulação do sistema social. Ela assumiu essas definições pelo caráter determinado da linguagem e poderia ser indicada como um caso típico de *adlinguisticità*, ou seja, de mudança de linguagem dentro da linguagem. (RESTA, 2020, p. 78, grifo do autor).

Sem ignorar a importância do direito positivo e do Poder Judiciário, a mediação é um método que também utiliza a fraternidade como fundamento para assegurar o tratamento adequado dos conflitos da comunidade com o auxílio de um terceiro, cuja legitimidade provém de suas características morais e de seus laços de amizade (SPENGLER, 2015, p. 395).

Obviamente, é preciso distinguir, diferenciar, no interior de conciliação, arbitragem e mediação, quais são os principais mecanismos de solução; mas não se pode deixar de lado os elementos comuns e gerais que tais resoluções alternativas nos indicam. Aquilo que têm em comum é o fato de serem “alternativos”, embora não estranhos, ao sistema judiciário; mesmo que sejam diversamente ligados ao processo, eles realizam substanciais variações em relação à rigidez do rito judiciário que podemos indicar em diferenças de tipo procedimental e de técnica resolutiva. Aquilo, porém, mais do que outra coisa, distancia o caráter alternativo dos mecanismos do juízo, é a diversa relação “cooperativista” que se instaura entre os atores em conflito, uma legitimação diferente da estrutura resolutiva construída sobre a dimensão pactuada e convencional, que podemos definir *justiça de proximidade* e, sobretudo, uma filosofia da justiça do tipo *restaurativo*, que envolve modelos de composição e gestão do conflito menos autoritariamente decisórios. Então, a verdadeira diversidade está no caráter de autodeterminação das formas de resolução das controvérsias, que reduzem claramente o processo de delegação ao sistema judiciário. Isto vale tanto

para a ideia weberiana de “paz de mercado”, que a *lex mercatoria* sempre codificou através do princípio do “litigar conservando a amizade”, quanto para as mais difíceis relações ofensor-vítima, que envolvem emoções mais radicadas na esfera dos sentimentos e das pulsões privadas (RESTA, 2020, p. 78-79, grifo do autor).

Ao propor outro ponto de vista sobre a maneira de responsabilizar o ofensor – distinto da tradicional repressão –, a justiça restaurativa instaura uma nova concepção. Nas palavras de Konzen (2007, p. 94): “No olhar de novo, na insistência da repetição dos olhares, a descoberta e o desenvolvimento de outros sentidos.”.

Nessa senda, a síntese efetuada por Souza (*apud* KONZEN, 2007, p. 12): “Entre outros modelos, a justiça restaurativa procura, na modéstia do presente factível, ser uma alternativa factível ao insuportável.”.

Segundo Watanabe (2019, p. 36-37), a superação da denominada “cultura da sentença” – a qual predomina entre os profissionais do sistema jurídico nacional – exige que o foco se direcione para os indivíduos que se encontram envolvidos no conflito, e não somente à solução do conflito em si.

É isso o que preconiza a justiça restaurativa: o reencontro entre vítima e ofensor, a fim de que possam “tomar as rédeas” do conflito e responsabilizar-se por ele. E a metateoria do Direito Fraternal, fundamentada no reconhecimento da alteridade, pode contribuir sobremaneira para a concretização desse ideal.

Considerações finais

O preâmbulo da CRFB/1988 – dotado de força normativa – consagra os valores superiores da sociedade nacional, qualificada como “fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

O legislador constituinte originário, ao prever de forma expressa os direitos humanos na CRFB/1988, exerceu sua missão adotando uma postura condizente com o constitucionalismo fraternal.

Nos últimos anos, a justiça restaurativa vem atingindo uma posição de destaque entre os pesquisadores da Ciência Jurídica, o que estimulou o CNJ a instituir a Resolução nº 225/2016, com o intuito de regulamentar a utilização desse instituto no âmbito do Poder Judiciário.

Em resposta ao problema de pesquisa, conclui-se que a metateoria do Direito Fraterno, ao transpor os “muros normativos da jurisdição” e preconizar um direito “jurado em conjunto entre irmãos”, pode ser adotada como um dos fundamentos da justiça restaurativa, a qual prescreve o reencontro assistido entre vítima e ofensor como uma forma de autorresponsabilização pelo tratamento do conflito.

Referências

ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014. 292 p.

AGUINSKY, Beatriz Gershenson; GROSSI, Patrícia Krieger; SANTOS, Andreia Mendes dos. A questão da comunidade na interface com a justiça restaurativa: algumas polêmicas e a perspectiva do capital social. In: PETRUCCI, Ana Cristina Cusin et al. (Org.). *Justiça juvenil restaurativa na comunidade: uma experiência possível*. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, Assessoria de Imagem Institucional, 2012, p. 64-74.

BAGGIO, Antonio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). *O princípio esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008, p. 7-24.

