



Fabiana Marion Spengler
Organizadora

**O acesso à justiça
na contemporaneidade:**
diálogos acadêmicos
entre Brasil e Espanha

**O ACESSO À JUSTIÇA NA
CONTEMPORANEIDADE**

**DIÁLOGOS ACADÊMICOS ENTRE
BRASIL E ESPANHA**



Pedro & João
editores

Este livro conta com o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq - Edital Universal, processo: 407119/2021-3, chamada CNPQ/MCTI/FNDCT nº 18/2021 - faixa b - grupos consolidados, e foi 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. A pesquisa da qual os capítulos são resultado aconteceram no âmbito do projeto “Ontem, Hoje e Amanhã: cartografia das políticas públicas brasileiras auto e heterocompositivas de acesso à justiça”, coordenado pela organizadora e do qual fazem parte os autores.



**FABIANA MARION SPENGLER
(ORGANIZADORA)**

**O ACESSO À JUSTIÇA NA
CONTEMPORANEIDADE**

**DIÁLOGOS ACADÊMICOS ENTRE
BRASIL E ESPANHA**

Copyright © Autoras e autores

Todos os direitos garantidos. Qualquer parte desta obra pode ser reproduzida, transmitida ou arquivada desde que levados em conta os direitos das autoras e dos autores.

Fabiana Marion Spengler [Org.]

O acesso à justiça na contemporaneidade: diálogos acadêmicos entre Brasil e Espanha. São Carlos: Pedro & João Editores, 2024. 235p. 16 x 23 cm.

ISBN: 978-65-265-0933-3 [Digital]

1. Acesso à justiça. 2. Direito. 3. Brasil. 4. Espanha. I. Título.

CDD – 340/370

Capa: Luidi Belga Ignacio

Ficha Catalográfica: Hélio Márcio Pajeú – CRB - 8-8828

Diagramação: Diany Akiko Lee

Editores: Pedro Amaro de Moura Brito & João Rodrigo de Moura Brito

Conselho Científico da Pedro & João Editores:

Augusto Ponzio (Bari/Itália); João Wanderley Geraldi (Unicamp/Brasil); Hélio Márcio Pajeú (UFPE/Brasil); Maria Isabel de Moura (UFSCar/Brasil); Maria da Piedade Resende da Costa (UFSCar/Brasil); Valdemir Miotello (UFSCar/Brasil); Ana Cláudia Bortolozzi (UNESP/Bauru/Brasil); Mariangela Lima de Almeida (UFES/Brasil); José Kuiava (UNIOESTE/Brasil); Marisol Barenco de Mello (UFF/Brasil); Camila Caracelli Scherma (UFFS/Brasil); Luís Fernando Soares Zuin (USP/Brasil).



Pedro & João Editores

www.pedroejoaoeditores.com.br

13568-878 – São Carlos – SP

2024

Diante da lei está um porteiro. Um homem do campo dirige-se a este porteiro e pede para entrar na lei. Mas o porteiro diz que agora não pode permitir-lhe a entrada. O homem do campo reflete e depois pergunta se então não pode entrar mais tarde. “É possível”, diz o porteiro, “mas agora não.” Uma vez que a porta da lei continua como sempre aberta, e o porteiro não se põe de lado, o homem se inclina para olhar o interior através da porta. Quando nota isso, o porteiro ri e diz: “Se o atrai tanto, tente entrar apesar da minha proibição. Mas veja bem: eu sou poderoso. E sou apenas o último dos porteiros. De sala para sala, porém, existem porteiros cada um mais poderoso que o outro. **Nem mesmo eu posso suportar a visão do terceiro**”. O homem do campo não esperava tais dificuldades: **a lei deve ser acessível a todos e a qualquer hora**, pensa ele; agora, no entanto, ao examinar mais de perto o porteiro, com o seu casaco de pele, o grande nariz pontudo e a longa barba tártara, rala e preta, ele decide que é melhor aguardar até receber a permissão de entrada. O porteiro lhe dá um banquinho e deixa-o sentar-se ao lado da porta. Ali fica sentado dias e anos. Ele faz muitas tentativas para ser admitido, e cansa o porteiro com os seus pedidos. Muitas vezes o porteiro submete o homem a pequenos interrogatórios, pergunta-lhe a respeito da sua terra e de muitas outras coisas, mas são perguntas indiferentes, como as que costumam fazer os grandes senhores, e no final repete-lhe sempre que ainda não pode deixá-lo entrar. O homem, que havia se equipado para a viagem com muitas coisas, lança mão de tudo, por mais valioso que seja, para subornar o porteiro. Este aceita tudo, mas sempre dizendo: “Eu só aceito para você não achar que deixou de fazer alguma coisa”. Durante todos esses anos, o homem observa o porteiro quase sem interrupção. Esquece os outros porteiros e este primeiro parece-lhe o **único obstáculo para a entrada na lei**. Nos primeiros anos, amaldiçoa em voz alta o acaso infeliz; mais tarde, quando envelhece, apenas resmunga consigo mesmo. Torna-se infantil, e uma vez que, por estudar o porteiro anos a fio, ficou conhecendo até as pulgas da sua gola de pele, pede estas que o ajudem a

fazê-lo mudar de opinião. Finalmente, sua vista enfraquece e ele não sabe se de fato está escurecendo em volta ou se apenas os olhos o enganam. Contudo, agora reconhece no escuro um brilho que irrompe inextinguível da porta da lei. Mas já não tem mais muito tempo de vida. Antes de morrer, todas as experiências daquele tempo convergem na sua cabeça para uma pergunta que até então não havia feito ao porteiro. Faz-lhe um aceno para que se aproxime, pois não pode mais endireitar o corpo enrijecido. O porteiro precisa curvar-se profundamente até ele, já que a diferença de altura mudou muito em detrimento do homem. “O que é que você ainda quer saber?”, pergunta o porteiro. “Você é insaciável.” **“Todos aspiram à lei”**, diz o homem. “Como se explica que, em tantos anos, ninguém além de mim pediu para entrar?” O porteiro percebe que o homem já está no fim, e para ainda alcançar sua audição em declínio, ele berra: “Aqui ninguém mais podia ser admitido, pois esta entrada estava destinada só a você. Agora eu vou embora e fecho-a”.

(“O Processo” – Franz Kafka)

APRESENTAÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro não vem conseguindo oferecer respostas adequadas ao atual e complexo contingente conflitivo. Este cenário se agravou diante da pandemia mundial (infecção por coronavírus /COVID19) ocorrida no período entre 2020 e 2022.

Uma rápida análise comparativa do acesso à justiça na Espanha e no Brasil demonstra que o primeiro possui um sistema judicial complexo, com múltiplas instâncias, incluindo tribunais federais, estaduais e trabalhistas. Nesse sistema complexo a morosidade é um desafio significativo, e os casos podem levar anos para serem resolvidos. A Espanha, por sua vez, possui um sistema judicial hierarquizado, com tribunais regionais e nacionais. O Tribunal Constitucional é responsável por questões constitucionais. Nesse sistema, o tempo de tramitação de processos tende a ser mais rápido em comparação com o Brasil.

O sistema de justiça brasileiro conta com a assistência jurídica gratuita, que é garantida pela Constituição Federal para aqueles que não têm condições de pagar por um advogado. No entanto, há desafios na efetiva implementação desse direito, e muitas vezes, a demanda excede a oferta de serviços gratuitos. Do mesmo modo, o sistema de justiça espanhol oferece assistência jurídica para pessoas de baixa renda, garantindo o acesso à justiça mesmo para aqueles que não podem pagar por serviços jurídicos.

O Brasil tem incentivado métodos consensuais de resolução de disputas, como a mediação e conciliação, para aliviar a carga do sistema judicial. Assim como no Brasil, a Espanha também vem adotando tais métodos para desafogar o sistema judicial, promovendo a mediação e a conciliação.

Ambos os países possuem desafios comuns tais como a morosidade, embora o Brasil tenda a ter uma situação mais crítica nesse aspecto. Os países buscam garantir o acesso à justiça para grupos vulneráveis, mas desafios persistem na prática. Do mesmo modo, os recursos são

limitados para o sistema judicial em ambos os países o que podem levar a atrasos e dificuldades no acesso à justiça.

Em resumo, enquanto os dois países compartilham desafios comuns relacionados ao acesso à justiça, cada um possui características únicas em seu sistema legal e realiza esforços para melhorar o acesso à justiça. A Espanha tem uma vantagem relativa em termos de eficiência do sistema judicial, mas ambos continuam a enfrentar desafios em busca de uma justiça mais acessível e eficaz.

Especificamente no Brasil, há cerca de uma década começaram a ser criadas resoluções e promulgadas leis instituindo e alterando políticas públicas autocompositivas (mediação, conciliação) e heterocompositivas (jurisdição estatal/não estatal e arbitragem) de solução de conflitos objetivando, dentre outras coisas, fortalecer e aprimorar o acesso à justiça previsto na Constituição Federal brasileira.

Diante deste cenário, o projeto de pesquisa “Ontem, hoje e amanhã: cartografia das políticas públicas brasileiras auto e heterocompositivas de acesso à justiça” pretende analisar as atuais políticas públicas (auto/heterocompositivas) de acesso à justiça, o modo como sua implementação e execução vêm sendo desempenhadas e avaliadas e quais são as perspectivas que se apresentam no pós pandemia, considerando a última década, no Brasil. O projeto é coordenado pela prof^a. Fabiana Marion Spengler e se desenvolve junto ao Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. A pesquisa é financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico-CNPq e pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul-FAPERGS. Possui a colaboração de várias universidades brasileiras, de todas as regiões do país e é integrado por professores de universidades brasileiras e estrangeiras. O projeto congrega, ainda, outros 22 professores pesquisadores, além de estudantes de mestrado e doutorado das universidades parceiras.

Em outubro de 2023 os integrantes do projeto participaram de um Evento realizado na Universidad de Burgos (UBU), na Cidade de Burgos, Espanha; o seminário nomeado “Acceso a la Justicia en la contemporaneidad” ocorreu no dia 17.10.2023 e teve a coordenação da prof^a Nuria Belloso Martín. Tratou de temas conectados aos objetivos

do projeto e contou com vários professores, mestrandos e doutorados brasileiros e europeus que o integram.

A presente obra é produto das reflexões ocorridas nesse seminário e conta com um conjunto de textos escritos em língua portuguesa e espanhola que abordam o acesso à justiça no Brasil e na Espanha, refletindo a respeito de suas convergências e dissonâncias, de suas principais conquistas e desafios.

Santa Cruz do Sul, dezembro de 2023.

Fabiana Marion Spengler

Professora universitária

PREFÁCIO

O acesso à justiça não é uma temática recente, sendo as formas de solução de conflitos memoradas ao longo de toda a história. Porém, suas concepções não foram as mesmas, modificando-se de acordo com a própria sociedade.

Na contemporaneidade, descortinou-se uma realidade hiper complexa, havendo a necessidade de superação de conceitos que foram adequadas para determinadas épocas, mas que se tornaram inadequados diante das realidades transmutadas. Como consequência, a concepção de acesso à justiça também se modifica.

O reconhecimento e a necessidade de efetivação de direitos desde as Constituições editadas no Pós-Segunda Guerra Mundial, com o direcionamento progressivo de demandas ao Poder Judiciário, enquanto guardião dos postulados constitucionais e principal responsável pela solução de conflitos, proporcionou o esgotamento do sistema tradicional de justiça.

Soma-se a isso que, em uma sociedade hiper complexa, o modelo de acesso à justiça conectado ao acesso ao Judiciário revela a incapacidade de compreensão das poliédricas faces dos conflitos, com a obsolescência dos métodos tradicionais de resolução de conflitos e de pacificação social. A processualidade gera proteção abstrata que pode não corresponder aos ideais almejados para a concretude das questões do mundo da vida, sendo o processo judicial percebido como insuficiente para fornecer a solução mais adequada para todo e qualquer conflito.

Ocorre, então, a releitura de institutos e a ressignificação de práticas. A jurisdição desconecta-se estritamente da concepção clássica estatal, ampliando-se a leitura sobre o caráter jurisdicional da arbitragem. Por sua vez, também se caminha na direção de que a solução adjudicada nem sempre é suficiente e adequada. A solução de conflitos passa pelo empoderamento das partes, pela escuta, pela compreensão das diferentes visões do conflito e pela construção de uma solução benéfica para todos os envolvidos. Há uma perspectiva de longevidade dessa nova

solução muito maior do que da própria sentença judicial, e sem a impositividade, sem a execução.

Se todos os olhares antes estavam voltados para a jurisdição, hoje há múltiplos caminhos para a solução dos conflitos. A complexidade das relações contemporâneas proporciona a necessidade de um acesso à justiça com diversos métodos, ferramentas e práticas para a busca da pacificação social e do senso de justiça, especialmente voltados para o foco no consenso, que os próprios envolvidos possam construir a solução mais adequada.

A presente obra, composta por renomados juristas brasileiros e espanhóis, aborda em uma enriquecedora perspectiva comparada, as plúrimas vozes e diálogos sobre o acesso à justiça na contemporaneidade, pavimentando o importante caminho sobre a releitura da prestação jurisdicional e a ênfase à solução pacífica dos conflitos.

A publicação é fruto de pesquisas de qualidade, desenvolvidas no âmbito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, em que o projeto “Ontem, hoje e amanhã: cartografia das políticas públicas brasileiras auto e heterocompositivas de acesso à justiça” contou com o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, além da conexão com as pesquisas desenvolvidas na Universidade de Burgos, na Espanha, e fomentadas pelos debates sobre a solução consensual na CUEMYC - *Conferencia Universitaria Internacional para el Estudio de la Mediación y el Conflicto*. Revela-se uma das publicações mais atuais e relevantes para a compreensão do acesso à justiça em uma sociedade hiper complexa.

Espero, sinceramente, que esta obra sirva como fonte de inspiração para as constantes inquietações sobre o acesso à justiça e a releitura da solução de conflitos.

Cesar Cury

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Presidente do NUPEMEC - Núcleo Permanente de Métodos Consensuais
de Solução de Conflitos
Presidente do Conselho de Administração da EMEDI - Escola de
Mediação do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| O ACESSO À JUSTIÇA BRASILEIRA E A AGENDA 2030 DA ONU | 15 |
| Fabiana Marion Spengler | |
| ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR) À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO | 33 |
| Tânia Lobo Muniz, Patricia Ayub da Costa, Isabeau Lobo Muniz Santos Gomes | |
| A CONSENSUALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E OS ENUNCIADOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL: UMA CONTRIBUIÇÃO CONCRETA PARA A AGENDA 2030 DA ONU PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL | 49 |
| Flávia Pereira Hill, Humberto Dalla Bernardina de Pinho | |
| A CULTURA DA CONSENSUALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: EVOLUÇÃO NORMATIVA E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO | 63 |
| Humberto Dalla Bernardina de Pinho | |
| CONSENSO E FILOSOFIA: OPORTUNIDADES DE ENCONTROS E DESENCONTROS | 77 |
| Marcelo Machado Costa Lima | |
| DIREITO FUNDAMENTAL AO CONSENSO | 89 |
| Adriano Moura da Fonseca Pinto, Karla Sáenz | |
| TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: ESPAÇOS E PASSOS DO CONSENSO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO. | 101 |
| Líliá Nunes Silva, Marcelo Pereira de Almeida | |

| | |
|---|------------|
| DIREITO EMPRESARIAL E CONSENSO: MEDIAÇÃO, A QUIMERA JUDICIAL | 117 |
| Wagner de Mello Brito | |
| AUTOCOMPOSIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DA METRÓPOLE À CIDADELA | 129 |
| Theoblado Spengler Neto, Hipólito Domenech Lucena | |
| ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: SEGURANÇA E EFICIÊNCIA | 153 |
| Patricia Ayub da Costa, Tânia Lobo Muniz, Isabeau Lobo Muniz Gomes dos Santos | |
| COMISIONES DE CONFLICTOS DE TIERRAS: ESTRUCTURA, RETOS Y LOGROS | 167 |
| Josiane Caleffi Estivalet | |
| LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (MASC) EN UN CONTEXTO DE JUSTICIA DELIBERATIVA A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA | 183 |
| Nuria Bellosó Martín | |
| LA CONTROVERTIDA DICOTOMÍA ENTRE ACTUACIONES PATERNALISTAS Y AUTONOMÍA DEL PACIENTE | 193 |
| David Enrique Pérez González | |
| EL MEDIADOR 4.0. EL FUTURO DE LA MEDIACIÓN EN LA ERA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL | 207 |
| Rodrigo Miguel Barrio | |
| MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN ÁMBITO AMBIENTAL ¿POSIBILIDADES, INCONVENIENTES Y PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS FUTURAS EN LA JURISDICCIÓN EUROPEA Y ESPAÑOLA? | 223 |
| Cleiton Lixieski Sell | |

O ACESSO À JUSTIÇA BRASILEIRA E A AGENDA 2030 DA ONU¹

Fabiana Marion Spengler²

1. Introdução

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) são uma série de metas globais estabelecidas pela Assembleia Geral das Nações Unidas

¹ Pesquisa resultante do projeto “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.

² 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; participante da Rede CUEMYC (Conferência Universitária Internacional para o Estudo da Mediação e do Conflito), site: <https://cuemyc.org/quienes-somos/>; é integrante do grupo de pesquisa internacional "Dimensions of Human Rights" (<http://www.ijp.upt.pt/page.php?p=298>), mantido pelo Instituto Jurídico Portucalense (IJP). 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; autora de diversos livros e artigos científicos. E-mail: fabiana@unisc.br.

como parte da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. A Agenda 2030 foi adotada em setembro de 2015 por todos os 193 Estados-membros das Nações Unidas e é um plano de ação global que visa abordar uma série de desafios interconectados que o mundo enfrenta, incluindo a pobreza, desigualdade, mudança climática, degradação ambiental, paz e justiça.

A Agenda 2030 consiste em 17 ODS³, cada um com metas específicas associadas. Esses objetivos são interligados e visam criar um mundo mais justo, equitativo e sustentável até o ano de 2030, abordando uma ampla gama de questões globais. Cada país é incentivado a adaptar esses objetivos de acordo com suas próprias necessidades e contextos, e a colaboração global é fundamental para alcançar essas metas ambiciosas.

Diante desse cenário, o presente texto pretende analisar o acesso à justiça brasileiro a partir do objetivo de desenvolvimento sustentável de número 16⁴, abordando, de forma mais específica, sua meta 3⁵. Nesse sentido, questiona-se: o Brasil vem implementando políticas públicas capazes de gerar ações que lhe permitam cumprir o ODS 16, mais especificamente na sua meta 3, proporcionando o acesso à justiça para a população?

Para fins de cumprir com o objetivo proposto e responder ao problema de pesquisa o método utilizado foi o dedutivo. Como método de procedimento utilizou-se o método monográfico.

³ Esses objetivos são: 1. Erradicação da Pobreza; 2. Fome Zero; 3. Saúde e Bem-Estar; 4. Educação de Qualidade; 5. Igualdade de Gênero; 6. Água Limpa e Saneamento; 7. Energia Limpa e Acessível; 8. Trabalho Decente e Crescimento Econômico; 9. Indústria, Inovação e Infraestrutura; 10. Redução das Desigualdades; 11. Cidades e Comunidades Sustentáveis; 12. Consumo e Produção Sustentáveis; 13. Ação Contra a Mudança Climática; 14. Vida na Água; 15. Vida Terrestre; 16. Paz, Justiça e Instituições Eficazes; 17. Parcerias em Prol do Desenvolvimento Sustentável.

⁴ ODS 16. Paz, Justiça e Instituição Eficazes pretende “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”.

⁵ “Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos.”

2. O direito humano fundamental de acesso à justiça no Brasil

Objetivando discutir o acesso à justiça como um direito humano fundamental é importante antes definir tal expressão. Para compor a definição de acesso à Justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002) delineiam duas hipóteses: a) o método por intermédio do qual as pessoas obtêm resultados individuais e socialmente justos; b) o método pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos ou tratar seus conflitos no esteio estatal. Conforme os autores, este tema está amplamente ligado ao binômio possibilidade-viabilidade de acessar o Sistema Jurídico em igualdade de condições. Tal prerrogativa foi democraticamente conquistada pelos cidadãos, sob a forma de Direito Humano básico (Spengler, 2019).

Assim, segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002), pode-se dizer que o tema está amplamente ligado ao binômio possibilidade-viabilidade de acessar o sistema jurídico em igualdade de condições. Esta prerrogativa foi democraticamente conquistada pelos cidadãos, sob a forma de “o mais básico dos Direitos Humanos”. Liga-se, também, à busca de tutela específica para o direito e/ou interesse ameaçado e com a produção de resultados justos e efetivos.

Esta preocupação evidencia a permanente procura pela efetividade do direito e da justiça ao caso concreto. Nasce desvinculada de seu germe quando da dedução em juízo, ou melhor, no processo, procura-se apenas a obtenção de sua conclusão formal, pois o resultado final almejado em qualquer querela deve ser, na sua essência, pacificador do conflito (Spengler; Magliacane, 2020). É só assim que se estará efetivando⁶ a chamada Justiça Social, expressão da tentativa de adicionar ao Estado de Direito uma dimensão social (Bolzan de morais; Spengler, 2019).

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

⁶ A concepção de efetividade que se pretende trabalhar aqui assume um caráter mais amplo do que aquela desenvolvida por Chiovenda cuja visão, de cunho essencialmente individualista, está ultrapassada, pois [...] na medida do que for praticamente possível o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter (Chiovenda, 1930, p. 110).

do direito com justiça, a participação ativa dos indivíduos, além de constituir 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 de justiça ainda 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.

Essa adequação será alcançada com uma “mudança de paradigma”, que só será obtida a partir da formação de uma consciência que rompa posturas anteriores marcadas pela introspecção e que passe a considerar o mundo político e social (a realidade da vida) que rodeia o processo (Spengler; Spengler, 2018).

Mas, como se sabe, o acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário, traduzindo-se no direito de acesso a uma justiça organizada de forma adequada, cujos instrumentos processuais sejam aptos a realizar, efetivamente, os direitos assegurados ao cidadão⁷.

Então, é importante dizer que "acesso à justiça" e "acesso à jurisdição" são conceitos relacionados, mas têm significados diferentes no contexto do sistema legal. Essas diferenças e semelhanças entre os dois conceitos têm início com o escopo de ambos. O acesso à justiça possui escopo mais amplo, referindo-se não apenas à capacidade das pessoas de acessar os tribunais, mas também a uma ampla gama de mecanismos e recursos disponíveis para resolver disputas e buscar soluções legais para problemas. Já o acesso à jurisdição refere-se especificamente à capacidade das pessoas de acessar os tribunais e buscar soluções judiciais para suas disputas. Isso inclui o ajuizamento de ações judiciais, participação em processos judiciais e obtenção de decisões dos tribunais.

⁷ “Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para além dos tribunais e utilizar métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica” (Cappelletti; Garth, 2002, p. 13).

Ainda, o acesso à justiça inclui meios consensuais de resolução de conflitos além do sistema judicial formal, tais como mediação, conciliação e arbitragem. Também pode incluir serviços de assistência jurídica, aconselhamento legal, educação legal e outras medidas que ajudam as pessoas a entender e lidar com questões legais. Já o acesso à jurisdição, não obstante também prever a utilização de meios consensuais de resolução de conflitos (e aqui uma semelhança entre os dois sistemas), trabalha com o processo formal uma vez que está associado ao sistema de justiça ritualizado e burocratizado, que segue procedimentos e regras legais estritos. Envolve litígios perante juízes e tribunais e requer a conformidade com as normas processuais.

Abordando, ainda semelhanças e diferenças entre “acesso à justiça” e “acesso à jurisdição” percebe-se que o primeiro foca na equidade pois pretende garantir que todos, independentemente de posição econômica, social ou cultural, tenham a capacidade de acessar efetivamente os recursos legais disponíveis para resolver seus conflitos. Isso envolve a promoção da igualdade perante a lei.

Por outro lado, o acesso à jurisdição está relacionado à capacidade de uma pessoa ou entidade apresentar um caso perante um tribunal (autoridade judicial) competente e receber uma decisão judicial sobre o assunto em questão.

Em resumo, o acesso à justiça é um conceito mais amplo que engloba não apenas o acesso aos tribunais, mas também uma variedade de recursos e mecanismos para resolver disputas e buscar justiça. O acesso à jurisdição, por outro lado, concentra-se especificamente na capacidade das pessoas de acessar os tribunais e buscar soluções judiciais para seus problemas. Ambos os conceitos são importantes para garantir a eficácia do sistema legal e a proteção dos direitos das pessoas, porém, é importante conhecê-los para efetivamente gerar uma acessibilidade isonômica a todos.

A concepção que equipara o acesso à Justiça com o “acesso aos tribunais” faz parte de “um conceito estrito”. Por outro lado, considera-se um conceito mais amplo aquele que “trata do acesso à justiça como o acesso aos meios de desenvolvimento social, político e econômico de um Estado, ou seja, uma justiça social, distributiva” (Maders, 2013, p. 56). Esse “conceito estrito” de acesso à Justiça está intimamente ligado aos

diversos escopos da jurisdição e engloba os problemas essenciais da efetividade do processo. Assim, as tradicionais limitações ao ingresso na Justiça, jurídicas ou de fato (econômicas, sociais), refletem em decepções para a potencial clientela do Poder Judiciário.

Importante referir que o acesso à justiça brasileiro se transformou ao longo do tempo e foi atingido pelas modificações sofridas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Processo Civil. Quando o direito de acesso à Justiça passou a fazer parte da última Constituição (art. 5º, XXXV), criaram-se caminhos para torná-lo viável a todos, assegurando, por exemplo, o direito à gratuidade para o hipossuficiente.

Porém, não obstante os dispositivos constitucionais e as leis esparsas, tornou-se comum confundir acesso à Justiça com acesso ao Judiciário. Encontram-se, com certa frequência, estudos que se referem a ambos como sinônimos, ignorando que o acesso ao Judiciário está contido no acesso à Justiça, que é mais amplo e assegura maior hipótese de tutela aos direitos do cidadão.

3. O ODS 16 e a necessidade de criação de políticas públicas para um acesso à justiça brasileiro mais eficiente

O ODS 16 da Agenda 2030 da ONU é centrado na construção de sociedades pacíficas, justas e inclusivas. Ele tem uma grande importância para o Brasil e para outros países, uma vez que aborda questões fundamentais relacionadas à paz, à justiça, à igualdade e à governança eficaz.

Por conseguinte, percebe-se que o ODS 16 é muito importante para facilitar o acesso à justiça brasileiro uma vez que pauta pela promoção da paz e prevenção de conflitos, o que tem sido um desafio, especialmente no que diz respeito à violência urbana, criminalidade e conflitos em determinadas regiões. Assim, na medida em que o ODS 16 visa promover a paz, reduzir a violência e prevenir conflitos, percebe-se sua importância crucial para a estabilidade e segurança do país.

Outro fator importante é justamente a promoção do acesso à justiça que é um componente essencial para garantir que os direitos dos cidadãos sejam respeitados. O ODS 16 procura fortalecer instituições jurídicas e promover esse acesso para todos, independentemente da origem social, econômica ou étnica.

Além disso, o ODS 16 busca reduzir a corrupção, promovendo a transparência, a responsabilidade e o Estado de Direito, o que pode ter um impacto significativo na governança e na confiança pública.

Nessa mesma linha de raciocínio, o ODS 16 propõe igualdade, inclusão e a não discriminação. Isso é relevante para combater a discriminação racial, de gênero e étnica, entre outras formas de desigualdade no Brasil. Essa característica do ODS 16 se alia ao fato de que ele incentiva a participação ativa dos cidadãos na tomada de decisões e na construção de sociedades mais democráticas. Isso pode ajudar a fortalecer a voz das comunidades marginalizadas e a promover uma cidadania mais autônoma e responsável.

Por fim, a paz, a justiça e a boa governança são fundamentais para o desenvolvimento sustentável. O ODS 16 está interconectado com outros objetivos de desenvolvimento sustentável, como a erradicação da pobreza, a saúde e a educação de qualidade, destacando a importância de abordar essas questões de maneira integrada.

Para que o ODS 16 seja atendido, necessário a criação, implementação, manutenção e fomento de políticas públicas/políticas judiciárias⁸. A expressão “política pública” é definida como um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito (Bucci, 2006, p. 14).

Toda política pública é uma forma de intervenção nas relações sociais com vistas a enfrentar um problema político. Essa ação está sempre condicionada pelos interesses e pelas expectativas dos integrantes das relações. Por conseguinte, “ela pode ser definida como a busca explícita e racional de um objetivo, graças à alocação adequada de meios que, mediante uma utilização razoável, devem produzir consequências positivas” (Grau, 2000, p. 26).

No caso da autocomposição como política pública, observa-se seu papel no cumprimento de, entre outros, um objetivo específico:

⁸ A teoria dos ciclos elenca “cinco fases que permitem entender como uma política surge e se desenvolve: (i) percepção e definição do problema; (ii) inserção na agenda política; (iii) formulação; (iv) implementação; e (v) avaliação” (Schmidt, 2018, p. 131).

proporcionar acesso à Justiça adequado e eficiente no tratamento dos conflitos sociais, exatamente como propõe o ODS 16. Para ser implementada, a autocomposição requer a alocação de meios, como recursos humanos, treinamento adequado e estrutura, por parte da administração pública.

A autocomposição é uma política pública classificada como política de estado, uma vez que expressa “opções amplamente respaldadas pelas forças políticas e sociais, têm previsão legal e contam com mecanismos e regulamentações para a sua implementação” (Schmidt, 2018, p. 127). As políticas de estado “atravessam” governos de diferentes concepções ideológicas, justamente por estarem entranhadas no aparato estatal e terem ampla legitimação (Schmidt, 2018, p. 127).

Além disso, a formulação de políticas públicas como atividade de planejamento sempre deve considerar o objetivo que pretende atingir e a finalidade almejada. No caso de possibilitar o acesso à Justiça e solucionar conflitos sociais, as políticas públicas podem atuar paralelamente ao Poder Judiciário ou serem anteriores ao processo judicial⁹.

Nesse sentido, algumas políticas públicas/judiciárias de acesso à justiça vêm ganhando destaque e fomento do Ministério da Justiça, da Secretaria de Reforma do Judiciário, do Conselho Nacional de Justiça e do legislador brasileiro, especialmente aquelas que buscam o acesso à justiça consensual, por meio da autocomposição.

Toda política pública é uma forma de intervenção nas relações sociais com vistas a enfrentar um problema político. Essa ação está sempre condicionada pelos interesses e pelas expectativas dos integrantes das relações. Por conseguinte, “ela pode ser definida como a busca explícita e racional de um objetivo, graças à alocação adequada de meios que, mediante uma utilização razoável, devem produzir consequências positivas” (Grau, 2000, p. 26).

O Brasil vem fazendo pouco progresso em relação aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da ONU. O progresso em relação aos ODS pode variar de um objetivo para outro e

⁹ Exemplo, aqui, é a mediação, como meio autocompositivo, que pode acontecer antes ou depois da instauração do processo e, se alcançado, o acordo entre os conflitantes poderá ser homologado judicialmente caso seja objetivo produzir um título executivo judicial.

de uma região para outra no Brasil. Alguns ODS têm sido mais bem atendidos do que outros. Por exemplo, o Brasil fez progressos significativos na redução da pobreza extrema e na melhoria do acesso à água potável e saneamento básico.

No entanto, o país enfrenta desafios significativos em áreas como desigualdade, desmatamento, mudanças climáticas, educação de qualidade, igualdade de gênero e redução da violência. Além disso, fatores como instabilidade política e econômica podem afetar o progresso em direção aos ODS que é monitorado regularmente por agências governamentais, organizações da sociedade civil e instituições internacionais.

Até o final de 2022, o Brasil se distanciou cada vez mais do cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) que foram acordados em 2015 e devem ser realizados até 2030. Além do atraso na realização desses objetivos, o País também enfrentou outro problema: falta de informações confiáveis em todos os setores. De acordo com o “V Relatório Luz”, não foi possível obter dados sobre 4,76% das metas avaliadas (Brasil de fato, 2022).

Isso é evidenciado pela declaração do “V Relatório Luz” (2022, p. 88) que afirma: “ao longo da atual gestão presidencial, o país continua retrocedendo, como mostra a análise do ODS 16”. O relatório vai além, apontando que o ODS 16 “tem dez das suas 12 metas em retrocesso, uma estagnada e outra ameaçada, e para a qual não há dados oficiais atualizados em 18 dos seus 22 indicadores”. Essa informação demonstra que as políticas públicas permitidas para cumprir o ODS 16 e suas metas, especialmente a meta 16.3, estão ameaçadas por diversos fatores, como o cenário político/econômico, questões sociais, culturais e históricas do Brasil atual. Essas questões definem um monitoramento maior por parte da sociedade civil.

Preocupante é a conclusão do “V Relatório Luz” (2022, p.98-90) em relação à meta 16.3. Os números oficiais atualizados se referem apenas “às pessoas presas provisoriamente e os dados indicam um piora: o percentual aumentou de 29,81% em 2020 para 30,75% em 2021”. Não há dados de 2021 sobre “a proporção de vítimas de violência que procuraram a polícia ou sobre disputas mediadas por mecanismos formais ou informais de resolução de conflitos”. Nesse aspecto, os dados

mais recentes são de 2010, o que dificulta significativamente a gestão adequada das políticas judiciárias. Consequentemente, o relatório conclui que "a meta¹⁰, avaliada como ameaçada no V Relatório Luz, está em retrocesso".

Essa afirmativa pode ser corroborada pela análise do acesso à jurisdição, que é o meio mais utilizado no Brasil, para acessar à justiça. Essa análise (numérica) vem sendo feita anualmente, desde 2009, e as conclusões são compiladas no Relatório Justiça e Números e publicadas pelo CNJ. Neste relatório são apresentados os indicadores de desempenho do Poder Judiciário, incluindo a Taxa de Congestionamento¹¹ e o Índice de Atendimento à Demanda (IAD)¹². A análise minuciosa dos números aponta que o judiciário ainda apresenta uma significativa Taxa de Congestionamento, não obstante as iniciativas postas em prática até o momento.

Prova disso é a figura abaixo, retirada do relatório Justiça em Números (CNJ, 2023, p. 116) que demonstra a Taxa de Congestionamento bruta e líquida, bem como o Índice de Atendimento à Demanda desde 2009 até 2022.

¹⁰ A meta da qual o relatório faz referência é a 3.

¹¹ "A taxa de congestionamento mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano. Quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos. A taxa de congestionamento líquida, por sua vez, é calculada retirando do acervo os processos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório. Cumpre informar que nem todos os processos em tramitação estão aptos a serem baixados." (CNJ 2023, p.114-115)

¹² "O índice de Atendimento à Demanda (IAD) reflete a capacidade das cortes em dar vazão ao volume de casos ingressados." (CNJ 2023,115).

Figura 72 - Série histórica da taxa de congestionamento e do índice de atendimento à demanda



Percebe-se que ao longo desse período, “a taxa de congestionamento do Poder Judiciário oscilou entre 70,6% no ano de 2009 e 73,4% em 2016”. A partir desse momento, “a taxa cai gradativamente até atingir o menor índice da série histórica no ano de 2019, com taxa de 68,7%.” Já em 2020, “em razão da pandemia causada pela covid-19, a taxa voltou a subir”. Porém, tanto em “2021 quanto em 2022, já houve redução na taxa de congestionamento na ordem de 1,6 ponto percentual entre 2021 e 2022, finalizando o ano com um congestionamento mensurado em 72,9%.” (CNJ, 2023, p. 115)

Por outro lado, o mesmo Relatório não informa os números advindos da prática autocompositiva da mediação. Em seu texto se localiza o Índice da Conciliação (autocomposição também), mas, conforme figura abaixo colacionada “não houve variações significativas no indicador de conciliação no segundo e no primeiro grau em relação ao ano anterior, observando-se manutenção do valor de segundo grau em 0,9% e com redução de somente 0,2 ponto percentual no primeiro grau”. (CNJ, 2023, p. 192)

Figura 131 - Série histórica do Índice de Conciliação



Diante dos números expressos no Relatório Justiça em Números, percebe-se que muito ainda há por fazer para que seja possível dizer que o acesso à justiça no Brasil está condizente com o ODS 16 e sua meta 3.

Assim, é importante analisar com serenidade as políticas judiciais inovadoras com o objetivo de promover o ODS 16, especialmente no que diz respeito à meta 16.3, permitindo que os cidadãos tenham um acesso à justiça quantitativa e qualitativamente mais adequada, exequível e pacífica.

4. Políticas públicas/judiciárias brasileiras para execução do ODS 16 e sua meta 3

No Brasil, várias políticas públicas foram implementadas para cumprir o ODS 16 e sua meta 3, algumas das quais incluem:

1. Sistema de Justiça: o Brasil tem trabalhado para fortalecer seu sistema de justiça, buscando melhorar a eficiência e a transparência dos tribunais e garantir o acesso à justiça para todos os cidadãos, independentemente de sua condição econômica.

2. Políticas de Segurança Pública: o país tem desenvolvido políticas de segurança pública visando a redução da violência e o fortalecimento

das instituições de segurança, com o objetivo de promover a paz e a justiça.

3. Combate à corrupção: o Brasil tem adotado medidas para combater a corrupção em várias esferas da sociedade, incluindo investigações e processos legais envolvendo políticos, empresas e outros setores.

4. Acesso à informação: o acesso à informação é fundamental para a promoção da justiça e do Estado de Direito. O Brasil implementou leis de acesso à informação que visam aumentar a transparência das instituições governamentais.

5. Autocomposição na resolução de conflitos: políticas públicas foram desenvolvidas para promover a mediação e a conciliação na resolução de conflitos, aliviando a sobrecarga dos tribunais e oferecendo opções mais acessíveis e rápidas para resolvê-los.

6. Educação em direitos humanos e cidadania: programas de educação em direitos humanos e cidadania têm sido implementados para aumentar a conscientização sobre os direitos e responsabilidades dos cidadãos, promovendo uma cultura de respeito às leis e à justiça.

7. Políticas de inclusão social: o combate à desigualdade e à exclusão social é fundamental para promover sociedades justas e pacíficas. O Brasil implementou políticas de inclusão social, como programas de transferência de renda e políticas de ação afirmativa.

Ao elencar as principais políticas públicas brasileiras de promoção do acesso à justiça nos últimos anos, é necessário lembrar que o progresso na consecução dos ODS varia de acordo com o tempo e pode ser afetado por uma série de fatores (econômicos, sociais, culturais, geográficos, dentre outros). Portanto, é importante acompanhar os esforços em curso e avaliar o impacto das iniciativas em relação ao ODS 16 e sua meta³.

Nessa linha de raciocínio, importa recordar que ao longo dos últimos 10 anos, o Brasil implementou várias das políticas públicas anteriormente citadas a partir de leis e resoluções objetivando melhorar o acesso à justiça e fortalecer o sistema de justiça. Alguns exemplos incluem:

a) Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015): regulamenta a mediação como um meio autocompositivo de solução de conflitos e promove a utilização desse método alternativo em diversas áreas, incluindo questões

cíveis, familiares e empresariais. A mediação visa agilizar a resolução de disputas e reduzir a sobrecarga dos tribunais.

b) Lei de Arbitragem (Lei nº 13.129/2015): esta lei atualiza a legislação de arbitragem no Brasil, tornando-a mais eficaz e alinhada com os padrões internacionais. A arbitragem é uma alternativa heterocompositiva à via judicial para a resolução de litígios.

c) Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011): embora tenha mais de 10 anos, esta lei continua a ser um instrumento importante para melhorar o acesso à justiça. Ela estabelece procedimentos para que os cidadãos tenham acesso a informações públicas, aumentando a transparência e a *accountability* do governo.

d) Código de Processo Civil- CPC (Lei nº 13.105/2015): trouxe mudanças significativas para o sistema de justiça no Brasil, visando a celeridade e a eficiência dos processos judiciais. O CPC introduziu mecanismos como a conciliação e a mediação como etapas obrigatórias em muitos casos.

e) Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015): esta lei reconhece os direitos das pessoas com deficiência e promove o acesso à justiça ao garantir a acessibilidade a processos judiciais, acomodações adequadas em tribunais e a possibilidade de atendimento preferencial.

f) Lei do Mandado de Injunção (Lei nº 13.300/2016): regulamentou o uso do mandado de injunção, um instrumento jurídico que permite que os cidadãos reivindiquem direitos quando o poder público não regulamenta normas constitucionais. Isso pode ajudar a garantir o acesso à justiça em casos de omissão legislativa.

g) Resolução CNJ nº 125/2010: embora tenha sido promulgada antes do período de 10 anos mencionado, essa resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do poder judiciário, incentivando a mediação e a conciliação como meios de resolução de litígios.

h) Resolução CNJ nº 225/2016: introduz a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário implementando mais um mecanismo consensual de acesso à justiça.

É importante observar que essas leis e resoluções representam apenas uma parte das iniciativas implementadas no Brasil para melhorar

o acesso à justiça nas últimas décadas. A evolução do sistema de justiça e o aprimoramento do acesso à justiça são processos contínuos que envolvem uma série de esforços legislativos, administrativos e sociais.

Porém, não obstante essas políticas públicas/judiciárias implementadas e as iniciativas legais promulgadas, o acesso à justiça da população brasileira ainda precisa de investimentos. Investimentos de caráter estrutural, econômico, social e cultural. A população ainda carece de informação quanto aos seus direitos e o modo como acessá-los.

5. Conclusão

O congestionamento do judiciário brasileiro aponta para a necessidade de buscar outros caminhos para proporcionar ao cidadão o direito fundamental de acesso à justiça, previsto na Constituição Brasileira de 1988. O fomento aos serviços de justiça gratuita possibilitam a aproximação do cidadão. Porém, muitos entraves ainda existem, dentre eles o congestionamento processual.

Tais constatações permitem perceber que o acesso à justiça somente poderá ser dito “efetivo” se oferecer ao cidadão uma resposta adequada ao conflito e em tempo razoável. Assim, frente às dificuldades de responder aos conflitos de modo adequado, o Brasil disciplinou a autocomposição como política pública/judiciária fomentadora de acesso à justiça. Essa política pública vem sendo implementada também objetivando autonomizar os cidadãos envolvidos no litígio a ponto de alcançarem o consenso de forma conjunta, construindo uma resposta para o litígio que os une.

Ao implementar a autocomposição enquanto política pública/judiciária de promoção ao direito fundamental de acesso à justiça o Brasil passou a caminhar em direção ao cumprimento do ODS 16 e de sua meta 3.

Assim, diante das pesquisa elaborada, utilizando-se a metodologia proposta, é possível responder de modo afirmativo ao problema de pesquisa uma vez que demonstrado que o Brasil vem implementando e executando várias políticas públicas/judiciárias para cumprir o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 16, que se concentra em "Paz, Justiça e Instituições Eficazes". Dentro do ODS 16, a Meta 3 diz respeito

a "promover o Estado de Direito em nível nacional e internacional, e garantir o acesso à justiça para todos".

Porém, as políticas públicas/judiciárias implementadas e executadas não são suficientes para que o Brasil cumpra, de maneira completa e adequada, ODS 16 e sua meta 3. Tal se dá porque aqui o acesso à justiça enfrenta diversos desafios sociais, econômicos, culturais e estruturais que dificultam a garantia desse direito fundamental para todos os cidadãos.

Os principais desafios incluem: a) desigualdade socioeconômica: a disparidade de renda no Brasil é significativa, o que afeta diretamente o acesso à justiça. Pessoas de baixa renda muitas vezes não têm os recursos financeiros necessários para contratar advogados ou buscar representação legal adequada; b) Falta de assistência jurídica: muitos brasileiros ainda não têm acesso a serviços de assistência jurídica gratuita, o que os deixa desamparados quando enfrentam problemas legais. A falta de defensores públicos e recursos insuficientes para esses serviços são questões críticas. c) Complexidade do sistema legal: o sistema jurídico brasileiro é notoriamente complexo e burocrático, o que dificulta o acesso à justiça para pessoas comuns que não têm familiaridade com a lei. A simplificação e a desburocratização são necessárias para tornar o sistema mais acessível; d) Geografia e acesso físico: muitas regiões brasileiras, especialmente áreas rurais e remotas, enfrentam dificuldades no acesso a tribunais e serviços legais. Isso pode ser agravado pela falta de infraestrutura de transporte e comunicação; e) Discriminação e preconceito: a discriminação racial, de gênero e de classe social muitas vezes se reflete no sistema de justiça, tornando-o menos acessível para grupos marginalizados. A conscientização e a capacitação de profissionais do direito são necessárias para combater esse problema; f) morosidade judicial: o sistema judiciário brasileiro enfrenta lentidão significativas na entrega da prestação jurisdicional, o que prolonga a busca por justiça e gera custos adicionais para as partes envolvidas; g) Cultura de litigância: a cultura de buscar a resolução de conflitos por meio de litígios judiciais, em vez de métodos autocompositivos, como mediação e conciliação, pode sobrecarregar o sistema de justiça e torná-lo menos acessível; h) Educação jurídica limitada: muitos brasileiros não têm acesso à educação jurídica adequada para entender seus direitos e obrigações legais. A informação sobre os direitos do cidadão deve ser promovida desde cedo

nas escolas e comunidades; i) Falta de confiança nas instituições: a desconfiança nas instituições governamentais, incluindo o sistema de justiça, pode fazer com que as pessoas evitem buscar soluções legais para seus problemas. J) Custo da litigiosidade: os custos associados ao processo, tais como taxas judiciais e despesas legais, podem ser proibitivos para muitos brasileiros, especialmente aqueles de baixa renda.

Para melhorar o acesso à justiça no Brasil, é fundamental abordar esses desafios de maneira abrangente, envolvendo reformas legais, investimentos em assistência jurídica gratuita, educação jurídica, promoção da mediação e da resolução autocompositiva de conflitos, e esforços para reduzir a desigualdade socioeconômica e combater a discriminação no sistema de justiça. Além disso, é importante promover a transparência e a responsabilidade no sistema legal para reconstruir a confiança da população nas instituições jurídicas.

Referências

BOLZAN DE MORAIS; José Luis SPENGLER, Fabiana Marion.

Mediação e arbitragem: Alternativas à jurisdição. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Bucci, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas:** reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso em 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. In: **Saggi di diritto processuale civile.** Roma, Foro Italiano, 1930.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2023:** ano-base 2022. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2023. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cnj.jus.br/wp->

content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf. Acesso em: 29 de setembro de 2023.

GRAU, Eros Roberto. **O direito e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030. **VI Relatório Luz da Sociedade civil da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável**, BRASIL, 2022.

MADERS, Angelita Maria. Acesso à justiça no Brasil: para quem? *Direito em Debate*. v. 14, n. 23, 25 mar. 2013.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion. A autocomposição como política pública de incentivo ao direito fundamental de acesso à justiça. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**. v.5, p.1 - 16, 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion; MAGLIACANE, Alessia. Il terzo e l'altro. Verso una visione simmeliana del conflitto. **Revista do Direito** (Santa Cruz do Sul. online). v.3, p.35 - 53, 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER, Fernando Augusto Marion. Na medicina e no direito: como se rompe um paradigma? **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v.6, p.98 -115, 2018.

ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR) À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Tania Lobo Muniz¹

Patricia Ayub da Costa²

Isabeau Lobo Muniz Santos Gomes³

1. Considerações Iniciais

A atual sociedade moderna é marcada pela presença da aceleração nas comunicações, da alta tecnologia, da interconexão entre mercados, locais e pessoas, pela alteração das noções de espaço, tempo e, principalmente, pela pluralidade de pessoas e direitos. Diante disso, o contexto de solução de controvérsias, instaurado no início da formação dos Estados/nação, deixou de atender às demandas dos tempos presentes em virtude da complexidade e da alta quantidade de disputas.

No início da Idade Moderna, era monopólio do Estado o exercício da aplicação do direito e resolução de conflitos. Com o avanço da tecnologia e a pluralidade de interesses jurídicos⁴ na sociedade contemporânea, a atribuição de responsabilidade do exercício da jurisdição expandiu-se também para a esfera privada, gerando uma

¹ Mestre (1997) e Doutora (2004) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora associada da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Email: lobomuniz@uel.br

² Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP (2021). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Email: patricia.ayub@uel.br

³ Mestranda no programa de Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Email: isabeau.lobomuniz@uel.br

⁴ A sociedade atual vê-se marcada por novos acontecimentos dotados de relevância social, que geram situações jurídicas que merecem a devida tutela do direito, mas são carentes de normatividade, não se adequam aos conceitos clássicos de Direito Civil acerca das relações jurídicas “e não geram direitos, mas sim interesses”. (Amaral; Hatoum; Horita, 2017, p. 279).

transformação significativa no cenário da resolução de controvérsias. Para além do processo contencioso judicial, diferentes meios de solução de conflitos mais flexíveis, céleres e econômicos passaram a integrar o cotidiano da sociedade moderna atual.

É neste cenário de expansão da tecnologia da informação e comunicação que surgiram os mecanismos conhecidos como Online Dispute Resolution (ODR), direcionados para resolução de conflitos advindos de relações on-line. Atualmente o mecanismo expandiu-se para diversas searas, sendo utilizado até mesmo pelo Judiciário.

Diante da temática acima exposta, o presente artigo apresenta como objetivo a análise econômica das Online Dispute Resolution do Brasil, à luz da análise econômica do direito, indagando-se para tanto se as ODR consistem em meios de solução de conflitos eficientes e econômicos. A hipótese trabalhada é que as ODR consistem em meios econômicos e eficientes de solução de conflitos da atualidade, mas que tem sua eficácia reduzida em virtude da existência de percalços estruturais e culturais do país.

Para o desenvolvimento do artigo utilizar-se-á do procedimento monográfico e método de abordagem dedutivo, partindo de premissas gerais sobre o Online Dispute Resolution e a análise econômica do direito, passando para argumentos específicos acerca da eficácia e economia (análise econômica) das ODR, a partir de doutrinas e casos de sucesso dos mecanismos ora analisados. Não obstante isso, a pesquisa integra conhecimentos de ordem jurídica, sociológica e econômica, demonstrando-se importante para compreender além da seara jurídica da solução de conflitos.

2. A questão do conceito de Online Dispute Resolution (ODR)

Online Dispute Resolution, traduzido para o português como resolução de conflitos online, apresenta-se como uma consequência da globalização e dos avanços tecnológicos da modernidade atual, no acesso à justiça. Isto é, com a incorporação da internet no cotidiano da sociedade e das instituições, a demanda por meios de solução de conflitos que se adequassem a realidade interconectada fez-se presente, desembocando na criação da resolução de disputas online. Diante do impacto promovido no

acesso à justiça, o presente capítulo abordará as origens da Online Dispute Resolution e suas principais características. Em sendo assim, antes de realizar qualquer análise histórica acerca do tema proposto, faz-se imperioso explicar o conceito de Resolução de Disputas Online.

Inicialmente, a Online Dispute Resolution (ODR) era compreendida como a incorporação das tecnologias da informação aos Meios Alternativos de Solução de Conflitos. Ethan Katsh e Janet Rifkin (2001, p. 8) explicavam que a ODR empresta a estrutura e modelos dos meios de conflitos existentes e os aplicava à via Internet. Com o passar do tempo, o conceito foi alterado, visto que o aprimoramento de novas tecnologias da comunicação e informação (desenvolvimento de sistemas computacionais, maior possibilidade de coleta e tratamento de dados, inteligência artificial etc.) passou a ganhar destaque no processo de solução de conflitos, justamente por auxiliar a comunicação e troca de informações entre partes por meio do armazenamento, agendamento, minuta etc. (Suriani, 2022, p. 197), implicando, pois, na atribuição de status de ‘Quarta Parte’ às tecnologias da informação e comunicação na relação entre Disputantes e o Terceiro Neutro (Suriani, 2022, p. 196).

Diante da compreensão da tecnologia como ‘Quarta Parte’ na relação entre Disputantes e Terceiro Neutro, a compreensão da Resolução de Disputas Online restou estabelecida como meio de solução de controvérsias nos quais as tecnologias da informação e comunicação vão além da simples substituição dos canais de comunicação tradicionais na solução de conflitos, representando, também, meio de facilitação de diálogo e ampliando novas possibilidades de ambientes e comunicação online entre os envolvidos (Pessanha, 2021, p. 147).

A introdução do mecanismo mundo afora iniciou-se nos anos 90, quando a internet passou a ser utilizada pela população em geral (Suriani, 2022, p. 184), antes disso as disputas no âmbito online eram quase inexistentes, visto que “a Internet restringia-se a um pequeno número de pessoas vinculadas a instituições militares e acadêmicas” (Amorim, 2017, p. 517). As primeiras formas de ODR eram utilizadas de forma pontual e informal, dentro de contextos específicos (Suriani, 2022, p. 184). Com o avanço da internet, foram iniciados projetos experimentais pelas universidades de Villanova e Massachusetts, voltados a solução online de

conflitos, como o Virtual Magistrate e o Online Ombudsman Office, nos Estados Unidos.

O Virtual Magistrate foi desenvolvido pelo National Center for Automated Information Research (NCAIR), em 1996, e tinha por foco a resolução de conflitos de provedores de internet, de forma rápida e barata pelo procedimento arbitral, sob a promessa de o fazer em até setenta e duas horas (Amorim, 2017, p. 518; Suriani, 2022, p. 185). Já o Online Ombudsman Office ofertava serviços de conciliação online acerca de disputas, originadas na internet, relativas a propriedade intelectual, domínios e provedores de acesso à internet (Amorim, 2017, p. 518). A partir desse projeto, a tecnologia passou a ser compreendida um meio repleto de ferramentas mais ágeis e econômicas, em comparação às vias tradicionais, voltadas para o auxílio do terceiro neutro (Suriani, 2022, p. 186).

Mas foi apenas no final dos anos 90, com crescimento do comércio eletrônico, que a Resolução de Disputas Online (ODR) ganhou destaque e espaço. Isto porque à medida que o consumo online aumentava, a quantidade de conflitos também crescia, demandando soluções rápidas e acessíveis para sua resolução (Suriani, 2022, p. 186). Neste período, a ODR entrou na fase⁵ a que Pablo Cortés (2001, p. 55) descreve como empreendedora e a indústria das ODR surgiu para atender à crescente demanda por resolução de conflitos no comércio eletrônico de forma célere e econômica, desembocando no desenvolvimento de ferramentas de soluções online de controvérsias nas plataformas e sites. O sucesso desempenhado pelas ODRs do comércio eletrônico ampliou o segmento das soluções online para as câmaras privadas de solução de conflitos online, indo além dos conflitos de ordem consumerista (Suriani, 2022, p. 190). Atualmente, a Resolução de Disputas Online encontra-se presente em até mesmo no âmbito público.

No Brasil, o desenvolvimento das plataformas na seara privada impulsionou a adoção da resolução online de conflitos por parte do

⁵ Pablo Cortés (2011, p. 55-56) divide a história da Online Dispute Resolution em 4: fase do Hobby (anterior a existência da ODR, nos primeiros conflitos nos primórdios da internet), Fase Experimental (quando surgiram as primeiras iniciativas de ODR, em meados dos anos 90), Fase Empreendedora (com o aumento dos conflitos na seara virtual emergiram as indústrias de ODR) e Fase Institucional (introdução das ODR pelas instituições públicas).

Judiciário, mas foi apenas com a necessidade de isolamento social, proveniente da pandemia de COVID-19, que o uso das ODRs popularizou-se no sistema de justiça do país, sendo utilizadas para os mais diversos tipos de conflitos (Suriani, 2022, p. 193).

Neste sentido verifica-se que a Online Dispute Resolution surge como consequência do desenvolvimento e da dinâmica acelerada das relações interpessoais e negociais decorrentes da internet e do mundo globalizado. Com a ampliação da tecnologia, os processos de alongamento de conexões entre pessoas e lugares (decorrentes da própria modernidade⁶) foram intensificados, aumentando, pois, os conflitos e, conseqüentemente, a demanda por vias rápidas que os solucionassem (Pereira; Costa 2021, p. 69).

Assim, é importante ressaltar que a Resolução de Disputas Online, como um meio de solução de controvérsias que incorpora a tecnologia da informação e da comunicação ao processo de resolução de conflitos, apresenta algumas características distintivas que merecem destaque. Ethan Katsh e Janet Rifkin (2001, p. 73) determinam como características essenciais dos meios Online de Resolução de Conflitos a Confiança (ODR deve gerar confiança entre as partes), a Conveniência (facilidade de buscar pela solução de conflitos na via online) e Expertise (apresentar habilidade na troca de informações de modo a agregar no resultado final da disputa). Para cada tipo de conflito, o responsável por resolvê-lo “deverá utilizar das técnicas mais adequadas de acordo com o grau de confiança, conveniência e expertise necessárias para tornar a ODR eficaz” (Suriani, 2022, p. 210).

Devido à sua flexibilidade procedimental aliada à conveniência das comunicações online, a Resolução de Disputas Online (ODR) possibilita que os conflitos sejam resolvidos de forma mais rápida e, conseqüentemente, mais eficaz, evitando complicações e frustrações (Fernandes et al., 2017, p. 107). Com base nessas características e possibilidades, o próximo capítulo deste artigo irá abordar considerações

⁶ Anthony Giddens (1991, p. 75-76) preceitua que a sociedade moderna é inerentemente globalizante, isto é: as conexões e relações sociais de diferentes regiões se enredam por todo o planeta. Além disso, o autor entende que as mudanças da idade moderna são realizadas de forma rápida e interligada, representando uma das características fundamentais da sociedade moderna (Giddens, 1991, p. 18).

sobre a análise econômica do direito como um método para analisar e compreender as implicações econômicas do direito e suas instituições. O objetivo é fornecer uma melhor compreensão da análise econômica das ODR, que será realizada no último tópico do presente artigo.

3. Sobre o modelo da Análise Econômica do Direito (AED): conceito e aplicação

O capítulo anterior abordou as considerações gerais das Online Dispute Resolution e seu histórico. Para dar continuidade ao objeto do presente artigo, que é a análise econômica das Resoluções de Disputas Online, é fundamental realizar considerações sobre a escola da Análise Econômica do Direito, como forma de elucidar o funcionamento e importância dos estudos realizados neste modelo de conhecimento, que tanto dialoga com o direito. Em sendo assim, o presente capítulo traz em seu bojo o conceito e o desenvolvimento da análise econômica do direito como um método que permite analisar e compreender as implicações econômicas do direito e suas instituições.

Sob o prisma da historicidade (desenvolvimento) da escola doutrinária da *Law and Economics* verifica-se que a origem de referida escola de pensamento apresenta duas linhas de desenvolvimento principais. A primeira remonta ao século XIX, identificada na monografia 'O Direito da Responsabilidade Civil sobre o ponto de vista da Economia Política', cujo enfoque versava sobre os efeitos gerados pela lei de responsabilidade civil, enquanto a segunda origem surge nos Estados Unidos, no período após a Segunda Guerra Mundial com o *Journal of Law and Economics*, da Universidade de Chicago (Porto; Garoupa, 2022, p. 32).

Em que pese a existência de dois nascedouros, foi apenas com a corrente doutrinária estadunidense que a Análise Econômica do Direito realmente emergiu⁷, ganhando maior repercussão a partir da publicação

⁷ A primeira 'versão' da Análise Econômica do Direito não prosperou pelo fato de muitas universidades europeias à época verem o estudo do direito como uma disciplina meramente hermenêutica, isolada das demais, cujo foco versava apenas na interpretação das normas (Porto; Garoupa, 2022, p. 32). Com a chegada do regime nazista e a utilização cega e infundada do positivismo jurídico, o uso de abordagens interdisciplinares do direito restou prejudicado, para não dizer eliminado (Lima, 2000, p. 181). A doutrina de Ejan

de artigos de Ronald Coase (*The Problem of Social Cost*) e Guido Calabresi (*Some thoughts on risk distribution and the Law of Torts*). Para além dos precursores, nomes como Richard Posner, Gary Becker e Henri Mané integraram o início do movimento, expandindo os preceitos dos métodos econômicos para as distintas áreas do direito (Porto; Garoupa, 2022, p. 33). Conceitos sobre escassez e alocação de recursos, pertencentes ao ramo da economia, passaram a ser aplicados no direito, apontando a necessidade dos processos legais irem além da mera tutela de interesses e passaram a considerar a eficiência das normas (Porto; Garoupa, 2022, p. 142).