BARZOTTO, Luis Fernando. Sociedade fraterna. In: BARZOTTO, Luis Fernando et al. (Org.). *Direito e fraternidade: outras questões*. Porto Alegre: Sapiens, 2018, p. 43-53.

BRANCHER, Leoberto. Justiça restaurativa, democracia e comunidade. In: PETRUCCI, Ana Cristina Cusin et al. (Org.). *Justiça juvenil restaurativa na comunidade: uma experiência possível*. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, Assessoria de Imagem Institucional, 2012, p. 45-54.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 2.976/2019*. Disciplina a justiça restaurativa. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1750172&filename=PL+2976/2019. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016*. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado160827202007275f1efbfbf0faa.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. Senado. *Projeto de lei nº 9.054/2017*. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1619253. Acesso em: 27 mar. 2022.

CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DA ONU (ECOSOC). *Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU: Princípios Básicos sobre o Uso de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Penal*, 24 de julho de 2002, E/RES/2002/12. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/46c455820.html>. Acesso em: 22 mar. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório metas nacionais do poder judiciário 2016*. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/64acb190bee63682ea4b7f7805f5acce.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2022.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito fraterno humanista: novo paradigma jurídico*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017. 202 p.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME (UNODC). *Manual sobre programas de justiça restaurativa*. 2. ed. Viena: 2020. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Portugues_Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes_-_Final.pdf. Acesso em: 22 mar. 2022.

FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. 142 p.

FONSECA, Reynaldo Soares da. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. 224 p.

FRANÇA. *Constitution de 1946. IVe République*. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1946-ive-republique>. Acesso em: 19 mar. 2022.

FRANÇA. *Constitution du 4 octobre 1958*. Version consolidée au 12 août 2020. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

KONZEN, Afonso Armando. Justiça juvenil restaurativa na comunidade: a prática do encontro antes de sua conformação jurídica. In: PETRUCCI, Ana Cristina Cusin et al. (Org.). *Justiça juvenil restaurativa na comunidade: uma experiência possível*. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, Assessoria de Imagem Institucional, 2012, p. 32-44.

KONZEN, Afonso Armando. *Justiça restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. 158 p.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal)*. 1. ed. Curitiba: Appris, 2017a. 237 p.

MACHADO, Clara. *O princípio jurídico da fraternidade: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017b. 232 p.

McCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. *Em busca de um paradigma: uma teoria de justiça restaurativa*. Disponível em: <https://sites.ufpe.br/wp-content/uploads/sites/49/2019/12/jr-01-Teoria-de-Justi%C3%A7a-Restaurativa_Paul-McCold-e-Ted-Wachtel.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

MELO, Eduardo Rezende. *Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais: um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva*. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.pucsp.br%2Fnucleodesubjetividade%2FTextos%2FJusti%25E7a_restaurativa_Eduardo%2520Rezende%2520Melo.pdf&cflen=220878&chunk=-true. Acesso em: 27 mar. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 19 mar. 2022.

OLIVEIRA, Cristina Rego de. *Mediação penal & justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das práticas restaurativas*. Curitiba: Juruá, 2013. 170 p.

ORIGEM DA PALAVRA. *Fraternidade e unidade*. Disponível em: <https://origemdapalavra.com.br/palavras/fraternidade/>. Acesso em: 19 mar. 2022.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009. 210 p.

RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Tradução: Bernardo Baccon Gehlen, Fabiana Marion Spengler e Sandra Regina Martini. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020. 124 p.

SICA, Leonardo. Mediação e reconstrução do sistema de regulação social “crime-pena”. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar. *Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011, p. 161-199.

SOUZA, Ricardo Timm de. Fundamentos ético-filosóficos do encontro res(ins)taurativo. In: PETRUCCI, Ana Cristina Cusin et al. (Org.). *Justiça juvenil restaurativa na comunidade: uma experiência possível*. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, Assessoria de Imagem Institucional, 2012, p. 75-84.

SOUZA, Ricardo Timm de. Prefácio. In: KONZEN, Afonso Armando. *Justiça restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. 158 p.

SPENGLER, Fabiana Marion. A fraternidade como base política da mediação de conflitos. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 1, p. 371-397, mar. 2015. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7207>>. Acesso em: 2 fev. 2022.

SPENGLER, Fabiana Marion. Uma relação a três: o papel político e sociológico do terceiro no tratamento dos conflitos. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 59, nº 2, 2016, p. 553-583. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v59n2/0011-5258-dados-59-2-0553.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2022.

SPENGLER, Fabiana Marion; RESTA, Eligio. O amigo, o inimigo e o criminoso a partir do direito fraterno. *Revista brasileira de ciências criminais*. vol. 174. ano 28. p. 345-362. São Paulo: Ed. RT, dez. 2020.