Neste sentido, Antonio Maristrello Porto e Nuno Garoupa, conceituam a análise econômica do direito como:

[...] uma disciplina que estuda o direito e suas instituições, tendo como eixo central de análise a racionalidade individual. Pode ser definida como a aplicação da teoria econômica, e dos métodos econométricos, ao exame da formação, da estrutura, dos processos e dos impactos do direito e das instituições legais (Porto; Garoupa, 2022, p. 140).

Além de consistir em uma disciplina voltada ao estudo do direito sob a perspectiva da economia, a Análise Econômica do Direito (AED) compreende o direito enquanto política pública (Fux; Bodart, 2021, p. 28) e suas instituições como uma variável pertencente ao sistema econômico (Porto; Garoupa, 2022, p. 140). Seguindo esta linha, Armando Castelar Pinheiro (2003, p. 3) preceitua o Judiciário enquanto instituição econômica, cujas variações de qualidade (do sistema Judiciário) implicam em determinantes do crescimento econômico do país. Neste sentido, as alterações em processos normativos, estruturas jurídicas e demais elementos do direito atingem múltiplos atores sociais e provocam modificações na alocação de recursos na sociedade (Fux; Bodart, 2021, p. 28).

Justamente por provocarem vários efeitos e consequências na alocação de recursos da sociedade, o direito e suas instituições, enquanto

Mackaay e Stéphane Rousseau (2014, p. 31) aponta que em Hobbes, Maquiavel e Locke já vislumbrava-se a ideia de recorrer a preceitos da economia para compreender o direito. Neste diapasão, a segunda origem conseguiu trazer a baila a abordagem interdisciplinar em voga justamente por ter emergido no período pós Segunda Guerra Mundial.

objeto da Análise Econômica são abordados a partir de três níveis, sendo estes: (i) os efeitos produzidos por certas normas; (ii) a justificativa de certas normas; e por último, a (iii) eficiência das normas e quais delas devem existir (Friedman, 2000, p. 15). A doutrina de Luiz Fux e Bruno Bodart (2021, p. 27-29), classificam os três aspectos da abordagem econômica do direito como Heurístico (referente a racionalidade, fundamento, justificativa de existência de certas normas), Descritivo (diz respeito às consequências e efeitos das normas na sociedade) e o Normativo (voltado a análise de quais normas são desejáveis e devem existir dentro do critério da eficácia), sendo os três pontos interligados no momento da análise.

Para a elaboração do presente trabalho serão utilizados os aspectos Heurísticos e Descritivos no que atine ao Online Dispute Resolution. Neste prisma, por não existir uma lei específica, mas sim um conjunto de normativas que determinam o uso das formas de ODR, far-se-ão, no tópico subsequente às análises econômicas das soluções online de controvérsias presentes no país tanto na seara da jurisdição particular, quanto da pública.

4. Análise Econômica do Direito das Online Dispute Resolution (ODR)

Conforme elucidado no tópico anterior, a análise econômica do direito considera três diferentes níveis de abordagem ao examinar o direito e suas instituições. Em sendo assim, no presente capítulo serão analisados os aspectos Heurísticos e Descritivos das Online Dispute Resolution no Brasil, a partir das informações fornecidas por plataformas particulares, como a MOL (Mediação Online), e públicas, como a Consumidor.gov.br.

Antes de qualquer análise, inicialmente, faz-se imperioso destacar que a economia não é caracterizada pela análise do objeto de estudo comumente atribuído a ela (como inflação, taxa de juros, economia de mercado etc.), mas sim por seu método de investigação (Gico Júnior, 2023, p. 08), que aborda as mais diversas atividades humanas, dentre as quais, interessa para a presente pesquisa o Direito, mais especificamente os meios online de solução de disputas. Neste sentido, ao aplicar o

método de análise da juseconomia⁸ aos Online Dispute Resolution, busca-se compreender, por meio de pressupostos econômicos como esses mecanismos afetam a alocação de recursos na sociedade e a tomada de decisões das partes envolvidas.

Ao examinar os aspectos heurísticos das Online Dispute Resolution, observa-se que no Brasil não existem regulamentações específicas que abranjam integralmente esse campo de resolução de conflitos (Maiolino; Timm, 2020, p. 83). Existem algumas normativas que dispõem a respeito da possibilidade do uso dos meios adequados de solução de conflitos na forma online (Lei de Mediação, Código de Processo Civil, Lei 13.994/2020, Resolução 125/2010 do CNJ, Resolução 174/2016 do CSJT etc.), mas nada robusto a respeito do desenvolvimento e regulamentação das ODR's.

No entanto, a ausência de regulamentação específica para o funcionamento desses mecanismos de resolução de disputas online não representa um grande obstáculo, uma vez que a velocidade das mudanças tecnológicas pode tornar os conceitos e categorias legais obsoletos, como preceitua David Friedman (apud. Maiolino; Timm, 2020, p. 83).

Dentre as normativas existentes, verifica-se que a introdução delas tinha por principal fundamento a ampliação do acesso à justiça pela via dos meios adequados de solução de conflitos - incluindo a possibilidade de conduzir esses mecanismos de forma online – objetivando, também “a celeridade, a economia de custos e a diminuição de espaços geográficos” (Spengler; Pinho, 2018, p. 228) pelos meios eletrônicos.

Diante disso, a justificativa geral da implementação das ODR's pelo país na solução de conflitos, além de ser consequência da modernidade hiper-conectada e de fortes avanços tecnológicos, cujas relações e interações situam-se fisicamente muito distantes (Magalhães; Saraiva, 2019, p. 31), surge da necessidade de tornar o sistema de solução de conflitos mais eficiente e alinhado com a realidade. A este respeito, Ricardo Dalmaso Marques contextualiza que “em um panorama em que a tecnologia permeia cada vez mais nossas vidas, em especial os hábitos de compra e venda e outras relações desenvolvidas no ambiente on-line,

⁸ Juseconomia consiste em expressão, utilizada por Ivo Teixeira Gico Junior (2010, p. 15) que consiste em sinônimo para Análise Econômica do Direito.

já era tempo de se facilitar, também por meio de tecnologia, a prevenção e a resolução de disputas” (2019, p. 07).

Apesar da ausência de legislações específicas sobre as ODR's, é evidente que as fundações das normas existentes compartilham do mesmo objetivo: a promoção do acesso eficiente⁹ à justiça. Dito isto, resta ainda a análise econômica sob a perspectiva descritiva. Para tanto, serão expostos recortes acerca da funcionalidade de dois meios de resolução online de controvérsias escolhidos, um referente a plataforma MOL e o outro da plataforma Consumidor.gov.

A plataforma MOL (Mediação Online) é uma startup, cuja finalidade consiste na resolução de conflitos mediante autocomposição entre empresas e pessoas físicas (Suriani, 2022, p.190). De acordo com os dados disponibilizados pela mesma, verifica-se que desde sua criação em 2016, a plataforma lidou com mais de 250 mil conflitos, apresentando um tempo médio de duração das mediações de apenas 10 dias, com uma taxa de 2 vezes maior de conversão de acordos (Bertão, 2020, online; Mediação Online, 2023) em comparação às vias presenciais tradicionais. Durante a pandemia de Covid-19, um período marcado pela implementação das políticas sanitárias de isolamento social, a plataforma experimentou um notável crescimento de 450% e registrou um expressivo aumento na demanda pelos serviços de ODR oferecidos pela startup (Bertão, 2020, online).

No que tange a plataforma Consumidor.gov.br, entende-se que a mesma consiste em um serviço público dedicado à resolução de conflitos online sem qualquer intervenção de terceiro. Por meio dela, empresas e consumidores resolvem seus impasses diretamente via internet (Brasil, 2022, online). No ano de 2022, notou-se que 77% dos conflitos registrados na plataforma foram solucionados pelas empresas cadastradas, com um tempo médio de resposta de apenas 7 dias. Desde sua criação em 2014 até a atualidade, a plataforma já atendeu mais de 6 milhões de reclamações (Brasil, 2022, online).

⁹ O conceito de eficiência de uma forma geral consiste na maximização do bem-estar social, podendo ser dividida entre eficiência produtiva (maior produção, ou manutenção de produção com menos recursos/gastos) e alocativa (diz respeito a utilidade extraída do produto final) (Gico Júnior, 2023, p. 51-52).

Diante das duas representações elencadas, evidencia-se a eficiência e celeridade oferecidas pelas ODRs na resolução de conflitos. Em comparação com as vias judiciais processuais tradicionais, que geralmente têm uma duração média de 4 anos e 5 meses (CNJ, 2013, online), os meios online de resolução de conflitos demonstram ser significativamente mais rápidos e econômicos. Isto é, a flexibilidade procedimental das plataformas online faz com que as partes não tenham que se deslocar de seus lares para resolver o impasse (Suriani, 2022, p. 213-214), reduzindo os gastos com deslocamento e tempo, justamente viabilizar a realização das tratativas de acordo em qualquer lugar que as partes estejam. A liberdade geográfica proporcionada pela ODR reduz as barreiras logísticas e torna o procedimento de resolução de conflito mais conveniente e acessível para todas as partes envolvidas. Além disso, os custos com a organização e gestão das disputas online tendem a ser menores frente a existência de softwares capazes de armazenar, monitorar e gerenciar informações (Arbix, 2015, p. 75). Neste sentido, os custos dispendidos com a contratação de equipe, estrutura e manutenção são significativamente reduzidos, tornando os meios online de resolução de conflitos uma opção mais econômica e eficiente em comparação aos procedimentos judiciais tradicionais.

Apesar de todos os benefícios ora suscitados, alguns obstáculos de ordem procedimental e estrutural reduzem a abrangência e eficácia dos mecanismos online pelo país. Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 23), na obra *Acesso à Justiça*, que marcou a conclusão do Projeto Florença, já alertavam para os obstáculos de ordem social e econômica, como a barreira do desconhecimento por parte da população em relação aos seus direitos e aos meios disponíveis para a resolução de conflitos. A título de exemplo a pesquisa 'Mediação e conciliação avaliadas empiricamente: Jurimetria para proposição de ações eficientes' (CNJ, 2019, online) apurou que a população em geral, no momento de buscar pela solução de seus conflitos, tende a desconhecer os meios alternativos de resolução de disputas, incluindo as ODRs. No âmbito das ODR's as barreiras de natureza estruturais mencionadas restam ainda mais acentuadas frente às vulnerabilidades tecnológicas (Trevisan; Gutierrez; Coelho, 2023, p. 189), que muitas vezes acabam por excluir pessoas que não têm acesso fácil à tecnologia ou que enfrentam dificuldades em usá-

la, conforme evidenciado pela queda no número de autocomposição judicial virtual durante a pandemia (CNJ, 2022, online).

Sob este prisma, o exemplo acerca dos direitos consumerista evidencia que a população brasileira ainda enfrenta dilemas de natureza estrutural que inviabilizam o gozo pleno acerca das ODR's restando pendente a iniciativa de políticas públicas e divulgação sobre a disponibilidade dos mecanismos para sociedade.

5. Conclusão

Ante ao que foi exposto no deslinde do presente artigo, foi realizada digressão acerca do histórico das Online Dispute Resolution, bem como sobre a escola da Análise Econômica do Direito como forma de explicação sobre o funcionamento e importância dos estudos realizados, e da análise das ODR's a partir desse modelo de conhecimento. Diante do que foi pautado restou estabelecido que os meios online de solução de conflitos consistem em métodos eficientes de solução de conflitos adequados a realidade do mundo plural e hiper-conectado, confirmando a hipótese de que as ODR consistem em meios econômicos e eficientes de solução de conflitos da atualidade.

Apesar de se adequarem as demandas de espaço e tempo da modernidade, as ODR's ainda enfrentam empassos de natureza estrutural, que limitam significativamente o alcance da população em geral desses mecanismos. Isso se deve, em grande parte, ao desconhecimento generalizado sobre as possibilidades e benefícios oferecidos por esses mecanismos online. Portanto, torna-se fundamental promover uma maior divulgação e conscientização acerca da existência e eficácia dos canais online de resolução de conflitos, a fim de disponibilizar o acesso à justiça por meio desses métodos de forma ampla e efetiva.

Referências

AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O Paradigma Pós-Moderno Do Negócio Jurídico E A Necessidade De Uma Nova Concepção Na

Contemporaneidade. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p262. ISSN: 2178- 8189.

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. A resolução online de litígios (odr) de baixa intensidade: perspectivas para a ordem jurídica brasileira. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 514-539, mai./ago. 2017. DOI: 10.5020/2317-2150.2017v22n2p514. e-ISSN: 2317-2150.

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: 04 out. 2023.

BERTÃO, Naiara. Interesse por mediação de conflitos dispara na pandemia e startup cresce 450%. **Valor Investe**, 2020. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/objetivo/empreendase/noticia/2020/10/07/interesse-por-mediacao-de-conflitos-dispara-na-pandemia-e-startup-cresce-450percent.ghtml>. Acesso em: 04 out. 2023.

BRASIL. Secretaria Nacional do Consumidor. Consumidor.gov.br: 2022 **Boletim**. Boletim Consumidor.gov.br. Brasília, 2022, E-book.

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

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: 30 out. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA [CNJ]. **Justiça em Números 2023**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em: 05 out. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA [CNJ]. **Mediação e conciliação avaliadas empiricamente: jurimetria para proposição de ações eficientes**. Brasília, 2019. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/dl/d0da6f63aa19de6908bd154f59254b93.pdf>.
Acesso em: 30 out. 2023.

CORTÉS, Pablo. **Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union**. New York: Routledge, 2011.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho et al. E-negotiation, E-mediation, and the Expansion of Online Dispute Resolution in Brazil. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. (Coord.). **Tecnologia Jurídica e Direito Digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia – 2017**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Análise Econômica do Processo Civil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2023.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, V. 1, no 1, p. 7-32, Jan-Jun, 2010

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

KATSH, Ethan; RIFKIN, Janet. **Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace**. San Francisco: Jossey-Bass, 2001.

LIMA, Viviane Nunes Araújo. **A saga do zangão: Uma visão sobre o direito natural**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2014. E-book.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; SARAIVA, Marina de Souza. Arbitragem Eletrônica. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 2, p. 26-41, jul. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p26. ISSN: 2178-8189.

MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti. Como as plataformas digitais podem promover a desjudicialização: o caso do consumidor.gov. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 21, n. 53, p. 81-93, jan./mar. 2020. ISSN 1806-5449

MARQUES, Ricardo Dalmaso. A Resolução de Disputas Online (Odr): Do Comércio Eletrônico ao seu Efeito Transformador sobre o conceito e a Prática do Acesso à Justiça. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, São Paulo, v. 2, n. 5, out./dez. 2019.

MOL. **Homepage**. 2023. Disponível em: <https://www.mediacaonline.com/>. Acesso em: 04 out. 2023.

PEREIRA, Nathalia Dalbianco Novaes; COSTA, Patrícia Ayub da. Online Dispute Resolution: dos Tribunais físicos às plataformas digitais. In: BERMEJO, Aracelli Bandolin Mesquita; RIBEIRO, Suzane de França; MUNIZ, Tânia Lobo (org.). **Gestão de Conflitos**: a contribuição das tecnologias para os mecanismos de resolução de conflitos. Londrina: Engenho das Letras, 2021, p. 67-88.

PESSANHA, Quíssila Renata de Carvalho. Online Dispute Resolution (ODR): A Solução de Conflitos à Luz da Tecnologia em Tempos de Pandemia do Corona Vírus (COVID-19). In: VASCONCELOS, Adailson Wagner Sousa de (Org.). **Direito**: ramificações, interpretações e ambiguidades 4. Ponta Grossa: Atena, 2021.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?. **Texto para discussão**, Rio de Janeiro, n. 963, p.1-25, jul. 2003. Disponível em: <<https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2896>> Acesso em: 20 set. 2023.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. Barueri: Atlas, 2022. E-book.

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.

SURIANI, Fernanda Mattar Furtado. **Processo Tecnologia e Acesso à Justiça**. São Paulo: Editora jus podium, 2022.

TREVISAM, Elisaide; GUTIERRES, Mariana Marques; COELHO HELENA Alicie Machas. Acesso à justiça e Online Dispute Resolution: uma análise das primeira e terceira ondas renovatórias, **Prisma Jur**. v 22, n. 1, p. 175-192, 2023.

A CONSENSUALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E OS ENUNCIADOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL: UMA CONTRIBUIÇÃO CONCRETA PARA A AGENDA 2030 DA ONU PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Flávia Pereira Hill¹

Humberto Dalla Bernardina de Pinho²

1. Considerações iniciais.

A noção de acesso à justiça precisa transpor os muros do Poder Judiciário, de modo que o jurisdicionado brasileiro, no século XXI, não seja compelido a acionar os tribunais para que consiga ter os seus litígios solucionados (Pinho, 2019. pp. 791/830). Essa frase é entoada, quase que como em uníssono, atualmente. Não obstante, verifica-se desconfortável discrepância entre teoria e prática (Hill, 2021).

O Relatório Justiça em Números de 2021, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, noticia o abarrotamento do Poder Judiciário, que ostenta taxa de congestionamento bruta na ordem de 75% (CNJ, 2021, p. 57).

Os índices relativos à solução consensual tampouco despertam otimismo. Havia, na Justiça Estadual, ao final de 2020, 1.382 Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) - responsáveis pela promoção da justiça coexistencial junto aos tribunais brasileiros -, número efetivamente maior do que o apurado no ano anterior, mas flagrantemente insuficiente para abarcar todo o país, que é atualmente

¹ Professora Associada de Direito Processual Civil da UERJ. Doutora e Mestre em Direito pela UERJ. Pesquisadora Visitante da Università degli Studi di Torino, Itália. Delegatária de serventia extrajudicial no Estado do Rio de Janeiro. E-mail: flaviapereirahill@gmail.com

² Professor Titular de Direito Processual Civil da UERJ. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: humbertodalla@gmail.com

composto por 5.568 municípios, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Em 2020, apenas 9,9% das sentenças judiciais foram homologatórias de acordo, seja na fase de conhecimento ou de cumprimento/execução (CNJ, 2021, p. 192).

Trata-se de indicador extremamente tímido para fazer jus à afirmação de abertura do presente trabalho, mais ainda para concretizar o paradigma traçado pelo legislador no artigo 3º do Código de Processo Civil de 2015, ao privilegiar a solução consensual (negociação, conciliação e mediação) em detrimento da solução adjudicada (processo judicial ou arbitral).

Por outro lado, se, até alguns anos atrás, seria possível – ao menos em tese - que o operador do Direito creditasse o problema à ausência de regulamentação legal, hoje isso não é mais viável, diante do advento da Lei Federal nº 13.140/2015, que regulamentou a mediação, e do Código de Processo Civil de 2015, que previu a mediação e a conciliação em diversas passagens.

A análise conjugada de tais dados permite concluir que não basta a existência de um marco legal da mediação no Brasil, nem tampouco que o legislador reconheça expressamente a importância das soluções consensuais de resolução de conflitos para que automaticamente a realidade de nosso sistema de justiça seja alterada.

Em paralelo, A Organização das Nações Unidas estabeleceu dezessete objetivos para o desenvolvimento sustentável das nações, como parte do Programa Agenda 2030. O 16º objetivo é, justamente, “promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas”.

Nesse sentido, o referencial criado pelos Enunciados aprovados nas Jornadas está perfeitamente alinhado com tal missão.

2. Principais Enunciados da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial do Conselho da Justiça Federal

A concretização da Justiça Multiportas em nosso país depende de múltiplos esforços e iniciativas que, somados, tenham o condão de reverter a tradição secular de relegar a solução dos conflitos indistintamente ao Poder Judiciário. Não se trata, pois, de uma solução

mágica, mas da conjugação de esforços surgidos em diferentes frentes deste país continental.

Nesse contexto, merece aplauso a precursora iniciativa do Conselho da Justiça Federal no sentido de promover, em 2021, a segunda edição da Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de litígios, que, sob a Coordenação Científica dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão e Paulo de Tarso Sanseverino, desenvolveu os seus trabalhos em quatro Comissões, a saber: Arbitragem, Mediação, Desjudicialização e Novas formas de solução de conflitos e novas tecnologias.

Foram recebidas dezenas de propostas de enunciados vindas de todo o Brasil, as quais foram meticulosamente analisadas pelos membros da respectiva Comissão temática. As propostas pré-aprovadas pela Comissão foram submetidas à Reunião Plenária, que congregou os membros de todas as quatro Comissões, bem como os autores das propostas pré-aprovadas. Na Reunião Plenária, foram debatidas, uma a uma, cada qual das propostas pré-aprovadas pelas Comissões e, após cada debate, a respectiva proposta foi submetida a votação eletrônica.

Compuseram a Reunião Plenária dezenas de especialistas de diferentes partes do país e que atuam em diversas carreiras jurídicas, a saber, magistratura, advocacia pública e privada, Ministério Público, serventias extrajudiciais, etc.

A abertura para o recebimento de propostas da comunidade jurídica em geral, a acuidade em seu exame pela Comissão temática e o amplo debate na Reunião Plenária a que foram submetidas as propostas revelam o lastro acadêmico das Jornadas e, por conseguinte, a relevância dos Enunciados Aprovados.

O engajamento de dezenas de profissionais e juristas em torno da pauta de efetivamente cunhar soluções factíveis para incrementar a prevenção e a solução extrajudicial de conflitos no Brasil, sem descuidar da fundamental garantia insculpida no art. 5º, XXXV da Carta de 1988, representa uma iniciativa séria, que merece estudo e análise, para que o seu conteúdo seja conhecido pela comunidade jurídica brasileira e, a partir de então, possa ser concretamente aplicada diuturnamente em todo o país.

Os Enunciados aprovados na II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de litígios do CJF consistem em um importante passo para tornar a Justiça Multiportas realidade, pois congregam não apenas a melhor base teórica, mas, acima de tudo, oferecem grande aptidão para a sua aplicabilidade prática.

Compõem, enfim, um conjunto de ferramentas indispensável para a confecção de um sistema de justiça plural, que abarque, mas não se esgote no Poder Judiciário, que coordene sadia e democraticamente as diferentes carreiras jurídicas previstas na Constituição Federal, de modo que cada qual se enxergue como protagonista de um novo paradigma de justiça coexistencial, plasmada no diálogo como eixo central.

Os Enunciados da II Jornada do CJF emanaram de uma composição plural, o que lhes confere particular legitimidade, visto que a sua aplicabilidade se dará por uma composição diversificada de operadores do Direito, com a finalidade precisamente de sedimentar um sistema de justiça cada vez mais atento à alteridade, em que o acesso à justiça seja possível por meio de diferentes mecanismos de solução de conflitos, diferentes entre si – e é desejável que assim seja, devendo-se nortear a escolha pelo princípio da adequação -, mas nem por isso hierarquizados ou com graus díspares de legitimidade democrática ou mesmo dissonantes da observância ao devido processo legal (Hill, 2021, pp. 379-408).

A imediata intervenção do Poder Judiciário deixa de ser uma condição *sine qua non* para o acesso à ordem jurídica justa e os Enunciados da II Jornada do CJF oferecem um precioso mapa para que se logre encontrar o caminho para a Justiça Multiportas.

Inúmeros seriam os Enunciados aprovados que mereceriam destaque mas, a fim de não transpor os limites do presente trabalho, chamam a atenção alguns Enunciados oriundos de cada Comissão.

Quanto à Comissão de Desjudicialização, destacam-se, em primeiro lugar, os Enunciados 120 e 127, que reconhecem a admissibilidade da retomada ao nome de solteiro e a inclusão do sobrenome do cônjuge a qualquer tempo, na constância da sociedade conjugal ou depois de decretado o divórcio, por requerimento ao Registro Civil de Pessoas Naturais, independentemente de autorização judicial. Isso porque,

conforme reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça³, o nome consiste em direito da personalidade, cabendo, pois, ao próprio sujeito manifestar, perante o Registrador Civil, a sua vontade de alterar o seu patronímico, sendo certo que essa informação será prestada, pelos cartórios extrajudiciais, aos órgãos públicos, como sói ocorrer nas alterações de nome realizadas no âmbito extrajudicial em geral.

O Enunciado 125, por seu turno, sublinha a possibilidade de a cooperação interinstitucional ser realizada entre órgãos judiciais e serventias extrajudiciais, com vistas à prática dos mais diversos atos previstos no artigo 6º da Resolução 350 do Conselho Nacional de Justiça, dentre os quais atos de comunicação e atos de produção de provas.

A cooperação interinstitucional entre o Poder Judiciário e as serventias extrajudiciais contribui para a economia processual, visto que promove a coordenação de esforços e o melhor aproveitamento de atos praticados na esfera extrajudicial.

O Enunciado 128 reconhece a admissibilidade de formalização da união estável por meio de registro, no livro E do Registro Civil de Pessoas Naturais, de instrumento particular que preencha os requisitos do art. 1.723 do CC/02, tendo em vista que, em homenagem à autonomia da vontade e à liberdade das formas, podem os interessados, facultativamente, conferir publicidade e segurança jurídica à união estável diretamente perante o Oficial Registrador, cabendo-lhe promover o respectivo registro do ato no livro previsto em lei (art. 33, parágrafo único, da Lei de Registros Públicos), dispensando-se, assim, a intervenção judicial.

O Enunciado 130 contempla a admissibilidade do requerimento pelo interessado “de alteração de seu prenome, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, diretamente perante o Registro Civil de Pessoas Naturais, independentemente de decisão judicial, na forma do art. 56 da Lei 6.015/1973”. Com efeito, o pouco conhecido, mas muito útil artigo 56 da Lei de Registros Públicos autoriza à pessoa natural, estritamente no primeiro ano após atingida a maioridade civil, requerer a alteração de seu nome, sendo desnecessário, segundo a lei, nesse lapso temporal, apresentar motivação.

³ Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Resp 1648858/SP. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 20/08/2019, DjE 28/08/2019.

A norma em comento em momento algum exige a intervenção judicial para tanto, razão pela qual se mostra correto admitir que o interessado acesse diretamente o Registro Civil de Pessoas Naturais que, uma vez reconhecendo a sua identidade e a sua livre manifestação de vontade, possa, no prazo previsto em lei, providenciar a averbação legalmente autorizada, prescindindo, nessa hipótese, da intervenção do Poder Judiciário, conforme, a propósito, já se encontra previsto em normas da Corregedoria de alguns entes federativos, como São Paulo.

No que tange à Comissão de Mediação, destaca-se, primeiramente, o Enunciado 161, ao chamar a atenção para que o conceito de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/1988, “não se esgota no acesso formal ao Poder Judiciário, compreendendo a existência de um sistema organizado e efetivo destinado à garanti de direitos, prevenção de conflitos e resolução pacífica das controvérsias”, o que se coaduna, à perfeição, com a principal premissa do presente trabalho.

Aferrar-se ao limitado conceito de acesso à justiça como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, gerando a equivocada percepção de que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional se esgota na jurisdição estatal enquanto *prima ratio* consiste no primeiro grande óbice à concretização da Justiça Multiportas que precisa ser superado.

É, na verdade, uma questão cultural que passou a ostentar o *status* de política pública de tratamento adequado de conflitos, como bem anota o Prof. Kazuo Watanabe (Watanabe, 2013, p. 227).

O Enunciado 163 traz proveitosa sugestão, no sentido de que seja celebrada convenção processual que preveja cláusulas escalonadas de produção antecipada de prova seguida de mediação ou negociação entre as partes. Isso porque os litigantes, devidamente esclarecidos a partir das provas produzidas, terão melhores condições para dialogar em bases sólidas com vistas a encetar um acordo que efetivamente lhes pareça justo e atenda a seus legítimos interesses. Não raro, as informações obtidas na produção de provas serão fulcrais para que os litigantes se sintam seguros e confortáveis para celebrar um acordo.

O Enunciado 165, por seu turno, propala a salutar possibilidade do emprego de meios de autocomposição na fase de cumprimento de sentença, em caso de inadimplemento total ou parcial da obrigação prevista no título executivo judicial. Sabendo-se que a taxa de

congestionamento na execução alcança patamares ainda mais dramáticos do que na fase de conhecimento, afigura-se de todo benfeitor a iniciativa de conclamar os operadores do Direito a se valer dos métodos autocompositivos inclusive e especialmente na fase de cumprimento/execução, desmistificando a ideia de que o acordo seria adequado para promover o acertamento da relação jurídica e não para regular a forma de cumprimento da obrigação em caso de inadimplemento.

O Enunciado 167, com propriedade, destaca a adequação da mediação extrajudicial para fins de planejamento sucessório sobre conteúdo patrimonial e extrapatrimonial, tendo em vista o seu potencial de prevenção dos conflitos entre herdeiros. Com efeito, a relação entre os herdeiros é de trato sucessivo, sendo, no mais das vezes, parentes, e envolvendo grande carga emocional. Sendo assim, a mediação, mais do que qualquer outro método, se predispõe a lidar com todas as variáveis, de modo a perfazer um planejamento sucessório que efetivamente condiga com os interesses e as peculiaridades de cada herdeiro.

Na Comissão de Arbitragem, destaca-se a preocupação com o dever de revelação imposto ao árbitro no art. 14, § 1º. Como se sabe, os árbitros devem ser imparciais, sendo este um princípio fundamental expressamente consignado no art. 21, § 2º.

Contudo, além de não incidir em nenhuma das hipóteses ensejadoras de suspeição ou impedimento, na forma dos arts. 144 e 145 do CPC, os árbitros devem revelar previamente qualquer vínculo com as partes ou com o litígio que possa gerar alguma desconfiança sobre seu atuar.

Nesse sentido, o Enunciado Enunciado nº 92 procura racionalizar esse dever, ao dispor que compete às partes colaborar com o dever de revelação, solicitando ao árbitro informações precisas sobre fatos que eventualmente possam comprometer sua imparcialidade e independência (Borges; Hill; Ribeiro; Peixoto, 2021, pp. 165-191).

Ademais, refere, ainda, que o árbitro não está obrigado a revelar informações públicas. É o caso, por exemplo, de vínculos acadêmicos que se encontram devidamente descritos na Plataforma Lattes, gerenciada pela CAPES, órgão do Governo Federal.

Já o Enunciado nº 97 prevê que o conceito de dúvida justificada na análise da independência e imparcialidade do árbitro deve observar

critério objetivo e ser efetuado na visão de um terceiro que, com razoabilidade, analisaria a questão levando em consideração os fatos e as circunstâncias específicas.

Não custa lembrar que o art. 15 da Lei de Arbitragem cuida do pedido de recusa do árbitro ou impugnação. No julgamento da impugnação de árbitro, segundo as regras da Câmara Arbitral escolhida e posteriormente, na eventualidade de uma ação anulatória nos termos do art. 32, o julgador deve levar em consideração critérios objetivos, na visão de um terceiro razoável, e não sob o prisma subjetivo das partes.

O Enunciado n° 109, por sua vez, estabelece ser o dever de revelação contínuo e dinâmico, de forma que o surgimento de fatos que denotem dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência serão informados no curso de todo o procedimento arbitral.

Por fim, o Enunciado n° 110 busca métricas mais nítidas para esse dever ao dispor que a falha do árbitro em revelar informação que possa gerar dúvida quanto à sua independência não indica, por si só, parcialidade. Assim sendo, uma vez ajuizada a ação declaratória de nulidade, deverá o juiz avaliar a relevância do fato não revelado diante das circunstâncias do caso concreto.

E, por fim, na Comissão de Novas Formas de Solução de Conflitos e Novas Tecnologias, nota-se uma preocupação especial com as ferramentas on line. Além das dificuldades envolvendo a exclusão digital e as barreiras culturais ainda existentes, um ponto que ainda desperta dúvidas é a forma pela qual será preservada a confidencialidade durante os procedimentos ODR.

Nesse sentido, o Enunciado n° 140 impõe ao mediador o dever de observar especificamente não só a confidencialidade, como também a boa-fé durante as sessões de mediação virtual.

Com efeito, apesar do rápido desenvolvimento dos softwares on line, sobretudo a partir da pandemia do COVID-19, não há ainda ferramentas aptas a evitar a revelação indevida, publicização ou compartilhamento de informações confidenciais durante as sessões de mediação.

Assim sendo, diante do menor indício de inobservância do dever de confidencialidade, deverá o mediador suspender o procedimento e sugerir a conversão para o modo presencial.

O Enunciado n° 141 se refere ao estímulo e à integração de mecanismos como a plataforma www.consumidor.gov.br, criada pela Secretaria Nacional do Consumidor, vinculada o Ministério da Justiça, e focada em conflitos oriundos de relações consumeristas, na forma da Lei Federal n° 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) (Gajardoni, 2020. pp. 99-114).

Importante ressaltar que os conflitos oriundos das relações de consumo são a segunda causa mais recorrente de processos na justiça estadual. Ademais, os contratos de prestação de serviços envolvendo bancos, empresas de telecomunicações e de energia são responsáveis por mais de 50% de volume de processos em todo país, o que torna altamente recomendável a integração de sistemas eletrônicos de solução extrajudicial de conflitos entre o Judiciário e as demais esferas de defesa do consumidor.

O Enunciado n° 145 preconiza a promoção de políticas públicas de inclusão digital que permitam a ampliação do acesso à justiça de forma plena e igualitária por meio da mediação on-line. Nesse aspecto, importante ressaltar que os dados mais recentes do IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstram que, em 2019, 40 milhões de brasileiros ainda não possuíam acesso à internet.

Após quase dois anos de pandemia as dificuldades de acesso à conexão de qualidade e aos aparelhos necessários para tanto agravaram as desigualdades sociais, aumentando a exclusão das parcelas mais vulneráveis da população.

O Enunciado n° 155 estabelece que constatada a vulnerabilidade tecnológica do indivíduo para a participação em determinado ato processual, o magistrado pode facultar a realização do ato na sua forma híbrida ou presencial.

Considerando que a isonomia é uma garantia constitucional, cabendo ao juiz assegurar às partes igualdade de tratamento, é imprescindível a promoção do equilíbrio nas oportunidades processuais quando uma parte figura como litigante tecnologicamente vulnerável.

No mesmo sentido, o Enunciado n° 156 prevê que as plataformas de ODR, privadas ou públicas, buscarão, sempre que possível, atender a critérios de acessibilidade digital para grupos possivelmente

marginalizados pela exclusão digital, como a compatibilidade com meios de tecnologia para viabilizar acesso a pessoas com deficiência.

Novamente aqui é importante recorrer aos dados estatísticos para demonstrar a gravidade da situação. De acordo com o IBGE, em cerca de 45,5% dos domicílios brasileiros, o único acesso à internet ocorre por meio dos aparelhos celulares; grande parte, com conexão proveniente de pacote de dados, o que limita as possibilidades de acesso dessa população às plataformas que demandem download ou que não tenham sua visualização adaptada aos celulares.

Do mesmo modo, o IBGE estima que cerca de 24% da população brasileira apresenta alguma deficiência, que, por muitas vezes, demanda adaptações para acesso às plataformas e sites de internet.

3. Conclusão

Caminhando para o final desse breve ensaio e assentada a premissa de que a jurisdição não é exclusiva do Poder Judiciário, ganham legitimidade os meios desjudicializados de solução de conflitos. Assim, temos a jurisdição voluntária judicial e extrajudicial, bem como os meios de obtenção de consenso. E, ainda, os meios adjudicatórios extrajudiciais, cujo exemplo mais marcante é a arbitragem. Todos fazem parte de um sistema único, que precisa funcionar de forma balanceada e harmoniosa.

Contudo, pelo menos duas circunstâncias precisam necessariamente se fazer presentes na desjudicialização: a) o mesmo grau de concretização das garantias fundamentais do processo, observadas, obviamente, as peculiaridades do meio e a maior incidência da livre manifestação de vontade; e b) a possibilidade de judicialização das matérias a qualquer tempo, por todo aquele que se sentir lesado ou mesmo ameaçado de sofrer uma lesão, sem embaraços ou restrições.

Dessa forma, acesso à justiça não se confunde com acesso exclusivo ou primário ao judiciário. Ao contrário, parece que, idealmente, a mentalidade seja no sentido de primeiro usar os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias, em seguida, nos casos legais, devemos nos valer da jurisdição voluntária extrajudicial; e, apenas por fim, os meios adjudicatórios (arbitragem e jurisdição judicial) nos quais um terceiro irá

impor sua vontade às partes em litígio. É a ideia do Judiciário como último degrau na escalada do conflito.

Como bem observado por Bruno Takahashi (Takahashi, 2016, p. 188), espera-se que o Judiciário exerça seu papel de conciliador interinstitucional, a partir das diretrizes traçadas pela Resolução nº 125/2010 do CNJ e, sobretudo, das novas premissas trazidas pelo CPC/2015.

Esse dever de utilizar os meios consensuais, as vias de pacificação e as ferramentas adequadas para a solução de conflitos, se impõe aos magistrados, ao Poder Judiciário como instituição, às empresas, e ao Estado-Administração.

De fato, hoje é inconcebível falar-se unicamente em acesso ao Poder Judiciário. O acesso hoje é direcionado ao sistema jurisdicional multiportas, de forma que o acesso à estrutura judiciária passe a ser qualificado.

Cabe a nós, operadores do direito, disseminar essa verdadeira cultura (Chase, 1999, p. 92) da pacificação, referida por Kazuo Watanabe (Watanabe, 2013), ressignificando o acesso à justiça, por meio da valorização da jurisdição voluntária extrajudicial e dos meios consensuais e adjudicatórios de solução de conflitos (Carpi, 2016, pp. 23/31).

A II Jornada promovida pelo CJF representa a corajosa iniciativa de demonstrar ser possível adotar medidas concretas que, paulatinamente, construam um sistema de justiça mais plural, amplo, coordenado e democrático.

Trata-se de um importante aceno a uma Justiça Multiportas sólida, acessível e inclusiva. E, mais do que isso, confere concretude ao Objetivo nº 16 da Agenda 2030 da ONU, na medida em que não só contribui para a promoção da paz social, como também torna mais sólidas as instituições públicas e privadas.

Importante ressaltar que, de acordo com dados obtidos junto ao Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, há diversas situações incluídas no referido Objetivo 16. Entre elas, destaca-se a meta 16.3: promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos.

No caso brasileiro, isso pode ser traduzido por: fortalecer o Estado de Direito e garantir acesso à justiça a todos, especialmente aos que se

encontram em situação de vulnerabilidade. Nesse contexto, não é difícil perceber que ainda temos muito trabalho pela frente até 2030.

Referências

ALCALÁ-ZAMORA, Niceto y Castillo. **Estudios de teoría general del proceso**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. Disponível em: <<http://info5.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1049>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro [s/ indicação de tradutor]. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça, **Revista de Processo**, vol. 74, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 87.

CAPPELLETTI, Mauro. **Dimensioni della Giustizia nelle società Contemporanee**, Bologna: Mulino, 1994, pp. 72/73.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective — a General Report. **Access to Justice: A World Survey**. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.

CARPI, Federico. La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione, in **Revista de Processo**, vol. 257, Jul/2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 23/31.

CHIARLONI, Sergio. La Gustizia Civile e i suoi Paradossi, in **Revista Eletrônica de Direito Processual**, vol. XIV, Ano 8, jul-dez/2014, p. 671.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali, in **Revista de Processo**, vol 99, pp. 249/293.

DENTI, Vittorio. I Procedimenti non Giudiziali di Conciliazione come Istituzioni Alternative, in **Rivista di Diritto Processuale**, 1980, p. 410.

FISS, Owen. RESNIK, Judith. **Adjudication and its Alternatives**. An introduction to procedure, New York: Foundation Press, 2003.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. “Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do

acesso à justiça à luz do CPC/15”. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Volume 21, número 2. Maio-agosto 2020. pp. 99-114.

HILL, Flávia Pereira. “Desencastelando a arbitragem: a arbitragem expedita o acesso à justiça multiportas”. MAIA, Benigna Araújo Teixeira. BORGES, Fernanda Gomes e Souza. HILL, Flávia Pereira. RIBEIRO, Flávia Pereira. PEIXOTO, Renata Cortez Vieira (Orgs).

Acesso à justiça: um novo olhar a partir do Código de Processo Civil de 2015. Londrina: Thoth. 2021. pp. 165-191.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Jurisdição e Pacificação:** limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais, Curitiba: CRV, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. La Mediación en la Actualidad y en el Futuro del Proceso Civil Brasileño (Libro: **Mediación, Arbitraje y Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Siglo XXI, Tomo I - Mediación**, organizado por: Fernández Canales, Carmen; García Villaluenga, Leticia; Vázquez de Castro, Eduardo; y Tomillo Urbina, Jorge Luis. Editorial Reus, Madrid, 2010, pp. 351-366.

TARUFFO, Michele. Cultura e Processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Dott. A. Guiffrè Editore, 2009, pp. 86-87.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, in Participação e Processo, Rio de Janeiro: **Revista dos Tribunais**, 1988.

A CULTURA DA CONSENSUALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: EVOLUÇÃO NORMATIVA E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO

Humberto Dalla Bernardina de Pinho¹

1. Considerações Iniciais

A realidade da era globalizada é tocada por conflitos sociais em grau de massa, autoevidenciando a complexidade estampada em sua estrutura (Pinho; Duarte, 2018, p. 997).

A percepção dos indivíduos em sua totalidade mostra-se como a pedra de toque a justificar a correlação dos elementos complexidade, cultura e pós-modernidade, com vistas à interdisciplinaridade - matéria esta ventilada em diversos campos científicos, sem, entretanto, univocidade de conceituação e consenso a respeito da sua aplicação nas diversas esferas do conhecimento.

Para identificar os sentidos da transdisciplinaridade e a importância de sua inserção na construção do conhecimento, é necessário ter a percepção de que o mundo globalizado apresenta muitos desafios que impõem o rompimento com modelos tradicionais para o ensino.

A transdisciplinaridade é algo que pode coexistir e não se sobrepor à disciplinaridade (Alves; Brasileiro; Brito, 2004, p. 145). Trata-se de um processo de evolução do conhecimento, sem prejuízo de que ambas constituam um mesmo processo histórico educacional, sendo a transdisciplinaridade recebida como modo de se proporcionar o trabalho conjunto de várias disciplinas em direção ao mesmo objeto.

Gattás e Furegato (2016) destacaram que esse crescente e rápido movimento foi promovido pela pulverização do conhecimento e pela divisão dos saberes, que geraram as especialidades e subespecialidades.

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor Titular de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da UERJ.

Nessa seara, surge a necessidade de se abordar a percepção da cultura e sua importância no espaço-tempo presente, bem como a sua participação no processo de construção do conhecimento científico e acadêmico, diante da importância da cultura como elemento massificador de paradigmas.

É extremamente oportuna a identificação da estreita relação entre cultura e interdisciplinaridade, precisamente no que tange a questionamentos e novas orientações.

Nessa perspectiva, Chase (Chase, 2002) ressalta a importância da leitura relacional entre cultura e a sociedade para a execução de trabalho pragmático e para a reforma processual, ante a significância do tema no que tange aos efeitos da globalização e atividades das pessoas.

Nesse contexto, a cultura pode ser definida segundo valores coletivos e não institucionais. É a cultura o marcador social que distingue um grupo humano de outro, do mesmo modo o faz em relação a uma coletividade humana que molda a personalidade do indivíduo em blocos de valores que constroem a cultura e influenciam, assim como explicam, as instituições jurídicas e políticas.

Isso explica o motivo pelo qual a consensualidade evoluiu de modo diverso nos países e nos sistemas jurídicos. Contudo, a partir de fatores como a globalização (que acabou por potencializar o método comparado de estudo) e a interdisciplinaridade (que agregou elementos de outras áreas do conhecimento) evidenciou-se a relevância da resolução adequada dos conflitos enquanto finalidade primordial do sistema jurisdicional.

Veremos, no próximo tópico, como a legislação brasileira evoluiu na temática da consensualidade.

2. Desenvolvimento

O Conselho Nacional de Justiça implantou o “Movimento pela Conciliação” em agosto de 2006, com o fito de alterar a cultura da litigiosidade e promover a busca de soluções para os conflitos mediante a construção de acordos, dando origem à Semana Nacional da Conciliação, evento anual que abrange todos os tribunais do país. Em 2010, com o crescimento das demandas internas sobre o tema, foi

editada a Resolução CNJ n.º 125, que dispôs sobre a Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no Âmbito do Poder Judiciário. Também foi editada a Recomendação CNJ n.º 50/2014, para estimular e apoiar os tribunais na adoção das técnicas consensuais de resolução de conflitos.

Por fim, a Resolução CNJ n.º 198/2014, que dispunha sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário para o sexênio 2015-2020, ressaltava a importância da efetividade na prestação jurisdicional, apontando como cenário desejado: justiça mais acessível, desjudicialização, descongestionamento do Poder Judiciário.

Em 2015 tivemos o advento do novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, o que acelerou a preocupação com a resolução adequada dos conflitos.

A Lei n.º 13.140/2015, no art. 1.º, parágrafo único, define a mediação como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

No CPC 2015 é possível identificar a preocupação da Comissão com os institutos da conciliação e da mediação, em especial nos artigos 165 a 175.

O legislador se preocupa, especificamente, com a atividade de mediação feita dentro da estrutura do Poder Judiciário. Isso não exclui, contudo, a mediação prévia ou mesmo a possibilidade de utilização de outros meios de solução de conflitos (art. 175).

O tema é tratado na Parte Geral, Título IV, Capítulo III, Seção V, sob a rubrica de “auxiliares da justiça”.

Resolvendo, portanto, antiga discussão, fica claro que conciliadores e mediadores judiciais são auxiliares do juiz. Isso se coaduna com o art. 139, inciso V do CPC que dispõe incumbir ao magistrado promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com o auxílio dos conciliadores e mediadores judiciais.

A fim de viabilizar as funções desses auxiliares, o art. 165, repisando o que já se encontra hoje na Resolução n.º 125/10 do CNJ, determina que os Tribunais “criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de

conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”.

Importante frisar, aqui, a relevância de a atividade ser conduzida por mediador profissional, imparcial e que não tenha proximidade com o conflito. Em outras palavras, a função de mediar não deve, como regra, ser acumulada por outros profissionais, como juízes, promotores e defensores públicos. O CPC prestigia esse entendimento.

Não custa lembrar que, na sistemática do CPC, a audiência preliminar (art. 334) vai ocorrer logo após o recebimento da inicial, não sendo o caso de improcedência liminar do pedido (art. 332), antes mesmo da oferta da contestação pelo réu (art. 335).

No art. 165, §§ 2º e 3º, o CPC, após anotar que a conciliação e a mediação devem ser estimuladas por todos os personagens do processo, refere uma distinção objetiva entre essas duas figuras. A diferenciação se faz pela postura do terceiro e pelo tipo de conflito.

Assim, o conciliador pode sugerir soluções para o litígio, ao passo que o mediador auxilia as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.

A conciliação é a ferramenta mais adequada para os conflitos puramente patrimoniais ao passo que a mediação é indicada nas hipóteses em que se deseje preservar ou restaurar vínculos, ou seja, aquelas situações em que a pauta subjetiva interfere diretamente na pauta objetiva e, como tal, deve ser tratada.

O art. 166 trata dos princípios que informam a conciliação e a mediação. São eles: (i) independência, (ii) imparcialidade, (iii) autonomia da vontade, (iv) confidencialidade, (v) oralidade, (vi) informalidade, e (vii) decisão informada.

O art. 174 do código trata da atividade consensual envolvendo a Fazenda Pública, nos níveis federal, estadual e distrital, e municipal.

Com efeito, 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.

O art. 174 trata de duas hipóteses: (i) questões que envolvam a administração pública (incisos I e II); e (ii) questões coletivas que possam ser objeto de termo de ajustamento de conduta.

Com relação a primeira, 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 12.529/2011, 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.

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 mediação nos conflitos que envolvam a Administração Pública e seus órgãos.

Aliás, cabe ressaltar que, mesmo após o advento da Lei de Mediação, houve, ainda, a edição da Lei n.º 13.988/2020 (transação tributária) 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.

A segunda hipótese mencionada nos arts. 174 do CPC e 32 da Lei da Mediação diz respeito ao termo de ajustamento de conduta.

Essa ferramenta foi inserida na Lei nº 7.347/85 pelo CDC, em 1990, e restou consubstanciada no seu art. 5º, § 6º, o qual prevê a celebração de “ajustes de conduta” em todos os temas que podem ser objeto de ação civil pública, a saber, meio ambiente, patrimônio cultural, histórico e paisagístico, ordem econômica, defesa do consumidor, entre outros.

Em seguida, outras Leis fizeram referência expressa ao instituto: Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, art. 211), Lei do CADE (Lei 8.884/94, art. 53, posteriormente alterada pela Lei 12.519/11, arts. 9º, V, e 85), Lei ambiental (Lei 9.605/98, art. 79-A), e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03, art. 74, X).

Questão de grande relevância prática, nos dias atuais, consiste em examinar o cabimento e os limites de soluções consensuais no regime excepcional da lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992).

Como é de conhecimento geral, em sua redação original, o art. 17, § 1º da Lei nº 8.429/92 vedava qualquer modalidade de transação, acordo ou conciliação nas ações destinadas a apurar a prática de ato de improbidade. Fruto da mentalidade dominante no fim do século XX, a solução acordada era vista com desconfiança. A possibilidade de seu uso em questões relacionadas ao direito público era fortemente rechaçada e, por vezes, vinculada a um sentimento de ilegalidade ou mesmo de impunidade.

Essa redação foi drasticamente alterada pela Lei nº 13.964/2019. Assim, o dispositivo passou a ter a seguinte dicção: “§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei”.

Registre-se que desde 2015 a Lei de Mediação, no art. 36, § 4º, já abria a possibilidade de, “nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz (...)”, o que jogou novas luzes sobre a redação original do art. 17, § 1º da Lei de Improbidade Administrativa.

Como argumento de reforço, podia-se apontar, ainda, o art. 26 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4657/42), inserido pela Lei nº 13.655/18, que traz previsão geral de um compromisso de adequação ao direito público. Dizia-se, a propósito, que

as recentes modificações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro teriam gerado a revogação tácita da redação original do art. 17, §1º, já que a LINDB passou a prestigiar a eficiência administrativa, mediante ampla possibilidade de tomada de compromisso dos interessados (art. 26).

Após o advento da Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção –, a permissão de se firmar acordos de leniência apontava ainda mais claramente a possibilidade de flexibilização da vedação original constada do art. 17, §1º.

Em 2019, com o advento da Lei nº 13.964/2019, a Lei nº 8.429/92 foi finalmente explicitamente alterada, a fim de se garantir o cabimento de uma ferramenta consensual batizada de acordo de não persecução cível. O instituto teve clara inspiração no compromisso de ajustamento de conduta, embora o *nomen iuris* nos remeta intuitivamente à figura do acordo de não persecução penal, inserido no art. 28-A do CPP. Falaremos mais dessa figura adiante.

Ocorre que a Lei nº 14.230/2021 determinou profundas alterações no sistema da improbidade administrativa, e excluiu tal ação do microsistema da tutela coletiva, bem como acabou por criar nova regulamentação para o ANPC, uma vez que a legislação de 2019 era bastante precária nesse sentido, em razão de veto apostado pelo Chefe do Executivo ao art. 17-A, que seria inserido na Lei nº 8.429.

Curiosamente, alguns dos dispositivos vetados foram repaginados e finalmente ingressam no ordenamento jurídico pelas mãos do legislador de 2021, ainda que com importantes alterações. Contudo, uma inovação importante e que não constava nas iniciativas legislativas anteriores merece ser ressaltada: a Lei nº 14.230/21 opta por excluir a ação de improbidade do microsistema da tutela coletiva.

Vistas todas essas questões, deixamos para o final uma palavra sobre a chamada “mediação on-line” e o uso das plataformas digitais, tendência que já vinha se firmando na prática e que acabou por ser acelerada em razão da Pandemia do Covid-19.

Como é cediço, a Lei n. 11.419/2006 (Lei do Processo Eletrônico) regula a comunicação e a prática de inúmeros atos processuais (citações, intimações, notificações etc.) de forma eletrônica, estimulando a criação

de Diários da Justiça eletrônicos (art. 4º) e também sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais pelos tribunais (art. 8º).

No plano processual, o CPC positivou a prática de atos processuais eletrônicos (arts. 193 a 199), inclusive por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (art. 236, § 3º).

Importante lembrar que as citações e intimações também devem ser feitas preferencialmente por meio eletrônico (arts. 232, 246, V e § 1º, 270, 272 e 275). Na mesma linha, o CPC permite que a audiência de conciliação ou de mediação seja realizada por meio eletrônico (art. 334, § 7º), em consonância com o art. 46 da Lei de Mediação.

Sem dúvida, ao estabelecer que a mediação pode ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação a distância, a lei especial maximiza as oportunidades de construção do consenso e otimiza a própria prestação jurisdicional. Já há, inclusive, iniciativas no sentido de se utilizar as plataformas de mensagens instantâneas para a prática dos atos de comunicação processual.

Além disso, o procedimento *on-line* impulsionou o surgimento de plataformas digitais de resolução de conflitos e câmaras privadas de mediação/conciliação, que, há algum tempo, já vêm oferecendo serviços nessa área e fomentando a mediação digital.

Nesse sentido, importante lembrar que o Decreto nº 10.197, de 2 de janeiro de 2020, alterou o Decreto nº 8.573, de 19 de novembro de 2015, para estabelecer o Consumidor.gov.br como plataforma oficial da administração pública federal direta, autárquica e fundacional para a autocomposição nas controvérsias em relações de consumo. Desse modo, todos os demais órgãos que possuam plataformas próprias devem migrar para a Consumidor.gov.br até o dia 31 de dezembro de 2020.

Porém, assim como em qualquer atividade, existem vantagens e desvantagens.

Se, de um lado, a mediação *on-line* aproxima virtualmente os mediandos e o mediador, evitando gastos com deslocamentos e dispêndio de tempo, por outro, inviabiliza o contato pessoal (cara a cara) e dificulta a ampla percepção e captação dos sentimentos, das angústias, dos interesses subjacentes ao conflito, o que pode prejudicar o procedimento de construção do consenso.

Em vista disso, é importante que os mediadores *on-line* tenham, além da capacitação técnica, habilidade e familiaridade com as particularidades do ambiente virtual. Mais do que isso, é imprescindível regular os critérios de qualidade que garantam o funcionamento do procedimento digital de forma eficaz, transparente e eficiente.

Em suma, as novas tecnologias estimulam e valorizam a autocomposição, ampliando o acesso à justiça (arts. 5º, XXXV, da CF e 3º do CPC) e racionalizando a prestação jurisdicional, apesar de algumas incertezas e críticas que são ínsitas a qualquer processo de mudança.

Ainda no plano legislativo, importante ressaltar a Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021, que dispõe sobre o Governo Digital e o aumento da eficiência pública por meio da desburocratização, inovação, transformação digital e participação do cidadão. Essa Lei deve ser aplicada em consonância com as Leis ns. 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), e 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais).

O art. 2º, I da Lei n. 14.129/2021 é expresso ao determinar a aplicação da Lei aos órgãos da administração pública direta federal, abrangendo os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União, e o Ministério Público da União. Destaca-se, ainda, o art. 14, segundo o qual a prestação digital dos serviços públicos deverá ocorrer por meio de tecnologias que permitam o amplo acesso pela população, inclusive de baixa renda ou residente em áreas rurais e isoladas, e sem prejuízo do direito do atendimento presencial.

Ademais, ainda que com certo atraso, em 10 de fevereiro de 2022 foi editada a Emenda Constitucional n. 115, que alterou a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Entre as alterações promovidas está a inserção do inciso LXXIX no art. 5º, assegurando, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Igualmente, é de se referir o protagonismo do Conselho Nacional de Justiça na edição dos atos normativos necessários à viabilização do acesso à justiça digital no Brasil e da justiça multiportas. Veja-se, por exemplo, a Resolução n. 358, de 2 de dezembro de 2020, que instituiu o

Sistema Informatizado para a Resolução de Conflitos por meio da Conciliação e Mediação – SIREC.

Os Tribunais darão preferência ao desenvolvimento colaborativo de um sistema, nos termos preconizados pela Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ instituída pela Resolução CNJ n. 335/2020. De acordo com o §4º desse art. 1º, o armazenamento e hospedagem do sistema ficará a cargo do Tribunal, a quem pertencerão todos os dados e metadados gerados ou derivados do sistema informatizado para a resolução de conflitos por meio da conciliação e mediação – SIREC, seja ele desenvolvido ou contratado.

Contudo, o §5º adverte que as soluções adotadas pelos Tribunais devem observar obrigatoriamente os requisitos de segurança da informação e de proteção de dados pessoais estabelecidos na legislação específica, em particular, na Lei n. 13.709 de 14 de agosto de 2018, bem como o disposto na Resolução n. 335, de 29 de setembro de 2020 do Conselho Nacional de Justiça. No § 7º encontramos que o sistema a ser disponibilizado no prazo do caput, seja ele desenvolvido ou contratado, deverá prever os seguintes requisitos mínimos, salientando-se o inciso II, a saber a integração com o cadastro nacional de mediadores e conciliadores do CNJ (CONCILIAJUD);

3. Considerações Finais

Caminhando para a conclusão desse breve ensaio e assentada a premissa de que a jurisdição não é exclusiva do Poder Judiciário, ganham legitimidade os meios desjudicializados de solução de conflitos. Assim, temos a jurisdição voluntária judicial e extrajudicial, bem como os meios de obtenção de consenso. E, ainda, os meios adjudicatórios extrajudiciais, cujo exemplo mais marcante é a arbitragem. Todos fazem parte de um sistema único, que precisa funcionar de forma balanceada e harmoniosa.

É evidente, portanto, a imperiosa releitura do conceito de jurisdição e o estabelecimento de novas balizas para o instituto.

Contudo, pelo menos duas circunstâncias precisam necessariamente se fazer presentes na desjudicialização: a) o mesmo grau de concretização das garantias fundamentais do processo, observadas, obviamente, as peculiaridades do meio e a maior incidência da livre

manifestação de vontade; e b) a possibilidade de judicialização das matérias a qualquer tempo, por todo aquele que se sentir lesado ou mesmo ameaçado de sofrer uma lesão, sem embaraços ou restrições.

Dessa forma, acesso à justiça não se confunde com acesso exclusivo ou primário ao judiciário. Ao contrário, parece que, idealmente, a mentalidade seja no sentido de primeiro usar os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias, em seguida, nos casos legais, devemos nos valer da jurisdição voluntária extrajudicial; e, apenas por fim, os meios adjudicatórios (arbitragem e jurisdição judicial) nos quais um terceiro irá impor sua vontade às partes em litígio. É a ideia do Judiciário como último degrau na escalada do conflito, o que não significa, em absoluto, qualquer vedação ou restrição ao seu acesso em caso de urgência, lesão ou ameaça a direito.

De fato, hoje é inconcebível falar-se unicamente em acesso ao Poder Judiciário. O acesso hoje é direcionado ao sistema jurisdicional multiportas, de forma que o acesso à estrutura judiciária passe a ser qualificado.

Cabe a nós, operadores do direito, disseminar essa verdadeira cultura da pacificação, ressignificando o acesso à justiça, por meio da valorização da jurisdição voluntária extrajudicial e dos meios consensuais e adjudicatórios de solução de conflitos.

E, mais do que isso, há que se conferir concretude ao Objetivo n° 16 da Agenda 2030 da ONU, na medida em que não só contribui para a promoção da paz social, como também torna mais sólidas as instituições públicas e privadas.

Importante ressaltar que há diversas situações incluídas no referido Objetivo 16. Entre elas, destaca-se a meta 16.3: promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos.

No caso brasileiro, isso pode ser traduzido por: fortalecer o Estado de Direito e garantir acesso à justiça a todos, especialmente aos que se encontram em situação de vulnerabilidade.

Nesse contexto, não é difícil perceber que ainda temos muito trabalho pela frente até 2030.

Referências

ALVES, Railda F; BRASILEIRO, Maria do Carmo E.; BRITO, Suerde M. de O. **Interdisciplinaridade**: um conceito em construção, in Episteme. Porto Alegre, n. 19, jul./dez. 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve noticia sobre la conciliación em el proceso civil brasileño, in **Temas de Direito Processual**, 5ª série, Rio de Janeiro: Saraiva, 1994, pp. 95/101.

BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio Sobre o Conceito de Cultura**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

CHASE, Oscar G.. American 'Exceptionalism' and Comparative Procedure. In **American Journal of Comparative Law**. American Society of Comparative Law, 2002.