STURZA, Janaína Machado; MARTINI, Sandra Regina. As dimensões da sociedade através da metateoria do direito fraterno: um espaço para a análise do direito à saúde. *Revista de Sociologia, antropologia e cultura jurídica*, Florianópolis, v. 2, n. 2, p. 990-1008, jul./dez. 2016. e-ISSN: 2526-0251. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/culturajuridica/article/view/1506/pdf>. Acesso em: 27 mar. 2022.

WATANABE, Kazuo. Estratégias para a solução pacífica dos conflitos de interesses. In: CURY, Augusto (Org.). *Soluções pacíficas de conflitos para um Brasil moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 27-37.

SOBRE A ORGANIZADORA

Fabiana Marion Spengler

Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, Roma, Itália. Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS. Mestre em Desenvolvimento Regional pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Pq2). Professora da graduação e da pós-graduação em Direito da UNISC. Líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq; participante da Rede CUEMYC; integrante do grupo de pesquisa internacional “Dimensions of Human Rights” (Instituto Jurídico Portucalense - IJP). Coordenadora de projetos de pesquisa e de extensão. Autora de diversos livros e artigos científicos. Mediadora.

Email: fabiana@unisc.br.

SOBRE OS AUTORES

Adriano Moura da Fonseca-Pinto

Universidad Estácio de Sá, Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD.

Carolina Isaza-Zuluaga

Universidad Simón Bolívar, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Barranquilla, Colombia. ORCID ID 0000-0001-6322-2469

Cleiton Lixieski Sell

Doctorando en derecho en la Universidad de Burgos (España).

Doris del Carmen Navarro-Suárez

Universidad Simón Bolívar, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Barranquilla, Colombia. ORCID ID 0000-0002-7865-9433

Fabiana Marion Spengler

Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Pq2). Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS - RS, com bolsa Capes, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC - RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação lato e stricto sensu da UNISC, Líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq; coordenadora do projeto de pesquisa “Ontem, hoje e amanhã: cartografia das políticas públicas brasileiras auto e heterocompositivas de acesso à justiça” financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - Fapergs, Edital 07/2021 - PqG - Pesquisador Gaúcho, processo nº 21/2551-0002322-8 e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico CNPq, Edital Processo: 407119/2021-3, Chamada CNPq/MCTI/FNDCT Nº 18/2021 - Faixa B - Grupos Consolidados, coordenadora e mediadora do projeto de extensão: “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos” financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC.

Francisco Gorjón-Gómez

Universidad Autónoma de Nuevo León, México.
ORCID ID 0000-0001-5296-6454

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ e na Estácio. Tem graduação, mestrado e doutorado na UERJ. Pós-doutorado pela University of Connecticut. Editor da Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP) e Coordenador do Grupo de Pesquisa Observatório da Mediação e da Arbitragem (CNPQ).

Hipólito Domenech Lucena

Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), na linha de pesquisa “Direitos Sociais e Políticas Públicas”, com ênfase no eixo temático “Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas”. Integrante do grupo de pesquisa (CNPq) “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, certificado pelo CNPq, sob a coordenação da Prof^a. Pós-Dr^a. Fabiana Marion Spengler. Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Pós-Graduado em Direito do Estado pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP).

Isabeau Lobo Muniz Santos Gomes

Mestranda no programa de Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

João Pedro Schmidt

Doutor em ciência política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com pós-doutorado pela The George Washington University, EUA. Professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul, docente e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Juliana Nickel

Advogada, Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Márcio Dutra da Costa

Procurador do Trabalho. Doutor e Mestre em Direito pela UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul-RS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP – Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal-MS. Graduado em Odontologia e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas-RS. Professor de pós-graduação. Integrante do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, vinculado ao CNPq. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8417807238389059>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1502-688X>.

Nuria Belloso Martín

Catedrática de Filosofía del Derecho en el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España).

Patrícia Ayub da Costa

Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2021). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2010). Professora do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina.

Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues

Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Professor Titular de Direito Processual Civil do IBMEC-RJ e da Escola da AGU. Membro do IBDP. Advogado da União. Diretor Adjunto da Escola da AGU no Rio de Janeiro.

Tânia Lobo Muniz

Mestre (1997) e Doutora (2004) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora associada da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

Theoblado Spengler Neto

Possui graduação em Direito - Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul (1984) e mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2000). Atualmente é professor adjunto da Universidade de Santa Cruz do Sul, professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e subcoordenador da Universidade de Santa Cruz do Sul. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: processo civil, conflito, jurisdição, débito e mediação.

Victor Saldanha Priebe

Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito - EPD. Integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos”, vinculado ao CNPq. Bolsista CAPES Modalidade II. Mediador e Advogado.

CARTOGRAFIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AUTO E HETEROCOMPOSITIVAS DE ACESSO À JUSTIÇA NO

BRASIL, NA ITÁLIA E NA ESPANHA

www.arcoeditores.com
contato@arcoeditores.com
(55)99723-4952