GATTÁS, Maria Lúcia Borges; FUREGATO, Antônia Regina Ferreira. **Interdisciplinaridade**: uma contextualização. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002006000300011&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em 13/01/2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de et alli. **O Marco Legal da Mediação no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. DUARTE, Marcia Michele Garcia. Interdisciplinaridade, Complexidade e Pós-Modernidade: Premissas Fundamentais Para A Compreensão Do Processo Civil Contemporâneo, **Revista Jurídica Luso-Brasileira** (RJLB, Ano 4 (2018), nº 4, p. 955-999.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Jurisdição e Pacificação**: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais, Curitiba: CRV, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**, 2ª edição, Saraiva: São Paulo, 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. MAZZOLA, Marcelo. **Manual de Mediação e Arbitragem**, Saraiva: São Paulo, 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os Efeitos Colaterais Da Crescente Tendência À Judicialização Da Mediação. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume XI (2013). Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da lei de mediação no compromisso de ajustamento de conduta, in **Revista de Processo**, vol. 256, ano 41, jun/2016, Revista dos Tribunais: São Paulo, pp. 371/411.

PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Colaboração premiada: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Acordos em Litígios Coletivos: Limites e Possibilidades do Consenso em Direitos Transindividuais após o Advento do Cpc/2015 e da Lei de Mediação. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v.19, p.118 – 148, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion Spengler. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação digital de conflitos como Política judiciária de acesso à justiça No brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 72, pp. 219-257, jan./jun. 2018, p. 219-257.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei**. Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2010.

CONSENSO E FILOSOFIA: OPORTUNIDADES DE ENCONTROS E DESENCONTROS

Marcelo Machado Costa Lima¹

1. Considerações Iniciais.

Embora o presente texto receba o título genérico de “Consenso e filosofia: oportunidades de encontros e desencontros”, originado de conversas e reflexões com diletos colegas de academia, no fim das contas a ideia que sustenta tal debate é pensar como conceitos como consenso e racionalidade comunicativa podem fundamentar a criação de novas, legítimas e mais adequadas técnicas e metodologias na busca de resolução de conflitos em sociedades democráticas contemporâneas, que naturalmente trazem o dissenso por pressuposto.

Neste sentido, faz-se importante que iniciemos nossa fala situando as características definidoras de tais sociedades, fortemente globalizadas e multi/ pluriculturais². É de se observar que cultivam elas a diferença como um valor, oferecendo-se aos pesquisadores das áreas das ciências humanas (incluindo neste rol, por óbvio, o Direito) como objeto de investigação de grande e crescente complexidade, seja pelas espinhosas e

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UNESA. Professor de Direito Constitucional da Universidade Estácio de Sá e do IBMEC-RJ. Líder do Grupo de Pesquisa SOCEDIR (DGP/CNPq).

² A expressão “multi/ pluricultural” tem o propósito de abranger conceitualmente não apenas as posições multiculturais (como rótulo que vem sendo utilizado a uma específica filosofia contemporânea), mas, principalmente, conceder o sentido mais amplo que Horace Kallen lhe deu em 1915. Nessa linha, seria o reconhecimento de múltiplas identidades culturais no seio de uma mesma sociedade e que, baseadas em seu caráter de legitimidade, recusam-se a estar sujeitas ao processo de assimilação destruidor da própria cultura. Nessa direção, consegue-se contemplar a visão daqueles que seguem posições multiculturalistas, mas também aqueles que reconhecem os direitos dos diversos grupos, mas não aderem às posições defendidas por parte destes.

naturais dificuldades de articular diferentes modos de vida e cosmovisões que os diversos grupos e indivíduos possuem, seja pela insuficiência de técnicas e metodologias para se relacionar com este panorama. Evidentemente, a esta difícil tarefa se adiciona o caráter de liquidez desses diversos grupos (cuja normalidade é a permanente transmutação), bem como a multiplicação de comunidades na esfera social.

Embora os grandes juristas do passado e do presente nos concedam um amplo arsenal teórico e metodológico para análise do fenômeno jurídico-político, a referida liquidez, na conhecida expressão a nós legada por Bauman, talvez já nem mais seja capaz de definir com precisão a modernidade pensada pelo grande sociólogo. O estado de volatilidade crescente que parece definir a estrutura sócio-política, acelerada pela hipertecnologia, faz com que já encontremos aqueles que já qualifiquem o estado da modernidade como “gasoso” ou, ao menos, em processo de gaseificação.

O desafio que se nos coloca é, então, arquitetar institutos e teorias jurídicas que, pautadas na razão - na singela esperança que ainda sejamos capazes de prosseguir no projeto da modernidade -, consigam equilibrar (ou, ao menos se aproximar dessa idealidade) estabilidade e justiça ³ (Habermas, 2003, v.I, p.25) em meio a esta volatilidade incontornável nas sociedades fortemente pluralizadas no âmbito da hipermodernidade, conforme expressão consagrada por Lipovetsky (2004).

Neste sentido, os corpos normativos e as decisões que daí decorrem, para serem bem sucedidos, devem encontrar nos seus destinatários uma adesão interna que está além do velho temor da sanção jurídica resultante do uso, pelo poder estatal, da violência legítima. Mais: o poder público deve estar habilitado a produzir comandos justos, razoáveis e proporcionais dirigidos de forma que o corpo social, idealmente formado por indivíduos/ cidadãos autônomos e conscientes,

³ Certamente que nos referimos a uma justiça desontologizada, pós-metafísica, que se compatibilize com o dissenso típico das sociedades complexas contemporâneas, de forma a considerar o pluralismo de ideais de vida e de orientações axiológicas dos vários grupos que a constituem. Todavia, seguindo a posição habermasiana, não havendo a possibilidade de hierarquizar as éticas particulares dos diversos grupos, há de se definir os critérios formais (eis aqui a questão do justo) que permitam a coexistência destas éticas.

sinta-se motivado a respeitar as normas, mitigando-se a necessidade de uso da força ostensiva para manutenção da paz social.

Para o referido texto, duas questões se colocam sob enfrentamento: uma primeira que coloca em questão sobre o que seria, na perspectiva habermasiana, um elemento fundamental capaz de integrar essas sociedades democráticas contemporâneas hipercomplexas, em que o dissenso parece ser uma realidade incontornável e, mais, incentivado. Uma segunda questão a ser enfrentada é se, para o autor alemão, seria possível consenso entre os membros de uma sociedade tão profundamente dividida nos âmbitos religioso, filosófico e moral (usando a clássica proposição rawlsiana)

2. Desenvolvimento

Quanto à primeira questão, ou seja, sobre o que gera a integração em sociedades democráticas contemporâneas, Habermas apresenta uma resposta que não deixa de ser surpreendente para alguém que, como ele, constrói seu pensamento em uma perspectiva filosófica e sociológica. Neste ponto, a surpresa é também dos juristas.

Para iniciar, segundo ele, não é a economia, como pensariam aqueles que, mais próximos às concepções marxianas ou marxistas, entendem a economia como um elemento definidor das relações sociais, da política, da consciência individual e coletiva e da história e, nesse sentido, a base sobre a qual se erguem todas as outras estruturas sociais. Por isso, mesmo que possua na sua formação uma significativa influência do pensamento marxista, principalmente no contexto da Escola de Frankfurt, quando revisava os trabalhos teóricos dos críticos do marxismo, seu trabalho evoluiu em direção que muito se distanciam dos pressupostos e conclusões de Marx.

Também não considera ser a religião, já que em sociedades democráticas a liberdade religiosa é muito mais um fator de dissenso do que de consenso. Aliás, nesta via já argumentaram vários autores como Charles Taylor (2010), que discute como a secularização pode levar a novas formas de tensão religiosa em sociedades contemporâneas; Karen Armstrong (2001), que escreve sobre como a religião é interpretada e praticada em diferentes culturas e como o fundamentalismo em várias

religiões e como ele contribui para o conflito contemporâneo; ou ainda Samuel P. Huntington (1997), que afirma que as principais fontes de conflito no mundo pós-Guerra Fria não seriam ideológicas ou econômicas, mas culturais e religiosas.

Habermas, não se vinculando à posição de Max Weber (1999) - para quem o funcionamento das sociedades modernas fornece uma estrutura estável e previsível que permite a coordenação de atividades complexas em larga escala - e mesmo, em maior ou menor escala, das de Émile Durkheim e Talcott Parsons, não considera que as grandes e complexas administrações burocráticas ofertem um inequívoco fator de integração nas supercomplexas configurações sociais modernas.

Sobre a política ser este um campo categorial para a integração, o próprio Habermas (1984) sustenta que o discurso racional na esfera pública é vital para alcançar o consenso e integrar uma sociedade democrática, já que as democracias devem possibilitar um processo de deliberação contínua, onde os cidadãos engajam-se em discussões racionais e críticas. Essa visão mais genérica é desenvolvida também por Benjamin Barber, em *Strong Democracy* (1984) quando defende uma visão participativa da democracia, na qual o engajamento ativo e a participação cidadã são essenciais para a saúde e a integração de uma sociedade democrática e Nancy Fraser (1997), que defende que a política é o espaço onde as lutas por reconhecimento e redistribuição devem ocorrer, permitindo a integração de grupos marginalizados na sociedade.

Entretanto, mesmo que a política tenha esse papel de destaque, ainda não é ela que consegue ocupar este espaço de integrar as sociedades contemporâneas. E também não é o compartilhamento de valores, como entende m os autores comunitaristas mais conhecidos, como Michael Sandel, Alasdair MacIntyre, Charles Taylor e Michael Walzer. Mesmo que em diferentes graus, parece ser possível afirmar que os citados autores compartilhem a crença de que a solidariedade social e a integração são alcançadas através de valores compartilhados, bem como da sensação de pertencimento à comunidade, em contraposição ao individualismo e ao universalismo.

Porém, não há como deixar de admitir que os infundáveis grupos que conformam as sociedades democráticas contemporâneas tendem exatamente a se opor a este compartilhamento de valores entre todos os

grupos. Certamente que as posições multiculturalistas têm, em muitos aspectos (embora não em todos⁴), muito a se opor a esta forma de pensar.

Para Habermas, é, então, o direito que torna possível a integração de sociedades plurais democráticas. Porém, não qualquer direito, mas apenas o direito dotado de legitimidade seria capaz de integrar sociedades divididas em múltiplas cosmovisões. Antes de adentrarmos mais propriamente na questão referente à legitimidade, parece-nos importante finalizar a questão já superficialmente posta acima, que é acerca da função do direito como mecanismo de integração social.

Segundo Habermas, é o direito o único meio integrador que resta a uma sociedade marcada por uma plural concepção de bens, na linha da visão rawlsiana. Nas circunstâncias das sociedades contemporâneas a integração social só pode ser gerada pelo direito e sua forma jurídica, pois é ele compreendido como um complemento funcional da moralidade pós-tradicional, compensando vários de seus déficits, tais como a indeterminação cognitiva e a incerteza motivacional (Araújo, 2003, p. 231). Por isso, Habermas aponta como motivos para que a forma jurídica seja indigitada como aquela capaz de integrar as sociedades modernas pluralizadas, diferenciadas e complexas.

Questão fundamental é que, para Habermas, os cidadãos não estão mais dispostos a seguir mandamentos que não estejam fundamentados em “boas razões”, ou seja, em normas legítimas. O surgimento da legitimidade a partir da legalidade não é paradoxal. Somente é para aqueles que veem o sistema de direito como algo que se legitima a si próprio. Em Habermas a forma jurídica em si é insuficiente, pois necessita do princípio do discurso para caracterizar um verdadeiro Estado de Direito Democrático (Habermas, 2003, p. 165 e ss).

O problema, como se observa, é como é possível ao poder político estabelecer essas “boas razões” (transformáveis em normas jurídicas) que tenham o condão de satisfazer um corpo social que, mesmo que largamente dividido em múltiplas concepções de vida (morais, filosóficas e religiosas), sintam-se comprometidos com as mesmas. É o que autor alemão tenta solucionar quando busca a conexão entre legitimidade e

⁴ Basta lembrar que Charles Taylor embora tenha feito parte do grupo que se denomina “comunitaristas”, é um dos grandes nomes em defesa das teses multiculturalistas.

validade por meio do uso de um tipo especial de racionalidade, a racionalidade discursiva, contexto em que a ideia de consenso é fundamental.

Aqui inicia-se uma abordagem que toma por pressuposto dois conceitos fulcrais na filosofia habermasiana. Habermas afirma que no discurso prático as normas sociais podem ser validadas ou rejeitadas por meio de um diálogo estabelecido entre sujeitos que apresentam e criticam as reivindicações de validade. Assim, todo discurso teórico ou prático (que é o que nos interessa neste debate) tem por pressuposto a possibilidade de se alcançar um consenso. Por isso, sendo o Direito uma área cujo saber está intimamente relacionada ao discurso prático, baseado em uma razão comunicativa, também ele busca o consenso, fundamentalmente no que se refere à adequação das normas de convívio no universo social.

Nesta linha, faz-se importante explicitar o que se está a chamar de racionalidade comunicativa. Estamos considerando que se trata de uma ferramenta teórica que Habermas usa para analisar a democracia, a ética, a legitimidade (que se encontra no escopo de nosso trabalho) na modernidade. No caso, esta específica forma de racionalidade está, não apenas ligada à eficiência e ao sucesso técnico, mas também à capacidade de entender e coordenar ações sociais de maneira justa e não coercitiva. É por meio da racionalidade comunicativa que se pode apresentar reivindicações de validade sobre normas de conduta social, compreensibilidade de expressões e, de forma complementar, argumentar sobre valores estéticos e culturais.

Por isso, o conceito de ação comunicativa pressupõe uma série de características que devem ser realçadas e que são fundamentais no âmbito do entendimento: a interação humana (e não ações racionais isoladas) e sua capacidade dos indivíduos de chegar a um entendimento mútuo e consenso através do diálogo (Andrews, 2011, p.30); o interesse em entender e coordenar ações por meio do consenso; a discursividade aberta, livre de coerção e acessível a todos os participantes; a possibilidade de que as pessoas critiquem e validem afirmações sobre esses mundos através do diálogo; a existência de uma (idealizada, mas ficcional) "situação ideal de fala", na qual a comunicação é totalmente livre de distorções e todos os participantes têm a mesma chance de contribuir.

E aqui chegamos à ideia de consenso, que em Habermas é um conceito-chave em toda sua obra. Ele vincula o consenso à sua ética do discurso, onde a validade de normas morais pode ser testada e estabelecida através do discurso racional e do consenso que emerge desse processo. Segundo uma fala muito difundida, seria o acordo alcançado pelos participantes de um discurso racional, no qual todos os envolvidos possuiriam a oportunidade de expressar suas opiniões, de argumentar a favor ou contra, questionar e revisar as posições colocadas em debate até que um entendimento mútuo fosse alcançado.

Assim, o objetivo seria chegar a um acordo baseado na força do melhor argumento, e não no poder ou na coerção, sendo que haveria a pressuposição de que todos os participantes se reconheceriam uns aos outros como iguais na comunicação, e que seriam capazes de fazer contribuições válidas. Porém, há que se ter cuidado com esse conceito. Embora circule, mesmo em meios acadêmicos que a consensualidade em Habermas é atingida quando todos os participantes concordam que uma determinada norma ou verdade é válida para todos, o que implicaria que qualquer pessoa em uma posição semelhante deveria chegar à mesma conclusão, esta visão mostra-se incompleta.

Entendemos que uma boa compreensão deste conceito foi desenvolvida por Gabriel Cohn. Segundo este autor, o consenso em Habermas é uma utopia *ex ante*, já que se trata de uma possibilidade que está sempre presente na linguagem. E aqui temos um ponto fundamental: para Habermas, não se deve ter a preocupação se o consenso será, ou não, atingido. Até porque em sociedades democráticas plurais, conforme desenvolvemos até aqui, nenhum consenso teria o condão de se cristalizar *ad eterno*. O que está em jogo aqui é a discussão sobre a necessidade de orientação para o entendimento mútuo, ou seja, segundo Habermas, o entendimento somente será alcançável se os sujeitos interlocutores assumirem, implícita ou explicitamente, a “possibilidade” do consenso (Cohn, 1993, p.63-65).

A compreensão de Cohn não está destituída de base para sustentá-la já que Habermas afirma que o sentido de reivindicação de validade problemática força conceitualmente os participantes a supor um acordo que poderia ser, em princípio alcançado em uma ambiência ideal., mesmo que este acordo não se concretize. (Habermas, 1984 A, v.I, p.42)

Enquanto o Positivismo procurou descobrir a legitimidade pela via da legalidade, o Jusnaturalismo defendeu a tese de que a legalidade tem de ser uma decorrência natural da legitimidade. Muito embora para Habermas sejam ambas as posições insuficientes, são, no entanto, complementares. Essa percepção o levou a concluir que a legitimidade do Direito nem deve ser compreendida por aquilo que alguns chamariam de moral social (no sentido de um conjunto de valores tidos como hegemônicos em uma dada sociedade e, portanto, mais próximo ao que na linguagem habermasiana costuma se denominar por *eticidade*)⁵, mas tampouco o direito pode estar completamente divorciado da moral⁶ (Habermas, 2003, p.131).

A explicação de Habermas é de que o direito positivo é um complemento funcional de uma moral pós-tradicional que, por definição, é uma moral fraca, típica das sociedades pluriculturais, ao contrário de uma moral forte, típica de sociedades tradicionais ou mesmo sociedades teocêntricas. Por isso, enquanto tiver o Direito de responder à pretensão de legitimidade, não perde seu valor moral (universal). É que não basta que a norma seja somente cumprida, necessitando que, além do mero cumprimento, o propósito de sua presença e permanência no sistema jurídico seja justificável, o que implica na busca pela correção do enunciado normativo. Vê-se que a questão central da legitimidade em Habermas é abordada por meio da racionalidade jurídica (no âmbito da teoria discursiva), sendo assegurada pelo vínculo estabelecido entre a autonomia privada e a autonomia pública de cidadãos integrados socialmente através do agir comunicativo.

Assim, para poder exercer plenamente sua função sócio-integrativa, o direito deve possuir normas que recebam dos seus destinatários o assentimento sobre sua legitimidade. Normas jurídicas estabelecidas pelo Estado, embora tragam um forte simbolismo (por séculos desenvolvidos

⁵ Talvez fosse o caso de utilizar, no âmbito do significado dado por Habermas, a palavra *eticidade*, que segundo o autor em informa que as considerações éticas estão orientadas pelo *telos* de minha e/ou nossa vida boa ou não fracassada. Já as perspectivas morais, em sentido mais estrito em Habermas, está distanciado de todo ego ou etnocentrismo.

⁶ No horizonte de uma fundamentação pós-tradicional, o indivíduo singular forma uma consciência moral dirigida por princípios e orienta seu agir pela autodeterminação, o que iria desaguar na constituição de uma sociedade justa.

e reproduzidos pela própria academia), nem sempre contentam aqueles que, no conflito, não compreendem ou não aceitam a solução proposta.

O monopólio da produção de regras jurídicas (abstratas e concretas), neste sentido, parece destituído de força para transparecer sua legitimidade. Todas as vezes em que as decisões estatais, mesmo que fundamentadas em regras que trazem consigo o emblema da legalidade, não criam com os indivíduos/cidadãos a elas submetidas esse vínculo psicológico de legitimidade, o Estado de direito se vê enfraquecido. É que o direito não legitimado pelo destinatário não consegue se impor, a não ser por um tempo, e assim mesmo com o uso contundente (e, às vezes, desproporcional) da força.

Os cidadãos de sociedades modernas (no sentido filosófico da expressão, ou seja, daquela que ainda se sente atrelada a um modo de ser e agir racional) não parecem mais conformados em não participar do processo de produção das regras que regem seus conflitos, em um bem-vindo reconhecimento da necessidade de ampliação de suas autonomias.

De se observar que a participação livre e autônoma do indivíduo/cidadão nas situações que repercutam em suas vidas, estejam tais situações conectadas a interesses privados ou a interesses com dimensão pública, é tema que se relaciona diretamente ao conceito de democracia

Em Habermas, como não poderia deixar de ser, há uma clara conexão entre democracia e direito, pois as normas jurídicas somente podem ser produzidas por intermédio de um procedimento democrático. Direito legítimo, direito justo e direito produzido democraticamente formam todos uma só unidade (Habermas, 2003, p. 181). Nesta via, se a razão pública pela participação cidadã pode ser avocada para criar soluções que dizem respeito a todos, a questão que se abre é a de saber os motivos pelos quais cidadãos autônomos não poderiam, em várias circunstâncias possíveis e razoáveis (que cada vez se revelam mais numerosas), no uso de suas razões comunicativas, tecerem as soluções para seus conflitos, de maneira a exercitarem suas autonomias e gerar paz social.

Por outro lado, temos o desenvolvimento dos procedimentos de busca pela consensualização em termos de direitos humanos. Este desenvolvimento garante aos cidadãos de uma sociedade uma ampliação

do mundo da vida e da autonomia da pessoa, ou seja, redimensionando o espaço de ação para a realização dos seus próprios planos de vida.

Para Habermas, é essa a maneira de legitimação própria do individualismo liberal (Pinzani, 2009, 141) que elege os direitos humanos como proteção de uma esfera inviolável dos sujeitos privados contra os perigos de possíveis excessos da soberania popular (Habermas, 2000, p. 150-151), buscando evitar os problemas que uma democracia radical (estabelecida em Rousseau) poderia vir a causar. Acrescentamos nós que também se evitaria os problemas causados por um Poder Judiciário não poucas vezes considerado como o superego da sociedade (Ingeborg, 2010).

3. Considerações Finais

São aspectos que devem ser apontados como conclusivos neste artigo, os que seguem. É o direito legítimo que torna possível a integração em sociedades plurais democráticas, divididas em múltiplas cosmovisões na (aparentemente) incontornável hipermodernidade.

Outra questão central no texto apresentado é o conceito de ação comunicativa. Esta pressupõe uma série de características que devem ser realçadas e que são fundamentais no âmbito do entendimento, tais como: a interação humana, o interesse em entender e coordenar ações por meio do consenso, a discursividade aberta, livre de coerção e acessível a todos os participantes, a possibilidade de que as pessoas critiquem e validem afirmações sobre os mundos através do diálogo, a existência de uma "situação ideal de fala", na qual a comunicação é totalmente livre de distorções e todos os participantes têm a mesma chance de contribuir.

Também fundamental é que para Habermas, não se deve ter a preocupação se o consenso será, ou não, atingido. O que sempre estará em jogo é a discussão sobre a necessidade de orientação para o entendimento mútuo, ou seja, não a necessária chegada a um consenso (que sempre será superável), mas a necessidade de que os interlocutores assumam, implícita ou explicitamente, a "possibilidade" de se chegar um consenso.

Por fim, o monopólio da produção de regras jurídicas (abstratas e concretas) pelo Estado parece destituído de força para externar sua legitimidade. Quando o direito não é legitimado pelo destinatário, ele não

consegue se impor, a não ser por um tempo, e pelo uso da desproporcional da força.

Os cidadãos de sociedades modernas (no sentido filosófico da expressão, ou seja, daquela que ainda se sente atrelada a um modo de ser e agir racional) não parecem mais conformados em não participar do processo de produção das regras que regem seus conflitos.

Se a participação cidadã pode ser avocada em um espaço democrático para criar soluções que dizem respeito a todos, a questão que se abre é a de saber os motivos pelos quais cidadãos autônomos não poderiam, em várias circunstâncias possíveis e razoáveis (que cada vez se revelam mais numerosas), no uso de suas razões comunicativas, tecerem suas próprias soluções para seus próprios conflitos, de maneira a exercitarem suas autonomias e gerar paz social.

Por outro lado, o desenvolvimento dos procedimentos de busca pela consensualização em termos de direitos humanos garante aos cidadãos de uma sociedade uma ampliação do mundo da vida e da autonomia da pessoa, ou seja, redimensionando o espaço de ação para a realização dos seus próprios planos de vida.

Referências

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Moral, direito e política. Sobre a Teoria do Discurso de Habermas. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odilio Alves; SAHAD, Luiz Felipe N. de A. e S. (Orgs.). **Filosofia Política Contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2003.

ARMSTRONG, Karen. **The battle for God: a history of fundamentalism**. Nova York: Ballantine Books, 2001.

BARBER, Benjamin R. **Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age**. Berkeley: University of California Press, 1984.

FRASER, Nancy. *Justiça Interrupta: Reflexões críticas sobre a condição "pós-socialista"*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. v.1 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Acerca de la legitimación basada em derechos humanos. In: **Em la constelación posnacional**. Barcelona: Paidós Iberica, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **The Theory of Communicative Action**. Boston: Beacon Press, 1984. Vol. I, 1984 A.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**: Investigação quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984 B.

HUNTINGTON, Samuel P. **O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla. 2004.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

PINZANI, Alessandro. **Habermas**. Porto Alegre: Artmed, 2009.

TAYLOR, Charles. **A era secular**. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

DIREITO FUNDAMENTAL AO CONSENSO

Adriano Moura da Fonseca Pinto¹

Karla Sáenz²

1. Considerações Iniciais

Antes de adentrar ao tema central do presente trabalho é importante uma contextualização a respeito de tempo, espaço e campo, seguidos a respeito da própria ideia conceitual do que venha a ser o “Consenso” para os devidos e necessários fins. Trata-se, antes de mais

¹ Professor Permanente e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Estácio de Sá. Professor da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá. Professor da Graduação e Pós-Graduação da UniLasalle do Rio de Janeiro. Advogado. Membro do Comitê Científico da e Coordenador Internacional para o Brasil da Conferência Universitária para el Estudio de La Mediación y el Conflicto CUEMYC (Espanha). Consultor Internacional de la FACPYA - Universidad Autónoma de Nuevo Leon (México). Doutor em Direito Público pela Universidad de Burgos-Espanha. Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense (PPGJA). Especialista em História do Direito, Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Cândido Mendes. Mestrando em Administração e Desenvolvimento Empresarial na Universidade Estácio de Sá. Coordenador e autor de obras jurídicas. Editor da Revista Juris Poiesis do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá - PPGD. Voluntário e Presidente do Conselho Fiscal da Casa Ronald McDonald-RJ. Sócio fundador da Moura Pinto Advocacia. Sócio fundador do Instituto de Direito, Processo e Justiça IDPJUS. Membro da Academia Rotária de Letras da Cidade do Rio de Janeiro ABROL-RIO. Membro fundador do Observatório de Mediação e da Arbitragem do PPGD da Universidade Estácio de Sá. Coordenador do Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade Estácio de Sá. Membro da Comissão de Estudos em Processo Civil da OAB-RJ

² Doutora em Ciência Política pela Universidad Autónoma de Nuevo León, Membro Nível 1 do Sistema Nacional de Pesquisadores do Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia, México. Líder do Governo e Governabilidade do CA UANL-224 da Universidade Autónoma de Nuevo León. Professora da Faculdade de Contabilidade Pública e Administração da Universidade Autónoma de Nuevo León, México. Membro do Observatório de Mediação e Arbitragem do PPGD da Universidade Estácio de Sá. Pesquisadora e consultora convidada do IDPJUS - Instituto de Direito, Processo e Justiça.

nada, de situar e proporcionar ao leitor um enquadramento mais que necessário as suas reflexões e críticas necessárias.

O tempo da escrita é o presente, contemporâneo do século XXI com todos os desafios de uma sociedade complexa, em perfeito estado de desorientação, como diria o recém saudoso Domenico de Masi. Estamos, como em outros tantos momentos da história, descobrindo e redescobrimo padrões de comportamento social mais ou menos disponíveis, mais ou menos desejados.

O olhar do jurista, aquele que de algum modo optou por usar a intelectualidade para buscar entender como o reconhecimento ou criação de normas de conduta a respeito de fatos ou atos sociais em conflito de interesses tem a premissa histórica e quantitativa comprovada de que é quase sempre necessário um elemento terceiro, tido como imparcial, fora dos interesses em jogo para avaliar e decidir quem tem ou não alguma tipicidade de razão jurídica.

Sim, o Direito agora ter alguém para dizer, ratificar, retificar, acertar, fazer, desfazer ou mesmo meramente declarar algum valor juridicamente relevante. E esse papel já foi (e continua sendo) de muitos em razão de alguma força e ou poder estabelecido, como pela Filosofia, filosófica, pela força militar, força religiosa e, mais recentemente na contagem dos séculos no mundo ocidental e com cara de mais ou menos democracia, pela força do poder estatal constituído e legitimado na figura estatal.

A partir de tal momento, a expressão “acesso à Justiça” se aproximou muito (e assim ficou) do sentido de acesso ao poder estatal encarregado de prover a aplicação das normas jurídicas, qual seja aquele que, de um modo ou de outro, dá assento aos juízes e tribunais.

É a partir daí que entra em cena a visão da Ciência Política, que procura muito mais entender e justificar no campo das relações de poder envolvidas em determinado espaço e tempo, como se justifica esse assento de juízes e tribunais para aplicar algum tipo de Direito às pessoas e ao próprio Estado, pois, entoando o mantra mais moderno e definitivamente contemporâneo, o Estado é de Direito.

A cientista política busca entender se é de fato esse o único caminho, qual seja esperar do Estado o papel central regulamentador da vida das pessoas antes, durante e até mesmo depois da solução (ainda que formal) dos conflitos. A ideia de que as próprias pessoas poderiam,

em alguns níveis de suas relações de poder (para os cientistas políticos) ou relações jurídicas (para os juristas).

E assim, pelo olhar da Ciência da Política e do Direito, surgem as linhas do presente trabalho, fruto de atividades de intercâmbio e cooperação científica entre os autores que buscam, no sentido maior de compartilhamento e cruzamento de racionalidades metodologicamente colocadas à prova, desenvolver a ideia da existência de um Direito Fundamental ao Consenso, que se buscará desenvolver a seguir.

2. Desenvolvimento

Uma vez estabelecidas as bases no campo subjetivo dos autores, fato é que passamos a discorrer aqui algumas linhas e provocações a respeito de um Direito Fundamental ao Consenso, assim, entendido, ao menos preliminarmente, de uma ideia conceitual do direito de cada pessoa individual, formalmente jurídica ou mesmo em algum nível de organização coletiva de ter acesso às ferramentas e espaços de tratativas de consensualidade, isto de, de condições técnicas reais de propor e receber propostas de solucionar seus conflitos em maior comunicação e harmonização, participando, direta ou indiretamente das construções da nova norma jurídica que vai regular suas vidas a partir dali, no que tange ao conflito apresentado.

A ideia é entender se não temos, como pessoas, direito a obter do tal Estado que tudo regula e assegura, seja pelas relações de poder da Ciência Política, seja pelas letras e costumes das normas jurídicas, como importantes estatutos jurídicos nacionais e supranacionais, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos³, que iluminou na sequência do século XX até os nossos dias, importantes princípios relacionados ao acesso à Justiça na legislação constitucional e infraconstitucional de diversos países, incluindo o Brasil, especialmente com a Constituição da República Federativa de 1988 e toda sua

³ Declaração Universal dos Direitos Humanos disponível em https://e4k4c4x9.rocketcdn.me/pt/wp-content/uploads/sites/9/2023/10/PT-UDHR-v2023_web.pdf.

interpretação e controle difuso que o Supremo Tribunal Federal vem exercendo há 35 anos.⁴

Em termos práticos, interessa aos autores entender a elasticidade possível de ser dada ao conteúdo do artigo 5º, inciso XXXV da CRFB 88⁵, quando trata do binômio da inafastabilidade do Poder Judiciário e do acesso à Justiça, incluindo o consenso.⁶ Para além da literalidade do texto constitucional, encontram-se presentes elementos identificadores quantitativos e qualitativos das vertentes principiológicas presentes acima.

Iniciando pelo olhar da cientista política, é perfeitamente compreensível e justificável, ainda mais no caso do Brasil, a revitalização, o resgate da principiologia da inafastabilidade do Poder Judiciário face às décadas anteriores do regime jurídico instituído pela força dos militares e seus formatos jurídicos dos Atos Institucionais⁷ e produção jurídica sequencial, com raras exceções.

O período de reabertura política já nos fins dos anos 1970 revelava, ainda que de modo incerto e para o futuro, um desfecho de juridicidade mais próximo da ideia de democracia do que ao contrário. E, de fato, antes mesmo da CRFB 88, o Brasil experimenta o acesso aos juízes de pequenas causas, fenômeno que se espalha e vai provocando, local e nacionalmente, um crescente normativo em prol de processos judiciais

⁴ A partir de 1988 com a nova carta jurídica, cria-se, para além do texto formal, um catálogo aberto de construção e reconhecimento de direitos fundamentais e, entre eles, o direito ao consenso tentado, ou que podemos chamar de consensualidade.

⁵ A CRFB 88 trata em um mesmo inciso da ideia da inafastabilidade e do acesso à justiça. Coube à doutrina e jurisprudência a construção racional do conteúdo ora trabalhado no presente texto.

⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. A Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e o Necessário Redimensionamento da Intervenção Judicial na resolução de conflitos na contemporaneidade. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 241-271, set.-dez., 2019, p.3.

⁷ Os Atos Institucionais regularam o exercício do poder estatal e muitas das relações privadas com limitações severas aos direitos humanos e aos direitos fundamentais. Ainda que revestidos de legalidade formal, esvaziaram o conteúdo jurídico essencial de tais direitos em determinadas relações de acesso e manutenção do poder, relação do estado com a sociedade civil e da própria sociedade civil entre si. Era mais do que natural a expectativa a respeito da inafastabilidade do Poder Judiciário do acesso à Justiça como um todo.

mais efetivos e incluindo o incentivo e promoção da consensualidade, inicialmente pelas ideias da transação e conciliação.

Portanto, receber e comemorar a inafastabilidade do controle jurisdicional do Poder Judiciário foi (e continua sendo), seja pelo cientista político, seja pelo jurista, algo mais que natural e desejado. Uma peça essencial ao xadrez desafiador do contrato social no Brasil, em especial, mas válido ao mundo.

E a inafastabilidade não só voltou como cresceu e se fortaleceu no seu campo material de tutela dos direitos fundamentais⁸ e, conseqüentemente, do próprio controle externo dos atos da Administração Pública. O controle da improbidade administrativa e seus avanços, a crescente interlocução do papel destinado aos tribunais de contas, o controle concentrado de constitucionalidade em suas ritualísticas presentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal, principalmente, consagram a inafastabilidade comemorada.

O Estado então passa a fazer mais jus à retórica de “Estado de Democrático de Direito”, como uma reconhecida participação protagonista do Poder Judiciário nas relações privadas e nas relações com a Administração Pública como um todo.

E já mesmo antes da CRFB 88 e, a partir dos intitulados Juizados de Pequenas Causas⁹ e sem desconsiderar formal e materialmente outras experiências da História do Direito e da Justiça no Brasil¹⁰, fato é que o gosto, o experimento mais contemporâneo e vivo das pessoas acordarem seus conflitos vai tomando vulto.

Os Juizados de Pequenas Causas, mormente com o crescente apelo da proteção jurídica necessária às pessoas como consumidoras de seus bens e serviços vai revelando a potencialidade e aceitação da construção consensual em juízo ou mesmo fora dele, ainda que de modo mais empírico do que necessariamente técnico em tempos comezinhos.

⁸ WENECK VIANNA, L. ... [et al]. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999.

⁹ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7244.htm.

¹⁰ A Constituição Imperial previa a ideia de “reconciliar” fazendo menção a uma condicionante do exercício da ação e processo continuado frente ao então Poder Judicial. A Justiça do Trabalho tem já a mais de meio século a ideia da consensualidade classista, inclusive. A busca pelo consenso não é necessariamente uma novidade jurídica.

O exemplo dos Procons, como Procuradorias primárias de atuação em defesa das relações de consumo e ainda presentes e importantes na grande rede de defesa dos direitos da pessoa consumidora de bens e serviços no Brasil também ratifica a potencialidade do Consenso como algo pensado, legislado e operado há mais de 35 anos no Brasil.

A CRFB prevê em seu artigo 5º, inciso XXXII a defesa do consumidor na forma da lei que, e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor¹¹, diploma com normas de direito material e processual, inclusive com elementos basilares da tutela coletiva para o país e até hoje trabalhados, como os conceitos de direitos e interesses coletivos e difusos, ao menos.

O próprio Código de Proteção e Defesa dos Consumidores apontou importantes alterações na Lei 7347/85, a Lei da Ação Civil Pública¹², formalizando os termos de compromisso e ajustamento de conduta, atualmente uma das expressões de maior formalização do consenso no país nos temas ali possíveis de serem tratados, qual seja, uma grande universalidade de direitos fundamentais (e não só direitos dos consumidores).

A experiência das pessoas poderem tratar de seus conflitos de modo mais próximo a elas em termos de linguagem, interesses e meios de como a solução poderia ser construída de fato se firmou, como se fosse, ao menos nos casos em juízo, uma ideia de resgate e aprimoramento do instituto da Conciliação como algo autônomo e não apenas ato ou etapa processual em que se buscava (e nem sempre encontrava), uma trégua, um cessar-fogo do contencioso bélico e operacional.

Na esteira dos movimentos reformadores da legislação processual com fonte doutrinária nas “ondas ou movimentos de acesso à justiça”¹³, a Lei 9099/95¹⁴ aponta um versão mais completada (à época) de um acesso ao Poder Judiciário mais simples, pensado nas pessoas e não necessariamente em todas as mesmas métricas da ritualística do

¹¹ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm.

¹² Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm.

¹³ CAPPELLETTI Mauro. GARTH Bryan. Acesso à justiça. Tradução. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 3.

¹⁴ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm.

processos judiciais da época, inclusive no tocante à participação dos advogados, facultativa até certo ponto, como se sabe, dependendo, principal mas não exclusivamente, do valor econômico da causa.

Fato é que a Lei 9099/95 posiciona a Consensualidade em destaque, como porta de entrada ritualista, parada obrigatória. E o faz tanto no cível quanto no crime, com as possibilidades do Juizados Especiais Criminais, quando se tem mais de uma oportunidade, inclusive, de se resolver o conflito por níveis e tipos diferentes de Consensualidade.

A Consensualidade por meio das audiências de conciliação se consolida no final dos anos 1990 e início dos anos 2000, principalmente com relação às grandes operadoras de prestação de serviços delegados. A Advocacia percebe a conciliação não mais como mero ato processual, mas como ferramenta útil e eficiente de ser ao menos tentada. O fenômeno que se inicia no rito da Lei 9099/95 se espalha e ganha novo fôlego no procedimento comum sumário e ordinário previstos à época do Código de Processo Civil de 2015¹⁵.

Os anos 2000 chegam ao final de sua primeira década e com ela, um movimento jurídico e político em prol da Consensualidade idem, qual seja, a Resolução CNJ 125 de 2010. Tal normatização formaliza a Política Pública Judiciária Nacional de Tratamento de Conflitos no âmbito do Poder Judiciário no Brasil. E a partir daí, reforça-se a ideia do conteúdo intrínseco e implícito da Consensualidade como integrante do princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário e também do Acesso à Justiça.

A bem da verdade, a Emenda Constitucional 45 de 2004¹⁶ proporcionando a criação do CNJ e a sua efetiva atuação ocuparam um espaço oportuno na programação e controle do Poder Judiciário no âmbito do artigo 5º, inciso XXXV da CRFB 88. E no âmbito específico sobre a Consensualidade, os tribunais logo perceberam o impacto de implementação organizacional em prol da estruturação de momentos de possível solução de conflitos que não fosse dependente, única e exclusivamente das sentenças e acórdãos substitutivos.

¹⁵ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

¹⁶ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm.

A partir de seus relevantes e simbólicos *Considerandos*, a Resolução 125/2010¹⁷ aponta o novo espaço e modelo de Justiça que se espera, não mais dependente do processo contencioso apenas. E tal proposição não era para o processo civil ou outro qualquer. Era e continua sendo para toda a extensão do Poder Judiciário, na plenitude do artigo 92 da CRFB 88 e que pode ser refletido na publicação CNJ “ Justiça em Números”.¹⁸

Os conflitos contemporâneos foram entendidos como complexos e demasiadamente diversificados para apenas receberem a rubrica de certo ou errado, procedente ou improcedente.

O art. 1º da Resolução CNJ 125/2010 destaca a particularidade, chamando atenção para a necessidade de outros meios e ferramentas de solução de conflitos. Não se trata apenas de um resgate da conciliação e agora um fomento maior para a mediação.

Ora, ainda que a Conciliação não seja uma estranha ao ethos processual e já constasse de diversas legislações ritualísticas específicas, o seu significado era mais voltado a ideia de ato ou momento processual, como encontrávamos no antigo procedimento sumário no CPC 1973, ou mesmo nas ações sob o rito especial da Lei 9099/1995, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Agora a proposta é uma espécie de universalização da possibilidade de uso da Conciliação e da Mediação para todo e qualquer tema jurídico e rito processual disponível, no sentido mais amplo que se possa ter do artigo 5º, XXXV da CRFB 88.

É de se observar que a referida Resolução CNJ 125/2010 foi por diversas vezes alterada após 2010, incrementando-se e ajustando-se à normativa superveniente, especialmente à Lei 13.105/2015¹⁹ e à Lei

¹⁷ Disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf.

¹⁸ O documento é referência anual de estudos em prol da análise quantitativa e qualitativa do acesso à justiça no Brasil e contempla dados a respeito da consensualidade. Disponível em CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2022 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>.

¹⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de., MAZZOLA, Marcelo. Manual de Mediação e Arbitragem. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 35.

13.140/2015²⁰, que instituíram, respectivamente, o à época Código de Processo Civil e a Lei de Mediação.

É bom que se diga que ainda em 2010, inicia-se formalmente a preparação parlamentar do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil e que cinco anos pós, à referida Lei 13.105/2015, o já não mais tão novo, Código de Processo Civil. Ainda em 2015, a Lei 13.140 formaliza a mediação como elemento formalmente integrante do conceito de justiça multiportas que se cunha do autor americano já desde de a segunda metade dos anos 1970.²¹

A legislação processual de 2015 (Código de Processo e Lei de Mediação) incentivam a Consensualidade judicial e extrajudicial. Incentivam, outrossim, a autocomposição de conflitos com a Administração Pública, como, por exemplo, ocorre já na unidade federativa do Estado do Rio de Janeiro, com as iniciativas tomadas no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE.²²

Interessante as experiências menos volumosas mas tecnicamente promissoras dos dispute boards, como espaço e instrumento de regulação de direitos mais complexos com a Administração Pública.²³

Não menos significativo foi a ocorrência e impacto na esfera do acesso à justiça da andemia da Covid -19, quando as tentativas do consenso se tornaram, em alguns casos, quase que a única solução possível e foram muitas vezes implementadas na ambiência digital²⁴, abrindo caminho a prática até os nossos dias.

²⁰ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm.

²¹ SANDER, Frank. Entrevista realizada com o Professor Frank Sander na qual se retrata a sua famosa fala e identificação sobre os problemas de administração da justiça em 1976. Disponível em <https://blogs.brighton.ac.uk/chinwe/2020/04/20/an-interview-with-prof-frank-sander-on-the-multi-door-courthouse/>.

²² A respeito da iniciativa da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, consultar o site a farta legislação e operação permissiva ao consenso. Disponível em <https://pge.rj.gov.br/mais-consenso>.

²³ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Justiça multiportas e advocacia pública. Rio de Janeiro: GZ, 2021, p. 156-162.

²⁴ ALMEIDA, Marcelo Pereira de, PINTO, Adriano Moura da Fonseca. Os impactos da pandemia de COVID 19 no Sistema de Justiça – algumas reflexões e hipóteses. Revista Juris Poiesis - Rio de Janeiro. Vol.23 - n° 31, 2020, p.8.

Os itens abordados até então são apenas uma parcela, ainda que já significativa a respeito da oferta de momentos de Consensualidade no acesso à justiça no Brasil. Outras áreas do direito, como o penal, trabalhista, previdenciário e o direito administrativo como um todo já trabalham com juridicidades de soluções não impositivas na solução dos conflitos.

É incontroverso que as inovações legislativas rumam desde a CRFB 88 com movimentos mais ou menos intensos e gradativamente mais organizados na inserção da Consensualidade como um conteúdo mínimo inerente ao direito fundamental de inafastabilidade e acesso à justiça via Poder Judiciário.

3. Considerações finais

As linhas do presente texto fazem parte de uma construção dos autores em prol do reconhecimento da existência de um direito fundamental ao consenso, assim entendido como o direito de ser ofertado a todas as pessoas naturais e jurídicas uma solução consensual aos conflitos sociais judicializados ou não.

Trata-se de uma consequência das inovações legislativas que, reconhecendo a sociedade contemporânea, suas relações jurídicas que se estabelecem e a propensão, não mera substituição, de se tentar solucionar conflitos com a participação mais direta dos próprios personagens interessados, ainda que tutelados por facilitadores, como os conciliadores e mediadores, principalmente.

Imaginar que o caminho legislativo desde 1988 vem sendo construído em prol da Consensualidade e não reconhecer tal direito como fundamental é uma incoerência em si só. E fazer letra morta dos artigos 1º a 12 do Código de Processo Civil, com especial deferência ao artigo 3º, que exalta e tipifica a extensão da inafastabilidade e do acesso à justiça.

E mais, o reconhecimento legislativo a outros meios de solução de conflitos de modo consensual revela em sua essência um reconhecimento de capacidade e manifestação de vontade inerente aos seres humanos e suas formas de organização (individual ou coletiva). Não há necessidade para o reconhecimento de essencialidade humana em acordar seus

desacordos. Mais humano e, no caso aqui em questão, fundamental é impossível e desnecessário.

E um trabalho em construção, com visão da cientista política e do jurista, mas que continuará a agregar evidências legislativas e em outras produções, dados quantitativos que refletem cada vez mais a participação coletiva em prol do reconhecimento do direito fundamental ao consenso.

Referências

ALMEIDA, Marcelo Pereira de, PINTO, Adriano Moura da Fonseca. Os impactos da pandemia de COVID 19 no Sistema de Justiça – algumas reflexões e hipóteses. **Revista Juris Poiesis** - Rio de Janeiro. Vol.23 - n° 31, 2020, pg.01-15.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 02 Nov 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 02 Nov .2023.

BRASIL. **Decreto 11.328**. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2023-2026/2023/Decreto/D11328.htm#art4>. Acesso em 02 Nov 2023.

BRASIL. **Lei 10259**. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm>. Acesso em 02 Nov 2023.

BRASIL. **Lei 12.153**. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm>. Acesso em 02 Nov 2023.

BRASIL. **Lei 13140**. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 02 Nov 2023.

BRASIL. **Lei 9099**. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em 02 Nov 2023.

BRASIL. **Resolução CNJ 125/2010**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em 02 Nov 2023.

CAPPELLETTI Mauro. GARTH Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>>. Acesso em 02 Nov 2023.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, MAZZOLA, Marcelo. **Manual de Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e o Necessário Redimensionamento da Intervenção Judicial na resolução de conflitos na contemporaneidade. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 241-271, set.-dez., 2019.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Justiça multiportas e advocacia pública**. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

SANDER, Frank. **Entrevista realizada com o Professor Frank Sander** na qual se retrata a sua famosa fala e identificação sobre os problemas de administração da justiça em 1976. Disponível em <https://blogs.brighton.ac.uk/chinwe/2020/04/20/an-interview-with-prof-frank-sander-on-the-multi-door-courthouse/>>. Acesso em 02 Nov 2023.

WENECK VIANNA, L. ... [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999.

TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: ESPAÇOS E PASSOS DO CONSENSO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO

*Lilia Nunes Silva*¹

*Marcelo Pereira de Almeida*²

1. Considerações Iniciais

O escopo do ensaio é refletir sobre pontos fundamentais dos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) e analisar a consensualidade para além da mera ausência de dissidência entre os pactuantes, pensando-a em viés mais democrático, plural e inclusivo, centrada no direito à participação dos titulares dos direitos objeto do acordo.

Desenvolve-se com método qualitativo, na modalidade de pesquisa bibliográfica, com a utilização de obras e artigos científicos. Realizou-se, também, pesquisa documental, por meio da análise de legislação e projetos de lei que se relacionam ao tema.

¹ Doutoranda no Programa de Pós-Graduação Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (PPGDIN/UFF) - Bolsista CAPES. Mestre em Direito (Universidade Católica de Petrópolis), Especialista em Direito Processual (Universidade Federal de Juiz de Fora) e Direito Material e Processual do Trabalho (Faculdade Damásio de Jesus). Graduada em Direito (DOCTUM/JF). Pesquisadora. Advogada. E-mail: lilianuness@hotmail.com – Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1765941139958947>.

² Pós- Doutor em Direito Processual pela UERJ. Pós- Doutorando em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Professor Adjunto de Direito Processual da UFF; Professor do PPGDIN da UFF (doutorado); Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Professor Permanente do PPGD (mestrado) da UCP; Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual do Unilasalle/RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC). Advogado. E-mail: mpalmeida04@yahoo.com.br – Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0245213114864531>.

Para alcançar os objetivos propostos, o texto foi dividido em duas seções para, ao final, realizarem-se algumas inferências sobre o tema no tocante à resolução consensual e extrajudicial de conflitos.

A primeira seção, tratou dos aspectos ontológicos do TAC e das principais disposições normativas, discutindo-se pontos sensíveis como a indisponibilidade do interesse público e dos direitos coletivos e a natureza jurídica do instituto, bem como a tendência de maior negociabilidade em sede de acordo extrajudicial.

Na segunda seção, tratou-se da legitimação para celebração do TAC, suas formas de concretização e a importância da participação dos interessados/atingidos durante a negociação do ajuste como maneira de garantir a legitimidade da sua celebração, inclusive descrevendo técnicas e ferramentas de interação entre legitimados e interessados/atingidos, focando a discussão do assunto fora do ambiente judicial e sob a perspectiva do devido processo legal.

2. Desenvolvimento

A intangibilidade do interesse público, considerado um dogma, se materializa pelo princípio da indisponibilidade do interesse público que, durante muito tempo, obstaculizou a resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público, haja vista que, esses direitos – inerentes ao Poder Público e pertencentes a coletividade, não se mostravam passíveis de livre disposição (Di Pietro, 2006, p. 84).

O princípio em tela, ao limitar a atuação dos agentes estatais, busca proteger os direitos da coletividade, exigindo a necessidade de se refletir sobre a possibilidade negociação de direitos indisponíveis, haja vista a normatização atual que motiva a adoção dos métodos de resolução consensual de conflitos em âmbito individual e coletivo – não necessariamente no plano do Poder Judiciário – e a visão contemporânea de que a própria concepção de jurisdição vem ganhando novos contornos, principalmente pela inserção dos espaços de consensualidade, cada vez mais fortalecidos e incentivados, inclusive para solucionar conflitos envolvendo direitos coletivos *lato sensu*.

Uma das formas de proteção de direitos transindividuais que pode se revelar fora da esfera judicial são os Termos de Ajustamento de

Conduta (TAC), também nominados como Compromissos de Ajustamento de Conduta (CAC), que consistem em instrumentos de resolução negociada de conflitos envolvendo direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, principalmente litígios complexos, muito utilizado pelos órgãos públicos, principalmente pelo Ministério Público, no âmbito extrajudicial e judicial.³

O referido mecanismo foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA)⁴ e generalizada a possibilidade de pactuação, junto ao causador de danos a direitos coletivos, com a inclusão do § 6º ao artigo 5º da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública - LACP), pelo Código de Defesa do Consumidor⁵, permitindo sua utilização pelos órgãos públicos legitimados à propositura da ação coletiva, em tese, envolvendo quaisquer bens jurídicos tuteláveis via ação civil pública.

Na concepção originária do Termo de Ajustamento de Conduta se revelava impositiva e, muitas vezes arbitrária, com margem de negociação extremamente limitada, diante principalmente, da indisponibilidade do interesse público, presente de forma quase intransponível nos discursos que permeavam os espaços de solução de conflitos coletivos, geralmente em âmbito de inquérito civil já instaurado ou em ação civil pública ajuizada.

Gradualmente as formas consensuais de resolução de conflitos foram ganhando espaço no cenário brasileiro, a partir de iniciativas em diversos setores da sociedade e de instituições, como o CNJ que, no ano de 2010 editou a Resolução n. 125, dispondo sobre uma política nacional de resolução consensual de conflitos em todos os seguimentos do Poder Judiciário. A legislação acompanhou esse movimento, tendo destaque a

³ No âmbito jurisdicional, os TACs são frequentemente firmados de forma incidental, no curso de ações civis públicas que versam sobre litígios complexos.

⁴ Art. 211. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.

⁵ Art. 5. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
(...)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei n. 8.078, de 11.9.1990).

Lei n. 13.105/15, que instituiu o CPC atual e a Lei n. 13.140/15, a denominada Lei de Mediação. Esse incentivo a utilização de meios consensuais afetou invariavelmente a configuração e o tratamento dado ao Termo de Ajustamento de Conduta, transformando-o em instrumento mais propício a negociações que permitem a resolução dialógica de conflitos complexos envolvendo direitos coletivos em sentido amplo.

Neste sentido, a Resolução n. 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) conceituou o TAC no artigo 1º como “instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração”.

A base normativa do TAC é clara sobre a legitimidade para a sua celebração pelos órgãos públicos que podem propor a ação civil pública, mas a utilização pelo Ministério Público ocupa lugar de destaque, compreensível diante da tradição da instituição na composição judicial e extrajudicial de conflitos de interesses (Mazzili, 2006, p. 2) e missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF/88).

Os regramentos internos do Ministério Público⁶ nos últimos anos tem dado especial atenção ao incentivo do emprego de métodos consensuais, em alinhamento ao sistema de justiça multiportas, uma tendência de ampliação da negociabilidade no âmbito dos TACs,

⁶ Veja-se o artigo 14 da Recomendação n. 16/10 do CNMP - “Art. 14. O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados”; a Resolução Conjunta n. 2/2011 do CNMP e CNJ, que determina a criação de um cadastro nacional de Ações Civas Públicas, Inquéritos Civas e Termos de Ajustamento de Conduta; a Resolução n. 118/2014 do CNMP, que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e; a já citada Resolução n. 179/2017 do CNMP, que disciplina, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta.

afastando-o de forma gradual do seu contexto embrionário de viés mais impositivo.

O movimento em direção à consensualidade afetou os debates em relação a natureza jurídica do TAC que, conforme ressaltado por Humberto Dalla (2017, p. 175) apresenta, basicamente, dois posicionamentos: os que a entendem como uma transação especial e, aqueles que o enxerga como ato jurídico atípico.

Para Hugo Nigro Mazzilli (2006, p. 8) “o compromisso de ajustamento de conduta não tem natureza contratual, pois os órgãos públicos que o tomam não têm poder de disposição”, não se tratando, portanto, de verdadeira e própria transação, pois se assim o fosse, implicaria em poder de disponibilidade do próprio direito material controvertido, o que não é o caso. No mesmo sentido Tesheiner e Pezzi (2013, p. 79), apontam que ao considerarem “como um acordo substitutivo, ato administrativo complexo regido pelo direito administrativo, é a que melhor atende à natureza do ato, tendo em vista sua finalidade (aplicação do direito objetivo) e a necessária participação de um órgão do poder público”.

Thereza Alvim (2020, p. 4), afirma que a natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta deve ser analisada a partir da Teoria do Fato Jurídico que, mesmo encontrando tratamento mais adequado no âmbito do Direito Civil, importa a toda Teoria Geral do Direito. Para a autora, os conceitos são de utilidade para qualquer área da Ciência Jurídica, não podendo, sob qualquer perspectiva, ser ignorados, sendo, ademais, de grande relevância o seu aproveitamento nas demais áreas. Na conceituação mais difundida, os fatos jurídicos *lato sensu* hão de ser divididos em conformidade com as suas características em: fato jurídico, ato-fato jurídico e ato jurídico *lato sensu*, sendo este último dividido em ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico. Com essa afirmação, sustenta a autora a natureza jurídica do TAC em uma modalidade de negócio jurídico.

Talden Farias (2023, p. 6), sustenta que o TAC se configura como título executivo extrajudicial oriundo de uma transação entre um ou mais dos legitimados públicos aptos à propositura de ação civil pública e um ou mais potencialmente violadores de direitos transindividuais, sem ressalva para nenhum desse rol de interesses. Para o autor, esse acordo tem por objetivo impedir a ocorrência ou a continuidade de ações

judiciais e, em regra, possui *a priori* conotação extraprocessual, devendo ser mais delimitado possível em liquidez e certeza, do contrário dificultará eventual execução. Prossegue afirmando ser possível fazer a transação parcial das obrigações sem impedir a celebração de outro acordo ou a propositura de uma ação judicial quanto às demais obrigações, “pelas razões de celeridade, efetividade e voluntariedade, não haveria razão para não se formalizar a negociação da parte incontroversa, o que guarda total consonância com a sistemática processual atual” (Farias, 2023, p. 6).

Mais recentemente, percebe-se a tendência de defesa de uma nova diretriz quanto à negociabilidade dos direitos coletivos, pois os posicionamentos rígidos baseados em argumentos genéricos vêm impedindo a efetividade do TAC na prática e é *prejudicial a manutenção do dogma onipotente da indisponibilidade absoluta do direito material coletivo* – quando afasta o mínimo de margem negocial apto à efetivação da avença (Dalla, 2017, p. 177).

Na direção de fortalecimento dessa tendência, além do Código de Processo Civil de 2015 e a Lei n. 13.140/2015 (Lei de Mediação), importante mencionar o Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), segundo o qual a indisponibilidade do direito exclusivamente considerada não veda a autocomposição⁷.

Quanto às projeções legislativas, o Projeto de Lei n. 4.441/2020 parece caminhar no mesmo sentido, ao dispor, em seu art. 29, que os conflitos “envolvendo direitos difusos, e coletivos poderão ser objeto de autocomposição parcial, total, definitiva ou temporária por meio de compromisso de ajustamento de conduta”. E, no parágrafo segundo do art. 32, em vez de uma imposição à adjudicação estatal, parece a homologação judicial ser compreendida como mera faculdade, eis que a sua redação diz que o “compromisso de ajustamento de conduta e o acordo coletivo extrajudicial poderão ser levados para homologação judicial”.

Nesta linha de entendimentos, não seria condizente transacionar livremente direitos materiais em sede de TAC, mas buscar por esta via formas mais interativas, flexíveis e céleres de reparação do dano causado

⁷ 135. (art. 190) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual. (Grupo: Negócios Processuais). Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em 30jun.2023.

ou da sua iminência durante a negociação fora do ambiente judicial, legitimando desse modo a sua pactuação, para proteger o interesse público de manutenção da ordem social, ambiental, de saúde, dentre outros, e que são previstos como fundamentais à sociedade.

Poliana Mata (2022, p. 4), ao afirmar ser o compromisso de ajustamento de conduta “um instrumento de acesso à justiça coletiva”, esclarece antes não poder ser negociado o direito transindividual indisponível objeto do TAC, porém, “as sanções, o modo (obrigação de fazer; não fazer e dar), o lugar, o tempo e as sanções nele previstas para o cumprimento da reparação do dano ou para o afastamento da ameaça transindividual são passíveis de disposição”.

A transação não acarretaria, ao mirar a proteção e efetivação de direitos transindividuais, a renúncia deles, observando que seu objetivo é a adequação da conduta dos agentes causadores da ameaça ou lesão às exigências legais e constitucionais, fazendo-o com a cominação de obrigações de fazer ou não fazer; a estipulação de sanções por condutas já concretizadas ou em caso de descumprimento do acordado; o estabelecimento de formas de reparação do dano e a fixação de indenizações.

Por fim, destaca-se a inferência de Mazzilli em vista dos argumentos sobre a natureza do TAC, ao indicar que este mecanismo constituiria “garantia mínima em prol da coletividade” e, assim, não impediria outros legitimados ou lesados individuais a requerer em juízo além do que foi objeto do acordado (2006, p. 8). Na percepção do autor, poderá ocorrer o controle do ajuste pelos não participantes nas situações em que se constatar que não foi observado, de fato, a proteção e a efetivação dos direitos transindividuais em seu bojo. Ponto que será tratado com mais vagar na seção seguinte.

A LACP indica que são legitimados à celebração do TAC (artigo 5º, §6º) os órgãos públicos, sendo eles o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e; por corolário lógico, a Advocacia Pública.

Sobre esse tema, Mazzilli (2006, p. 8) alerta que os órgãos pelos quais o Estado administra o interesse público, na chamada administração indireta (como autarquias, fundações públicas ou empresas públicas), lhes

é permitido tomar compromissos de ajustamento quando atuam na qualidade de entes estatais (enquanto prestadores de serviço público). Todavia, em relação aos órgãos dos quais o Estado participe concorrendo na atividade econômica sob condições empresariais, não é possível conceder-lhes essa prerrogativa de firmar TACs, “sob pena de estimular desigualdades afrontosas à ordem jurídica, como é o caso das sociedades de economia mista ou das empresas públicas, quando ajam em condições de empresas de mercado” (Mazzili, 2006, p. 8).

Em relação aos TACs firmados de forma incidental nos processos que veiculam pretensões advindas de ações civis públicas, não há nenhum tipo de restrição quanto ao legitimado que promoveu a ação e propôs o firmamento do termo, haja vista que o Ministério Público funcionará como fiscal da ordem jurídica e a proposta passará pelo crivo de homologação judicial. Nesta hipótese, inclusive se a ação civil pública foi ajuizada por um ente privado, como uma associação, poderá propor o firmamento de um TAC, pois passará pela análise dos demais atores que funcionarão no feito e, eventualmente, será homologado, se preencher os requisitos legais.

Em ensaio que tratou da legitimidade dos órgãos públicos na celebração do TAC, Fonseca, Zaneti Jr. e Schimidt (2022) problematizaram se há espaço normativo para exigir desses legitimados a representatividade adequada como elemento essencial no âmbito extrajudicial, no qual “se concluiu que a representatividade adequada, à primeira vista, pode ser aplicada ao TAC, sobretudo no legitimado ativo e, a depender do tipo de litígio, no controle e participação pelos grupos e subgrupos atingidos” (Fonseca, Zaneti Jr. e Schimidt, 2022, p. 14). Um argumento imprescindível para a constatação e que aqui importa salientar é a necessidade, sempre que possível, da interação com os grupos afetados, a fim de propiciar atuação não unilateral e democrática (Fonseca, Zaneti Jr. e Schimidt, 2022, p. 4).⁸

Na esteira do entendimento exposto anteriormente sobre a limitação da celebração de ajustes por órgãos públicos quando atuem na

⁸ No presente ensaio, a representatividade adequada é entendida como aquela em que o legitimado realmente defenderá os interesses do grupo social e/ou bem jurídico afetado pela ameaça ou dano causado, por não ser mero representante previsto pela norma jurídica, mas quem realmente conhece os anseios e necessidades dos atingidos.

atividade econômica sob condições empresariais, se mostra relevante pensar no controle da legitimidade adequada para as negociações afetas ao TAC, uma vez que, em muitas situações de lesão a direitos fundamentais (ou iminente ameaça), são os próprios órgãos públicos – em atuação insuficiente ou omissão – que também contribuíram para a sua ocorrência⁹.

Dentro dessa vertente que se insere a importância da participação dos atingidos no processo de construção do ajuste, eis que são os maiores beneficiários do TAC por serem a parcela da sociedade que ordinariamente sofre as violações de direitos fundamentais e os respectivos efeitos.

O direito à participação, segundo Vitorelli e Barros, num primeiro momento, deve ser precedido da compreensão de que a participação consiste em “imperativo ético e que implica modelos de comportamentos a serem seguidos pelos profissionais que atuam em litígios coletivos” (2022, p. 79), bem como seus valores subjacentes: autonomia – capacidade de autodeterminar-se -; segurança – previsibilidade e estabilidade em relação às atividades jurisdicionais, relacionando-se a informação – e; racionalização – compreensão das injustiças para resolvê-las (2022, p. 80-83).

Nesta linha de pensamento, o direito à participação seria constituído dos elementos interação, informação e procedimentalização. A interação, como expressão do valor autonomia, deve ser compreendida como poder de influência recíproca, decorrente da atuação dos legitimados com os grupos sociais atingidos, para conhecimento local e das manifestações dos titulares dos direitos. A informação, como expressão do valor segurança, enseja que todos os envolvidos saibam dos elementos litigiosos e suas consequências, sendo

⁹ Exemplo disso é o caso do rompimento de barragem gerador do desastre do Rio Doce e que foi objeto de análise no ensaio de Fonseca, Zaneti Jr. e Schimidt, no qual o Ministério Público manifestou-se contrário à homologação do TAC celebrado entre as empresas responsáveis pela barragem e a União e Estados do Espírito Santo e de Minas Gerais, e propôs ação autônoma de reclamação contra a decisão que a homologou na Justiça Federal (2022, p. 6). As razões de discordância estavam diretamente ligadas a falta de interação com os atingidos e vítimas do evento danoso e a possibilidade de corresponsabilidade dos próprios entes públicos para a ocorrência do desastre.

a informação veiculada de forma veraz, contínua, tempestiva, completa e compreensível. A procedimentalização, como expressão do valor racionalização, consiste na necessidade de procedimentos que permitam a interação e o fluxo de informações entre os envolvidos (Vitorelli e Barros, 2022, p. 98-102).

No desenho atual do TAC, destacam-se algumas possibilidades do emprego de metodologias variadas para que a construção seja mais participativa, podendo ser citadas: expedição de recomendações; realização de audiência pública envolvendo gestores públicos, entidades diversas, médicos, doulas e representantes da sociedade civil (artigo 1º, § 4º da Res. 179/2017 do CNMP); colheita de depoimentos ao longo de todo o procedimento; delimitação dos eixos a serem trabalhados; reuniões administrativas com o Poder Público para negociação de cláusulas do TAC, contando com secretários municipais, procuradores, lideranças dos movimentos sociais, advogados e diretores técnicos de hospitais públicos e privados; e visitas *in loco*.

Além dessas ferramentas, Vitorelli e Barros discorrem sobre a realização de reuniões (2022, p. 187), que são *veículos simples de efetivação de práticas participativas*, para as quais deverão estabelecer-se objetivos específicos – elaboração de pauta(s); construção de encaminhamentos que reflitam ações concretas; prazos e responsáveis pela sua execução e; um condutor que zele pelo não desvio da(s) pauta(s) – e a assessoria técnica independente (2022, p. 192), isto é, uma equipe de profissionais posta à disposição dos grupos titulares dos direitos para permitir a participação qualificada destes titulares¹⁰.

A lógica dos TACs, portanto, carrega em si a imprescindibilidade de mecanismos de controle, que não precisam obrigatoriamente estar no Poder Judiciário, visto a homologação judicial do ajuste ser desnecessária ante a eficácia de título executivo extrajudicial conferida pela lei (Dalla, 2017, 197).

De início, a própria participação de atores sociais e atingidos durante as fases de negociação até a celebração do termo configura forma

¹⁰ Pela limitação do estudo, para melhor entendimento da ferramenta, indispensável a leitura do Capítulo 3 da obra citada, que trata especificamente da matéria (PROCESSO COLETIVO E DIREITO À PARTICIPAÇÃO: Técnicas de atuação em litígios complexos, 2022, p. 197-344).

plural e democrática de controle, tanto quanto de entidades técnicas e/ou científicas e órgãos colegitados, conforme se depreende da exposição em linhas anteriores.

No caso do Ministério Público, o artigo 6º da Resolução n. 179/2017 do CNMP¹¹ prevê ser atribuição de cada Conselho Superior a criação de mecanismos de controle do cumprimento do TAC e a revisão pelo órgão superior do arquivamento do inquérito civil ou do procedimento no qual foi tomado, exceto quando foi levado para homologação do Poder Judiciário.

Um ato incompatível e que impossibilita o controle são os ajustes celebrados sob sigilo, os chamados “acordos de gabinete” ou “acordos sigilosos” que, apesar de não haver regra definitiva sobre o tema devem ser vedados (Vitorelli e Barros, 2022, p. 184), ainda que realizado por legitimados aparentemente adequados pela finalidade de sua existência.

E embora a desjudicialização seja o foco dos objetivos do texto, é pertinente lembrar a possibilidade de impugnação judicial do TAC (que seria o meio ordinário de controle)¹², seja pelos legitimados que não participaram do ajuste, como pelos próprios interessados e atingidos pelos resultados do compromisso, sendo certo o cabimento quando aconselhável a participação formal destes ou, ao menos, a sua oitiva e/ou consulta antes da pactuação.

O direito à participação orbita na esfera do devido processo legal, direito processual fundamental garantido pela Constituição brasileira e,

¹¹ Art. 6º Atentando às peculiaridades do respectivo ramo do Ministério Público, cada Conselho Superior disciplinará os mecanismos de fiscalização do cumprimento do compromisso de ajustamento de conduta tomado pelos órgãos de execução e a revisão pelo Órgão Superior do arquivamento do inquérito civil ou do procedimento no qual foi tomado o compromisso, observadas as regras gerais desta resolução.

§ 1º Os mecanismos de fiscalização referidos no caput não se aplicam ao compromisso de ajustamento de conduta levado à homologação do Poder Judiciário.

§ 2º A regulamentação do Conselho Superior deve compreender, no mínimo, a exigência de ciência formal do conteúdo integral do compromisso de ajustamento de conduta ao Órgão Superior em prazo não superior a três dias da promoção de arquivamento do inquérito civil ou procedimento correlato em que foi celebrado.

¹² Consentâneo a importância e essencialidade da participação dos atingidos e entidades técnicas e científicas em negociações extrajudiciais envolvendo direitos coletivos, os autores compreendem que o mesmo entendimento deve ser aplicado ao longo de procedimentos judiciais que visem a tutela destes direitos.

no âmbito coletivo, o diálogo entre legitimados e atingidos figura como parte essencial das soluções negociadas extrajudicialmente.

Na tendência de aperfeiçoamento do TAC, podem ser pensadas outras ferramentas facilitadoras de ajustes de conduta, pela leitura do artigo 8º, 140 e 178 do CPC/15, fica aparente a ampliação das possibilidades de sua utilização a partir da adoção da expressão “ordenamento jurídico”, assim como pelas mudanças metodológicas decorrentes da instituição como norma fundamental do processo a promoção e fomento da resolução consensual de conflitos pelo Estado e demais sujeitos processuais técnicos (juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público).

No âmbito processual, convém citar instrumentos como o procedimento de produção antecipada de prova e o modelo de precedentes como meios hábeis à potencialização de acordos e TACs, dentro ou fora do ambiente judicial. Na primeira hipótese, ao prever no artigo 381, inciso II do CPC a sua admissão no caso em que a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito, o proveito obtido na sua produção atuaria como forma de demonstração da probabilidade do direito. E, na segunda, ao prever no artigo 927, inciso III do CPC que os juízes e tribunais observarão os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, o entendimento consolidado dos tribunais atuaria como alerta de futura demanda com êxito em relação ao direito¹³.

Em ambas as hipóteses, quando resultarem em demonstração de viabilidade de provimento judicial favorável ao direito objeto do ajuste pretendido, são estratégias importantes que a legislação processual dispõe para uso dos legitimados.

Nesse movimento de valorização dos espaços de consensualidade, que muitas vezes resultam em acordos formalizados em TACs, não se pode perder de vista a necessidade de observância da matriz do devido processo legal, neste particular o contraditório em sua mais intensa

¹³ E em alinhamento à possibilidade de utilização dos precedentes como fomento à resolução extrajudicial de conflitos, a Resolução n. 325/2020 do CNJ, que dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026.

expressão, pois do contrário ter-se-á um espaço de resolução de conflitos com verniz democrático, mas de cariz autoritário.

Outro aspecto que merece destaque diz respeito aos TACs incidentais firmados em sede de ações civis públicas. Nestes casos, a participação do juiz deve cingir-se apenas a homologação, não sendo lícito participar como mediador das negociações, como frequentemente se observa no cotidiano forense. Esse cuidado se mostra necessário para evitar comprometimento da imparcialidade, com possível enviesamento cognitivo, diante do contado com os diálogos dos atores que negociam. Sugere-se, caso necessário, que mediadores ou conciliadores sejam empregados, uma vez frustradas as negociações diretas para o firmamento do TAC.

3. Conclusões finais

Os pontos apresentados no presente ensaio revelam um gradual incremento de métodos que valorizam a consensualidade para se buscar a resolução de conflitos complexos que envolvem direitos metaindividuais de toda a sorte e, o Termo de Ajustamento de Conduta parece representar o principal mecanismo voltado a formalizar esse movimento, cada vez mais crescente.

A atuação adjudicada do Estado para solucionar litígios dessa natureza, que afetam diversas zonas de interesse, alinhada a vetusta noção de intangibilidade do interesse público, indica a necessidade de se transpor obstáculos implantados sob perspectivas sociais, políticas, jurídicas e econômicas desconectadas das necessidades atuais.

A valorização dos espaços de diálogo para obter soluções participativas – decorrentes da interação dos legitimados com os atingidos e interessados – fortalece os regimes democráticos e republicanos e assim, a consensualidade tem aptidão para ser entendida de forma mais ampla, para além do mero consenso entre os pactuantes, passando a integrar os entes e grupos sociais afetados pelos danos ou ameaça de danos a direitos transindividuais. Conseqüentemente, os TACs celebrados extrajudicialmente, e não incidentais ao processo judicial, gozarão de maior legitimidade perante a sociedade.

O TAC na versão originária, apresentava feição autoritária, mas, com o aumento dos influxos da consensualidade, adquiriu feições que apontam para um aprimoramento de métodos de resolução de conflitos cada vez mais complexos, característicos das sociedades contemporâneas.

Os pêndulos estruturais de esferas públicas da atualidade, alicerçados em previsões normativas mais recentes, parecem caminhar em direção a consensualidade como forma adequada de administração de conflitos dessa natureza.

Referências

ALVIM, Thereza; CUNHA, Ígor Martins da. Termo de Ajustamento de Conduta, mediação e conciliação: uma breve reflexão a respeito do negócio jurídico que previne ou resolve conflito que envolve direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. **Revista de Processo**, vol. 304/2020, p. 379-404, Jun/2020, DTR\2020\7332.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n. 4.441/2020**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1927512&filename=PL%204441/2020. Acesso em 30jun.2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 76 de 08 de setembro de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3462>. Acesso em 30jun.2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 325 de 29 de junho de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original182343202006305efb832f79875.pdf>. Acesso em 30jun.2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Recomendação n. 54, de 28 de março de 2017**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf>. Acesso em 30jun.2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução Conjunta n. 2 de 2011**. Disponível em: <https://www.c>

nmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/86#:~:text=Institui%20os%20cadastros%20nacionais%20de,conduta%2C%20e%20d%C3%A1%20°utras%20provid%C3%AAs. Acesso em 30jun.2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução n. 118 de 1º de dezembro de 2014.** Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-118-1.pdf>. Acesso em 30jun.2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução n. 16 de 28 de abril de 2010.** Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_16.pdf. Acesso em 30jun.2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução n. 179, de 26 de julho de 2017.** Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em 30jun.2023.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo.** 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FARIAS, Talden. Termo de Ajustamento de Conduta e resolução negociada de conflitos. **Revista de Processo**, vol. 338/2023, p. 227-254, Abr/2023, DTR\2023\826.

FONSECA, Bruno Gomes Borges; ZANETI JR, Hermes; SCHIMIDT, Rafaella. ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A LEGITIMAÇÃO ADEQUADA E A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NA CELEBRAÇÃO DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUCTA A PARTIR DO DESASTRE DO RIO DOCE. **Revista de Processo**, vol. 324/2022, p. 267-300, Fev/2022, DTR\2022\41.

MATA, Poliana Moreira Delpupo. O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUCTA E A ARBITRAGEM COLETIVA COMO INSTRUMENTOS DE ACESSO À JUSTIÇA COLETIVA. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 75/2022, p. 169-189, Out – Dez/2022, DTR\2022\16960.

MAZZILLI, Hugo Nigro. COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUCTA: EVOLUÇÃO E FRAGILIDADES E ATUAÇÃO DO

MINISTÉRIO PÚBLICO. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 41/2006, p. 93-110, Jan - Mar/2006, DTR\2006\25.

PINHO, H. D. B. **Jurisdição e pacificação**. Curitiba: CRV, 2017.

TESHEINER, José Maria; PEZZI, Sabrina. Inquérito civil e compromisso de ajustamento de conduta. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 67-94, maio/ago 2013.

VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. **Processo coletivo e direito à participação**: Técnicas de atuação em litígios complexos. JusPodvim: São Paulo, 2022.

DIREITO EMPRESARIAL E CONSENSO: MEDIAÇÃO, A QUIMERA JUDICIAL

Wagner de Mello Brito¹

1. Considerações Iniciais

John Merryman em conhecida obra acerca das tradições jurídicas ocidentais afirma que uma tradição jurídica, não se identifica simplesmente com um conjunto de normas, regras, leis, procedimentos e instituições jurídicas, mas sim, com um conjunto de atitudes e representações profundamente arraigadas e historicamente condicionadas sobre a natureza e o papel do direito na sociedade, assim como sobre a organização de um sistema legal. Neste sentido ele relaciona a tradição jurídica, com os seus traços fundamentais, seus procedimentos e instituições, com a cultura, da qual é uma expressão parcial (Merryman, 1969).

Devo esclarecer que uso a categoria “tradição” com conotação que normalmente é empregada nos estudos jurídicos e antropológicos (Baptista, 2013; Ferreira, 2013; Mendes, 2012; Figueira, 2008) como algo

¹ Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (2013); Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF (2003). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (1993). Bolsista e Pesquisador Produtividade da Universidade Estácio de Sá - UNESA (2015-2018). Pesquisador do Instituto de Estudos Comparados de Administração Institucional de Conflitos - INCT-InEAC. Professor da Graduação da Universidade Estácio de Sá (2000/2018); Professor da Graduação do Centro Universitário La Salle - RJ (UNILASALLE - RJ) - (2018); Professor Substituto da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (2005). Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - (EMERJ). Professor de Pós Graduação Lato Sensu - Direito Penal e Processo Penal - EAD - UNESA. Professor da Programa de Pós-Graduação em Direito (Lato Sensu) PUC-Rio; Advogado com atuação profissional na área de Direito Empresarial, Tributário, Bancário, Penal - Econômico, Direito Civil e Processo Civil. Sócio Fundador da MB Advogados - Consultor Jurídico e Advogado do Sindicato das Indústrias Mecânicas e de Materiais Elétricos do Município do Rio de Janeiro - SIMME/RJ - Filiado à Firjan - Federação das Indústrias do Rio de Janeiro.

que se reproduz entre os membros de um determinado grupo ou sociedade e que, portanto, se propaga implicitamente nos comportamentos dos operadores do direito sem que eles disso se deem conta explicitamente. O campo jurídico cartorário observado reflete este fenômeno, pois é comum a convivência entre parâmetros normativos – leis e atos administrativos – e parâmetros doutrinários, mas que não apresentam sintonia com as práticas desses mesmos operadores, que os conhecem e os citam, para, entretanto, terem sua prática orientada por outros princípios também tradicionais e implícitos (Kant De Lima, 2013).

2. Desenvolvimento

Neste diapasão, entendo a tradição jurídica como parte da cultura da sociedade em que esta mesma tradição jurídica se insere. Assim sendo, a cultura jurídica é apenas parte da cultura de uma sociedade. Esta cultura jurídica é explicitada dentro de um campo, o campo jurídico brasileiro, em que neste artigo um recorte específico de uma categoria analítica das mais relevantes na ordem jurídica brasileira, especialmente na sua constituição interna, qual seja o princípio normativo da razoável duração do processo², a qual é atribuída aos atores que efetivamente detêm maior parcela de poder neste campo e, através dela, dispõem da capacidade de administrar os conflitos que recebem, isto é, o Poder Judiciário.

A dinâmica do processo brasileiro é fundamentalmente centrada em “*descobrir a verdade*” dos fatos que pode ser identificado como o propósito dos julgadores, tanto quando tratam de matéria penal como quando tratam de matéria civil. Este sistema é denominado sistema de inquérito, que embora mais explicitado no processo penal, é cada vez mais presente no processo civil em face do fato de que o processo (penal ou não penal) é cada vez mais associado à finalidade pública de efetividade integral do direito, de maneira que alguns autores afirmam que “*seria inadequado admitir que ele (o processo civil) gerasse uma injustiça quando há meios para se buscar a justiça* e, em função desta visão é que se

² Constituição da República Federativa do Brasil – art. 5º (...) - 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.

interpreta o art. 370 do Código de Processo Civil³ que permite ao juiz produzir prova para instruir seu convencimento” (Denoso, 2003).

Essa busca da “*verdade real*” na legislação processual civil brasileira obedece a um ritual próprio da cultura jurídica brasileira que envolve a opção por procedimentos formais que remontam a fatores históricos próprio do campo.

As técnicas do processo brasileiro aparecem de maneira muito sensível e eloquente nas discriminações das diversas espécies de respostas jurisdicionais admissíveis conforme a situação trazida pelo demandante que pode obedecer a uma via ordinária, representada pelos processos de conhecimento, de execução ou cautelares, bem como pode obedecer a respostas diferenciadas que se concedem mediante a realização de processos especialíssimos, como por exemplo: o processo sob rito monitorio, o mandado de segurança, o dos juizados especiais e etc.

Na literatura jurídica brasileira, Cândido Rangel Dinamarco, entre outros autores, faz distinção entre a ideia de processo e de procedimento. A ideia de procedimento pode ser identificada como categoria nativa representativa do ritual a ser adotado pelos agentes que atuam nos processos em geral e nos diversos graus de jurisdição. Afirma-se que toda disciplina procedimental envolve o elenco de atos a serem praticados; a ordem sequencial de sua realização e a forma com que cada ato deve se realizar. Pelo aspecto da forma, disciplinam-se o modo, o lugar e o tempo para a realização do ato (Dinamarco, 2005, pp. 157-158).

Sob este enfoque, o mesmo autor identifica o procedimento como “*o conjunto ordenado dos atos mediante os quais, no processo, o juiz exerce a jurisdição e as partes a defesa de seus interesses*” e tal ordenação de atos é integrada por quatro elementos: a) a indicação dos atos a realizar; b) a determinação da forma que cada um se revestirá; c) o estabelecimento da ordem sequencial a ser observada entre eles e d) a diversidade estrutural ou adequação procedimental existente na ordem jurídica.

No que concerne à ordem sequencial, ainda de acordo com o referido autor, transmite-se a ideia de um roteiro a ser observado, predeterminando o percurso a ser cumprido entre a demanda e o

³ Código de Processo Civil - art. 370 - Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

juízo, ou seja, quais serão os atos intermediários a realizar: *“todo procedimento é composto de fases mais ou menos definidas em lei e cada uma delas compõe-se de determinados atos processuais. O sistema brasileiro é particularmente rígido, no sentido de que exige uma caminhada sempre para frente, sem retrocessos, deixando pouca margem de liberdade aos sujeitos processuais”* (Dinamarco, 2005, pp. 445-448).

Segundo Ovídio A. Baptista da Silva,

os fundamentos teóricos do procedimento comum ordinário brasileiro remontam ao processo romano do ordo iudiciorum privatorum, em sua versão medieval, ou seja, do direito comum medieval, basicamente formado pelos direitos romano e canônico e que, por sua vez, contrapunha-se aos “procedimentos especiais” ou locais, de origem germânica, como hoje, diz o autor, contrapõe-se o procedimento ordinário, em suas duas espécies – o ordinário propriamente dito e o sumário – aos procedimentos especiais”. Ainda segundo o autor, “o vínculo existente entre “ordinariedade” e racionalismo pode ser visto de várias perspectivas. Uma delas situa-se na estrutura do procedimento, ao impor que o juiz somente possa julgar a lide ao encerrar a relação processual, depois do amplo debate probatório que, segundo imagina a doutrina, daria ao julgador a indispensável segurança, própria dos juízos de certeza.

Esta dinâmica, conforme Ovídio A. Baptista da Silva, era oposta da função do praetor, que julgava a lide sob *summaria cognitio*, sem que o conflito ficasse coberto pela coisa julgada, que a doutrina moderna considera a ‘pedra de toque’ da jurisdição (Da Silva, 2004, pp. 131-143).

Não se quer aqui neste trabalho aderir cegamente às referências históricas aludidas por Ovídio A. Baptista da Silva, mas tão somente demonstrar que parcela significativa da literatura jurídica brasileira ainda é impregnada pela referência informativa do processo oriundo de uma ou mais fases do império romano sob influência do direito canônico.

Esta inferência é também identificada por Harold J. Berman que, ao analisar as características da ciência do direito no seu período formativo sintetiza uma delas da seguinte forma:

o fato de que o direito começou a ser pensado como uma disciplina universitária tornou inevitável que as doutrinas jurídicas fossem criticadas e avaliadas à luz de verdades gerais, e não simplesmente como arte ou técnica. Mesmo longe das universidades, a Igreja sustentava há muito que todo o direito humano deveria ser testado e julgado pelos direitos divino e moral; porém os juristas universitários

acrescentaram o conceito de um direito humano ideal, o Direito Romano dos livros de Justiniano, que juntamente com a Bíblia, os escritos dos padres da igreja, os decretos dos concílios da igreja e dos papas assim como outros textos sagrados – forneciam os princípios e padrões jurídicos básicos para a crítica às regras e instituições jurídicas existentes (Berman, 2006, pp. 201-203).

Ainda que parte da legislação brasileira atual tenha sua raiz fincada na tradição romano-canônica, cientificamente, isto não explica, por si só, o fato de termos práticas processuais contrárias aos ideais de celeridade e de reciprocidade negocial, típicos das culturas republicanas e democráticas.

No que concerne ao debate probatório necessário à solução do litígio Luiz Figueira apresenta importante contribuição para o enfrentamento do que é, na prática jurídica brasileira, o objeto da prova. O referido autor esclarece que “o objeto da ‘prova’ é um discurso, mas não um discurso qualquer e sim um “*discurso qualificado*” pela autoridade interpretativa como sendo capaz de produzir efeitos jurídicos. Segundo o mesmo autor, “*uma das primeiras operações que é realizada nas práticas judiciárias é a produção de conhecimento acerca dos denominados ‘fatos’*”. Os fatos precisam ser apresentados, descritos, expostos, provados, classificados juridicamente (Figueira, 2008, p. 52).

Embora a referida produção de conhecimento acerca dos denominados “*fatos*” advenha dos discursos qualificados realizados pelas partes, tais discursos são carreados para os autos do processo por meio de petições e documentos que devem receber da serventia judicial um tratamento próprio do ritual judiciário e é nessa administração dos fatos e dos documentos (papéis) resultantes da impressão dos discursos qualificados é que as práticas dos serventuários de justiça em suas serventias judiciais (cartórios judiciais) realizam uma importante interferência no modo específico de administração de conflitos por meio da inserção de um elemento novo, isto é, o tempo em que o cidadão espera para resolução do conflito pelo poder judiciário representado pelos mesmos como “*tempo de espera*”.

Visto desta forma, o processo judicial brasileiro é formalista, refém dos prazos que dificilmente podem ser flexibilizados e, por tais motivos, demorado e caro. Trata-se de um processo adversarial, em que não se busca o consenso. O poder está todo centrado nas mãos do juiz.

Este artigo, ainda visa, sob o enfoque da administração de conflitos, explicitar várias questões que despertam o sentimento de distribuição desigual de justiça da qual resultam a falta de segurança jurídica e o descrédito do Poder Judiciário brasileiro ante a população, além de um sentimento profundo de injustiça e impunidade.

Tal enfoque parte da premissa de que, nas últimas décadas do século XX diante da superação do positivismo cético, capitaneado por Kelsen e do retorno à teoria Kantiana, como postulado básico para a efetivação dos direitos do homem, voltou-se o direito para a discussão acerca da Justiça. Com a utilização de teorias sobre os Direitos Fundamentais e sobre a Justiça – John Rawls – tomando-se por base a dignidade da pessoa humana como preceito fundamental de um Estado democrático de direito busca-se alcançar de alguma forma a Justiça (Rawls, 2000).

Em outras palavras, a expressão *acesso à justiça* surgiu com a finalidade de significar um efetivo acesso à uma ordem jurídica justa sendo, em razão da amplitude de anseios da sociedade que abarca, de difícil conceituação, mas que apresenta duas vertentes facilmente perceptíveis: a primeira, que possibilita o acesso do indivíduo ao sistema jurídico para a composição de seus conflitos e a segunda, mais profunda, que vai além, visando o acesso não somente ao sistema jurídico estatal, mas à denominada ordem jurídica justa.

Paralelamente, o sistema processual brasileiro, em todos os seus desmembramentos, está formalmente vinculado à função normativa da Constituição da República de 1988 de modo a estabelecer que as ditas garantias fundamentais são também garantias processuais, e, como consectário, formam um sistema processual de garantias.

O Estado moderno e, posteriormente o Estado democrático monopolizaram o exercício da função de administrar e solucionar conflitos de interesses. Pode-se dizer que existem duas posturas teóricas contemporâneas acerca da ideia de atuação política de administração de conflitos. Uma que se identifica no monopólio do exercício da jurisdição pelo Estado. Há também outra vertente de pensamento que compara, mas principalmente remonta à identificação da existência de relações hierárquicas e que, submetida à realidade brasileira pode ser consolidada com um dilema existente entre práticas sociais hierárquicas e regras jurídicas igualitárias incorporadas ao direito constitucional.

O campo jurídico brasileiro ainda depende, na esfera do Poder Judiciário, de uma máquina burocrática constituída por servidores públicos que exercem suas funções para a entrega da prestação jurisdicional. O ordenamento jurídico brasileiro estabelece como garantia individual ou coletiva o acesso à justiça através da utilização do devido processo legal que deve ser prestado com duração razoável e de forma célere.

No Brasil, é sabido que o Judiciário sofre hoje com o problema do excesso de litígios. Segundo o relatório Justiça em Números referente ao ano de 2022 (Brasil, 2022), finalizamos o período com quase 100 milhões de processos pendentes, sendo que mais de 78% desses processos estão na Justiça Estadual.

O excesso de litígios pode ser administrado de duas formas. Pode-se criar soluções para evitar que novos conflitos cheguem ao Judiciário desnecessariamente ou, pode-se ainda, buscar desenvolver metodologia apta a aumentar a composição extrajudicial.

No âmbito dos processos empresariais, especialmente nos processos de recuperações judiciais que tramitam no Estado do Rio de Janeiro, uma vez que o pedido é objeto de processamento, o devedor precisa apresentar um plano de recuperação empresarial, sob pena de convolar o pedido de recuperação judicial em falência, pela hipótese do art. 73, II, da Lei 11.101/2005. O plano deve conter um levantamento dos credores e de suas respectivas classes, bem como apresentar como eles serão pagos.

Dados obtidos de maneira empírica informam que o tempo mediano até a deliberação definitiva sobre o plano de recuperação judicial é de cerca de 574 dias. O tempo mediano até a deliberação definitiva sobre o plano de recuperação judicial é, nas varas especializadas, menor do que o tempo mediano nas varas comuns. Nas especializadas, é de 501 dias, enquanto nas comuns, é de 616 dias.

No Rio de Janeiro, foi criado o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em atenção ao disposto na Resolução CNJ nº 125 de 2010, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, com foco nos denominados meios consensuais, que incentivam a autocomposição de litígios e a pacificação social.

Neste sentido o Tribunal do Estado Rio de Janeiro tenta mobilizar esforços para criar uma etapa pré processual que permita a empresas endividadas tentarem acordo com seus credores, denominado, pelos doutrinadores, mediação “endoprocessual” ou “incidental (Mello e Lupetti Baptista, 2011; Amaral, 2009. pg. 9).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, como em São Paulo teieram alguns casos de mediação na recuperação: Grupo Oi. Especialmente neste caso, pode-se afirmar que havia cerca de 55.000 credores, um passivo de 564 bilhões, mais de 30 mil incidentes processuais em curso. Neste processo, cerca de R\$ 640 milhões de créditos foram mediados, .Houve mediações presenciais, e por meio de plataformas on line, criada pela FGV Projetos com os seguintes propósitos: a) programa de acordo com os credores – até R\$ 50.000,00; b) mediação com incidentes processuais e, c) mediação com créditos ilíquidos, sem prejuízo das mediações com os importantes credores fornecedores para definição de seus créditos, ficando a plataforma eletrônica à disposição por três meses até a realização da Assembleia Geral de Credores (Longo, pg. 156).

Entretanto, costuma-se atribuir à mediação uma visão entusiasmada e positiva no sentido de que o mediador é a pessoa que usa a técnica e forma “mais adequada” de administrar os conflitos de interesse, em sede judicial, do que aquela forma tradicional usada nos tribunais. O processo de mediação deveria ser célere, mais informal e econômico, isto é, com economia de tempo e dinheiro, pois, não demandaria grandes investimentos das partes, que seria elas mesmas as detentoras do poder de decisão sobre o acordo, bem com relação aos mediadores, somente receberiam pelas horas efetivamente trabalhadas (Azevedo, 2012).

Tais Métodos são considerados melhores que a solução judicial, posto que considerado seriam soluções mais harmônicas porque produzidas pelas próprias pessoas interessadas.

Entretanto, em recente trabalho de pesquisa empírica Klever Paulo Leal Filpo, destaca que os mais diversos operadores do direito aso quais teve oportunidade de observar e entrevistar afirma que que “mediação é perda de tempo” (informação verbal)⁴; “que acaba alongando o processo

⁴ Informação verbal obtida em entrevista feita por FILPO. 2014, pg.7.

desnecessariamente” (informação verbal)⁵ (Filpo. 2014, pg.7). Paralelamente e ao mesmo tempo, profissionais que tem experiência na mediação afirmam que têm muita dificuldade na tentativa de implementar a mediação tendo em vista a cultura adversarial, a percepção de hierarquia social de que só os profissionais do direito sabem “resolver os problemas jurídicos”, tornando muito difícil o sucesso da mediação no judiciário (Vezzulla. 2013, p. 83-87).

3. Considerações Finais

O Instituto da mediação no sistema judicial brasileiro, especialmente no Estado do Rio de Janeiro, vem sendo objeto de muitas tentativas de implementação institucionalizada, com adoção de práticas profissionais. A iniciativa do CNJ é vista no meio jurídico como avanço em relação à tradição adversarial que é uma característica do processo brasileiro. Entretanto, é possível perceber uma incompatibilidade decorrente da introdução da mediação – que obedece à lógica da autonomia, da voluntariedade e da informalidade que conflita diretamente com a lógica Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, fortemente marcado pelo formalismo e pelo contraditório argumentativo que exige, para pôr fim ao conflito a definitiva decisão dada pela autoridade judicial. Esta autoridade por sua vez, costuma ser refratária aos meios de administração de disputas alternativos à jurisdição propriamente dita. Embora não se possa generalizar as condutas de todos os operadores do direito, mas pode-se perceber que a técnica de mediação ainda não é objeto de maiores informações nem pelas partes e nem pelos operadores do direito, o que reflete uma cultura adversarial local, com suas próprias referências e saberes locais (GEERTZ, 1997) que se espalha em seus diversos campos de atuação e que, ao meu ver, contribui para explicação do ainda tímido sucesso da mediação no process de recuperação judicial no Estado do Rio de Janeiro .

⁵ Informação verbal obtida em entrevista feita por FILPO. 2014, pg.7.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA - ABJ. OBSERVATÓRIO DA INSOLVÊNCIA (2022). **Processos de Recuperação Judicial no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. Brasília/DF: **Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento**. Brasil. 2012.

BERMAN, H. J. (2006). **Direito e Revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: Unisinos.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2022) - **Justiça em números 2022** / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ.

DA SILVA, O. A. (2004). **Processo e Ideologia**. O Paradigma Racionalista. Rio de Janeiro: Forense.

DENOSO, D. (2003). **O Princípio Dispositivo e a Verdade Real no Processo Civil**. Universo Jurídico , 1-13.

DINAMARCO, C. R. (2005). **Instituições de Direito Processual Civil** (Vol. 01). São Paulo: Malheiros.

FERREIRA, M. A. (2013). **Contrastes e confrontos**: A presunção de inocência e as garantias do processo penal em perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

FERREIRA, M.A. (2004). **O Devido Processo Legal**: um estudo comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

FIGUEIRA, L. E. (2008). **O Ritual Judiciário do Tribunal do Júri**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

FILPO, Klever Paulo Leal. **Os Juízes não aderiram à mediação**. Lex Humana, Petrópolis, v. 6, n. 2, p. 60-81, 2014, ISSN 2175-0947. Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, Rio de Janeiro, Brasil.

GEERTZ, Clifford. **O Saber Local** – Novos Ensaios em Antropologia Interpretativa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

KANT DE LIMA, R. (2013). Entre as leis e as normas: éticas corporativas e práticas profissionais na segurança pública e na Justiça Criminal. (C. e. Núcleo de Estudos da Cidadania, Ed.) **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, 06 (03), 549-580.

LONGO. Samantha Mendes. SOUZA NETTO. Antonio Evangelista (2020). **A recuperação Empresarial e os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos**. Porto Alegre: Paixão Editores.

MELLO, Kátia Sento Sé; LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. Mediação e Conciliação no Judiciário: Dilemas e Significados. Dilemas – **Revista de Estudos de Conflitos e Controle Social**.

MENDES, R. L. (2012). **Do princípio do livre convencimento motivado**: Legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

MENDES, R.L. (2005). Igualdade à Brasileira: cidadania como instituto jurídico no Brasil. In: M. S. Amorim, R. K. Lima, & R. L. Mendes, **Ensaio sobre a Igualdade Jurídica** (pp. 1-35). Rio de Janeiro: Lumen Juris.

MERRYMAN, J. (1969). **The civil law tradition**. An introduction to the legal system of Western Europe and Latin America. California: Stanford University Press.

RAWLS, John. Tradução: PISETTA, Almiro e ESTEVES, Lenita M.R. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AUTOCOMPOSIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DA METRÓPOLE À CIDADELA

Theoblado Spengler Neto¹
Hipólito Domenech Lucena²

1. Considerações iniciais

O Brasil é um país que possui dimensões continentais. Em decorrência disso, os Estados que o compõem possuem necessidades, na maioria das vezes, diametralmente opostas uns dos outros. A questão ganha uma complexidade ainda maior, ao se adentrar nas peculiaridades dos cinco mil quinhentos e setenta Municípios, componentes dos vinte e seis Estados da Federação. Em unidades federativas de um mesmo Estado, é possível verificar diferenças intrínsecas e extrínsecas, que poderiam levar a crer que as especificidades tratadas se referem a países distintos, pois cada município individualiza-se por conta de relevo, clima, deficiências, crescimento demográfico, trânsito, potencialidades, economia, arrecadação, circunscrição do perímetro urbano etc., que lhe

¹ 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. E-mail: theobaldospengler@spengleradvocatio.com.br.

² 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). E-mail: hipolitodlucena@gmail.com.

são próprios. Dificilmente, todas essas características são consideradas para efeito do procedimento legislativo.

Essa ótica nem sempre é observada, quando da criação e implantação, por intermédio dos governos federal e estadual, de determinadas políticas públicas, pensadas sob um ponto de vista genérico, em que a instância responsável pela gênese, tem sua base física nas respectivas capitais.

Por incrível que possa parecer, essa atitude é razoável frente ao número elevado de condições a serem obedecidas, caso se tomasse em consideração as peculiaridades da totalidade dos municípios brasileiros. Provavelmente, a Lei que o fizesse seria criticada por estabelecer minúcias desnecessárias, que não teriam qualquer utilidade para a grande maioria das unidades federativas. O caminho seria o inverso do que se pretende tratar no presente trabalho.

Entretanto, existem alternativas para que Municípios de pequeno porte não restem alijados de um processo de renovação, permeado por uma aproximação do setor público de sua população. Uma maior flexibilização da norma seria o ideal, já que existem situações análogas, referentes à regras impostas à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que permitem concessões, através de regulamentação local.

É nesse sentido, que se pretende analisar a Lei 17.324/2020, editada pelo Município de São Paulo, que institui a política de desjudicialização no âmbito da Administração Pública municipal direta e indireta. Um dos aspectos basilares da norma em questão, é a autocomposição, instituída pela Lei 13.140/2015, o que permite inferir sua relevância na atual conjuntura do poder público, mas que, infelizmente, ainda não tem sua prática disseminada a ponto de constituir-se em instrumento essencial ao atendimento da eficiência no setor público.

Outro ponto a ser destacado, diz respeito ao impacto da implantação do regramento paulista em pequenos municípios, tendo em vista a disparidade de estruturas, dotação orçamentária, disponibilidade de pessoal, etc. Sem falar das questões externas ao Poder Executivo local, à exemplo do funcionamento dos Correios e Telégrafos, que não raras vezes, nessas localidades, constituem-se na forma mais viável de contato com o cidadão. Dependendo do tamanho ou mesmo da existência de uma

agência na área, dificilmente se disporá de um setor específico da Prefeitura para efetivar o chamamento do indivíduo para compor a relação.

Por essas razões, é que a transposição de normas de uma urbe para outra, pode relegá-la à sua total falta de eficácia, tendo em vista que as condições estabelecidas para a elaboração da norma, também têm em consideração os elementos internos e externos incidentes em determinado espaço e momento. Com supedâneo nesse viés e calcado na potencialização da eficiência na Administração Pública, é que se pretende analisar os efeitos da Lei Paulista, quando utilizada fora de seus limites.

Exposto o tema, cabe ressaltar que o problema de pesquisa a ser respondido por intermédio do texto é: “Os dispositivos elencados na lei 13.140/2015, estendem sua aplicabilidade aos pequenos municípios, ou sua efetividade tem como escopo a atuação apenas em grandes metrópoles - onde as questões físicas e estruturais necessárias à sua implantação, encontram-se presentes -?”. O objetivo do presente trabalho é avaliar a eficácia da lei nº 13.140/2015, no que tange ao seu âmbito de aplicação, partindo de um estudo teórico das iniciativas existentes no estado de São Paulo e, a partir das conclusões obtidas, projetar a aplicação à pequenos municípios, deflagrando uma ideia de micro regionalização da Lei de Mediação. No que tange aos aspectos metodológicos, o método de pesquisa utilizado é o dedutivo, pois parte de uma premissa geral, para alcançar um conceito particular. Dentre os procedimentos técnicos existentes, optou-se pela pesquisa bibliográfica e documental. No primeiro caso, porque abrange a análise de livros, artigos, periódicos, tanto de direito administrativo, tributário e constitucional, quanto de autocomposição e mediação, caracterizando-se como uma pesquisa de cunho interdisciplinar. Por outro lado, a pesquisa documental, também transparece de forma inequívoca, tendo em vista a consulta a documentos emitidos pelo Estado Brasileiro.

2. Município de São Paulo: um modelo estrutural para os demais entes públicos?

Ao que se pode constatar, o Estado de São Paulo exsurge na qualidade de vanguardista na área da autocomposição. A Lei Complementar Estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015 criou, por

intermédio do § 2º, item 1 alínea “a”, do artigo 5º³, a Assistência de Arbitragens da Procuradoria Geral do Estado, cuja regulamentação passou a ter vigência no ano de 2019, por força do decreto estadual 64.356, que confere responsabilidade pela atuação em todos os procedimentos arbitrais em que o Estado de São Paulo e suas autarquias sejam parte⁴. Não obstante, a LC 1.270/2015 disciplinou a concessão de competência para prestar assessoramento ao Poder Executivo na redação de cláusulas compromissórias ou compromissos arbitrais⁵ e organizar o cadastramento de câmaras de arbitragem, o que foi efetivado por intermédio da resolução PGE 45/2019⁶. Com diretriz semelhante, a Prefeitura de São Paulo cria comitês híbridos de prevenção e solução de disputas, aptos a atuarem nos contratos administrativos de obra, na qualidade de órgãos revisores, adjudicativos ou ambos⁷. Em caráter revisional, o comitê emite recomendações não vinculantes às partes divergentes, contudo, quando em exercício de funções de adjudicação, é possibilitado a emissão de decisões contratualmente vinculante aos litigantes⁸ (Fichtner; Mannheimer; Monteiro, 2019).

³ Artigo 5º - A Procuradoria Geral do Estado, cujas atribuições se exercem em três áreas de atuação - Consultoria Geral, Contencioso Geral e Contencioso Tributário-Fiscal - é integrada pelos seguintes órgãos: [...] § 2º - Os órgãos de Coordenação Setorial contarão com estrutura administrativa para execução de sua atividade fim e disporão das seguintes assistências e órgãos de execução: 1 - Subprocuradoria Geral do Contencioso Geral: a) Assistência de Defesa do Meio Ambiente, Assistência de Políticas Públicas, Assistência de Pessoal e Assistência de Arbitragens; [...]. (São Paulo, 2015).

⁴ A competência ora referenciada, deriva do seguinte dispositivo: Artigo 4º - A Procuradoria Geral do Estado será responsável pela redação das convenções de arbitragem a serem utilizadas pela Administração Pública direta e suas autarquias. (São Paulo, 2019).

⁵ Artigo 3º - São atribuições da Procuradoria Geral do Estado, sem prejuízo de outras que lhe forem outorgadas por normas constitucionais e legais: [...] IV - prestar assessoramento jurídico e técnico-legislativo ao Governador; [...]. (São Paulo 2015).

⁶ É exatamente esse o conteúdo da ementa da resolução 45/2019: “Disciplina o cadastramento de câmaras arbitrais pelo Estado de São Paulo”. (São Paulo, 2019).

⁷ A criação dos comitês é proveniente da Lei 16.873, de 22 de fevereiro de 2018. (Brasil, 2018).

⁸ A constituição de um comitê híbrido, tem por supedâneo o exercício de funções revisionais e de adjudicação, conforme determinação do artigo 2º, da Lei 16.783, a seguir declinado: “Art. 2º O Comitê de Prevenção e Solução de Disputas poderá ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida, conforme os incisos deste artigo, a depender dos

Posteriormente, no raiar do ano em curso, é editada a Lei n° 17.324/2020⁹ SP, trazendo em seu íntimo uma relação muito próxima com a norma responsável por marcar um passo gigantesco na mediação e autocomposição brasileiras, a Lei 13.140/2015¹⁰. É possível verificar entre ambas, várias convergências no que tange à viabilização de um acesso à justiça em formato mais célere, absorvendo, por intermédio dos preceitos advindos de uma política voltada para a solução pacífica de litígios, vários dos confrontos que, fatalmente, desaguiariam no Poder Judiciário. Esse objetivo, é facilmente verificado na norma paulista, uma vez que se encontra encrustado em sua ementa, cujo texto prevê uma “política de desjudicialização no âmbito da Administração Pública Municipal Direta e Indireta”. Entretanto, um ponto que merece destaque na recente legislação paulista, é o fato de que possui como uma de suas metas, “aprimorar o gerenciamento do volume de demandas administrativas e judiciais”, o que, por si só, faria jus ao que se almeja a todo e qualquer município brasileiro. (Brasil, 2020).

Entretanto esse controle sobre os litígios administrativos e judiciais requer muito mais do que um sistema autocompositivo. Ao externar de forma expressa a ousada proposta de obter a ampliação da gestão de suas próprias contendas, primordial que a Administração Pública de São Paulo tenha em mente, que essa intenção não consiste somente em absorver suas lides. Preliminarmente, perfaz-se essencial obter uma visão genérica, não somente das cizânias existentes em âmbito administrativo, mas das distorções internas e daquilo que pode vir a tornar-se dívida ativa, e, conseqüentemente, objeto de análise pelo Judiciário. Nesse sentido, é preciso ter um olhar voltado para as anomalias legislativas, finanças públicas, para a peça orçamentária, sem olvidar o crédito tributário e seu lançamento. Como se vê, a dívida em si é somente o ato derradeiro sobre o qual recairá a análise da Administração mas, surpreendentemente, não

poderes que lhe forem outorgados pelo contrato administrativo de obra celebrado:”[...]. (São Paulo, 2018).

⁹ A Lei 17.324/2020 “institui a política de desjudicialização no âmbito da administração pública direta e indireta”. (São Paulo, 2020).

¹⁰ A Lei 13.140/2015 “dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública[...].”

sofre uma análise regressiva dos motivos que a ensejaram, como se não houvesse nada a fazer senão executá-las. Em um parâmetro semelhante, a maioria das imperfeições legislativas só são detectadas no momento em que servidor ou terceiro postulam perante o Poder Judiciário. Ainda é exigível um arcabouço jurídico compatível com a norma em destaque, pois em um contexto que a primazia é voltada para técnicas, cuja principal meta é o acordo, há que se cercar do permissivo inerente à matéria, tendo por supedâneo que ao administrador público só é permitido fazer o que lhe permite a Lei, corolário do princípio constitucional da legalidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal de 88¹¹ (Harada, 2020).

Nessa esteira, a Lei 17.324/2020 propõe a celebração de acordos no âmbito da administração pública, tendentes a solucionar as controvérsias por ventura existentes. Para tanto, estabelece uma série de critérios, todos com base na vantajosidade e viabilidade jurídica da solução da demanda, na esfera administrativa¹². A normativa não foge a questões consideradas polêmicas pelo Direito Público e baliza a possibilidade de acordo, tanto no trato de direitos disponíveis, quanto indisponíveis, desde que esses últimos admitam transação¹³. Com extremo cuidado e diligência, preserva a isonomia de todos que se encontrem na mesma situação, concedendo o direito de solucionar pacificamente os conflitos com a administração¹⁴, considerando a capacidade contributiva¹⁵ e a qualidade da garantia¹⁶. Sob o mesmo escopo e no intuito de obter um controle sobre a maioria dos litígios sob sua jurisdição, limita o pagamento de débitos tributários ou não

¹¹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]” (Brasil, 1988).

¹² “Art. 3º A celebração de acordos para a solução consensual de controvérsias dependerá da prévia análise de sua vantajosidade e viabilidade jurídica em processo administrativo, observados os seguintes critérios:[...]” (São Paulo, 2020).

¹³ “Art. 3º [...] I - o conflito deve versar sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação:[...]” (São Paulo 2020).

¹⁴ “Art. 3º [...] III - garantia da isonomia para qualquer interessado em situação similar que pretenda solucionar o conflito consensualmente:[...]” (São Paulo, 2020).

¹⁵ “Art. 3º [...] V - capacidade contributiva:[...]” (São Paulo 2020).

¹⁶ “Art. 3º [...] VI - qualidade da garantia.” (São Paulo, 2020).

tributários, ao valor de R\$ 510.000,00¹⁷. Ainda com o escopo de manter a idoneidade e a lisura dos procedimentos encartados pela nova Lei, delega a determinadas autoridades e dirigentes de entidades de direito público e privado a responsabilidade pela conferência dos acordos mencionados pela norma¹⁸. Não obstante, apesar da política de desjudicialização proposta pela lei paulista, possuir uma conjuntura teórica que se coaduna com os postulados da mediação, em apenas dois artigos¹⁹, faz uma breve menção a possibilidade de efetivá-la em âmbito administrativo ou judicial, por esse motivo, não se pode afastar uma crítica contundente do que se pretende com a regra e do que foi estabelecido em seu texto, muito mais próximo de um alinhamento com o Código Tributário Nacional²⁰ do que com a Lei de autocomposição. Esse fator é facilmente perceptível, uma vez que a Lei 17.324/2020 trata, por intermédio de duas extensas seções, apenas a respeito da transação²¹. Entretanto, à mediação não foi reservado o mesmo detalhamento, o que é surpreendente, face ao denso conteúdo teórico voltado para solução de litígios de forma amigável (São Paulo, 2020).

¹⁷ “Art. 4º Os acordos de que trata esta Lei poderão consistir no pagamento de débitos limitados até o valor de R\$ 510.000,00 (quinhentos e dez mil reais) para as dívidas tributárias e não tributárias, em parcelas mensais e sucessivas, não se aplicando aos acordos firmados em Programas de Parcelamento Incentivado - PPI anteriores à publicação desta Lei, regidos por legislação própria” (São Paulo, 2020).

¹⁸ “Art. 5º A autorização para a realização dos acordos previstos nesta Lei, inclusive os judiciais, será conferida: I - pelo Procurador Geral do Município, diretamente ou mediante delegação, quando a controvérsia envolver a Administração Direta, bem como as autarquias e fundações representadas judicialmente pela Procuradoria Geral do Município; II - pelo dirigente máximo das entidades de direito público, diretamente ou mediante delegação, quando a controvérsia envolver as autarquias e fundações não representadas judicialmente pela Procuradoria Geral do Município; III - pelo dirigente máximo das entidades de direito privado, diretamente ou mediante delegação, quando a controvérsia envolver as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias” (São Paulo 2020).

¹⁹ “Art. 6º A Administração Pública Municipal Direta e Indireta poderá prever cláusula de mediação nos contratos administrativos, convênios, parcerias, contratos de gestão e instrumentos congêneres.

Art. 7º A Administração Pública Municipal Direta e Indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, nos termos da Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996” (São Paulo, 2020).

²⁰ Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966 (Brasil, 1966).

²¹ A Lei especifica a transação nas seções III e IV, do artigo 8º ao 23º (São Paulo, 2020).

3. Flexibilização do conteúdo da lei paulista em favor de sua aplicação aos municípios de pequeno porte

Conforme verificado no capítulo anterior, o maior esforço a ser empreendido pela administração pública, será o de regulamentar quais as causas poderão ser encaminhadas à autocomposição. Entretanto, o Estado e o Município de São Paulo, mostram o caminho a ser trilhado, no sentido de chamar para si a responsabilidade pela solução dos litígios gerados no seio das entidades públicas. Em complemento ao exposto, também se perfaz necessário um conjunto legislativo que possa servir como arrimo de norma específica sobre o tema. Em verdade, essa constatação tem um viés corroborado pelo sistema multiportas, em que se vislumbram várias facetas possíveis à solução da contenda. (Fagúndez; Goulart, 2020).

Mesmo em localidades com menor densidade demográfica, a(s) pessoa(s) jurídica(s) de direito público, tem(êm) que lidar com conflitos diversos, pois sempre existirá uma variedade de bens jurídicos ofendidos ou dívidas não pagas – provenientes do particular ou da própria Administração Pública -, que podem relacionar-se à área tributária, financeira, ambiental, contratual, etc. Em decorrência disso, o que pode variar de um micro município, para uma megalópole, é a quantidade de lides oriundas de espécies existentes, tanto em um, quanto em outro caso. Em tese, era de se esperar que a iniciativa surgisse através das urbes, pois é nelas que o cidadão de fato vive e se inter-relaciona com os demais e com o Poder Público. Mesmo quando o objetivo é a relação com o Governo do Estado ou União, há sempre uma unidade ou posto avançado responsável por representar as entidades em âmbito local. Esse deslocamento do centro de poder, pode se caracterizar como a mola propulsora a conduzir a sociedade civil até centralidade do debate dos interesses próprios e da comunidade em que vive, especialmente quando o assunto é a discussão dos litígios com a Administração. Veja-se, que muito embora a iniciativa da edição de uma regra, que versasse sobre autocomposição, tenha partido do Governo do Estado de São Paulo, foi no Município que ela se aperfeiçoou, pois é especificamente nele que se pode detectar a qualidade e quantidade das causas que podem ser carreadas à autocomposição e sob quais condições as demais normas

deverão colaborar para isso, sem que se ofendam princípios inerentes ao direito administrativo ou regras anteriormente impostas. Em complemento a isso, nas prefeituras é que se proporciona identificar os servidores mais capacitados a exercer funções de implementação ou de execução dos procedimentos autocompositivos (Priebe; Spengler, 2020).

Nesse sentido, cabe referenciar:

Os mediadores e conciliadores serão selecionados, preferencialmente, dentre procuradores municipais ativos ou inativos, com capacitação nos cursos oferecidos pela Procuradoria Municipal ou cursos equivalentes promovidos por instituições reconhecidas. Além dos procuradores, o Decreto abre margem para o cadastramento de mediadores e conciliadores servidores, ativos ou não, desde que graduados em curso de nível superior e que tenham atendido ao curso exigido. Um aspecto interessante desse artigo do Decreto é a possibilidade de firmar convênios com entidades renomadas na área de mediação/conciliação. Os profissionais serão designados através de portaria do Procurador Geral²² (Wrasse, 2018, p. 105).

É de se imaginar, que se em um Município do porte de São Paulo, é possível verificar avanços tão significativos, em vista de sua proximidade com o cidadão, quais os tipos de benefícios - à sociedade, ao Poder Público e ao descongestionamento do Judiciário -, poderiam advir com a instalação de um método igual ou semelhante em cidades menores? (Pinho; Strätz; Rodrigues, 2020).

A resposta a esse questionamento, passa, inexoravelmente, pela definição por uma das seguintes opções: a simples transposição legal de um Município a outro - assim como ocorrem com várias das legislações federais²³, aplicáveis a todos os órgãos públicos, incluindo as prefeituras -, ou a adaptação de seu conteúdo a realidade encontrada em determinadas localidades, que em razão de suas demandas poderia estabelecer uma espécie de filtragem, elaborando uma legislação voltada

²² A citação extraída da obra de Helena Pacheco Wrasse, estuda a central de conciliação implantada no Município de Porto Alegre, através da Lei Municipal nº 12.003/2016, mas espelha com fidedignidade a maior facilidade de um formato que tem por protótipo um determinado Município.

²³ A título exemplificativo, pode-se citar a Lei 8.666/93, que institui normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública. As regras por ela impostas, abrangem União, Estados, Distrito Federal e Municípios, independentemente de sua localização, tamanho, dificuldades inerentes à estrutura material e de pessoal.

para uma necessidade mais premente com relação a determinado litígio. Movido por esse espírito, os agentes públicos se aproximariam do que propugna o princípio da eficiência²⁴, em sua busca incessante por um modelo gerencial a organizar a administração pública, superando antigos paradigmas, que devem ceder lugar à práticas menos burocráticas, não tão arraigadas ao positivismo, mas sim à razoabilidade dos atos administrativos em consonância com o interesse público. Para tanto, a lei que pretenda versar sobre autocomposição, deve ser acompanhada de um escopo legislativo que a cerque e que assegure o cumprimento de seus dispositivos e, assim, assegure que os acordos firmados no âmbito administrativo, gozem de plena regularidade, sejam eles ambientais, tributários ou provenientes de responsabilidade objetiva, origem-se do cidadão ou da própria administração, não importa, o que realmente deve permear a esfera pública é a viabilização da Lei a que se atribua a responsabilidade pela criação da composição administrativa, ou seja, há que se conceder eficácia aos postulados da norma, para que ela não seja apenas um parâmetro de regra, que sem aplicabilidade prática, restará relegada ao ostracismo (Vargas, 2020).

Ainda assim, o Município de São Paulo serve como referência, pois possui uma diversidade de opções a assegurar o funcionamento de um sistema que prima pela solução pacífica de seus litígios, por intermédio de programas de regularização, parcelamentos e reativação de parcelamentos, cada qual com normas específicas a regrá-los e com renovações periódicas, devidamente autorizadas pelo Poder Legislativo. Atualmente, na cidade de São Paulo, existem quatro programas²⁵ em

²⁴ A eficiência na administração pública foi o princípio constitucional derradeiro, a integrar a Constituição Federal, mais especificamente o artigo 37, que, alterado pela Emenda Constitucional n° 19/98, preleciona o seguinte: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (Brasil, 1988).

²⁵ Programa de Parcelamento Incentivado (PPI), instituído pela Lei 16.680/2017; Parcelamento Administrativo de Débitos Tributários (PAT), instituído pela Lei 14.256/2006; Programa de Regularização de Débitos (PRD), instituído pela Lei 16.240/2015 e Programa de reativação dos parcelamentos rompidos por inadimplemento durante a situação de calamidade pública (pandemia da Covid-19), instituído pela Lei 17.403/2020.

vigência disponibilizados aos cidadãos, cujo objetivo é a regularização de pendências de natureza tributária ou não tributária. Todavia, seria injusto atribuir o funcionamento dessas iniciativas a uma única legislação. É possível verificar, que o resguardo da aplicabilidade de tais iniciativas, é garantido por um conjunto de leis, decretos, portarias e instruções normativas, todos buscando uma ação diferenciada, para que o contribuinte, deliberadamente, fique em dia com o Município. Mesmo assim, em homenagem ao princípio da razoabilidade, não seria crível transportar toda a legislação ora comentada, sob o mesmo formato, para município diverso, mesmo que seja uma realidade próxima, pois, dificilmente, analisando todo o cenário que circunda determinada localidade, jamais um será idêntico ao outro (São Paulo, 2017).

4. Implantação da lei paulista nos micro municípios: possibilidade, ficção ou realidade?

Muito embora o artigo 5º, inciso II²⁶, do Texto Constitucional, represente a garantia do cidadão, no tocante a sua liberdade de fazer ou deixar de fazer alguma coisa - somente interrompida e passível de punição, quando a lei assim determinar – à Administração Pública é permitido agir, exclusivamente, diante do permissivo normativo, ou seja, deveras importante que a cada passo do processo de contenção e solução de litígios, haja o referendo legal inerente à matéria de que se está a tratar. A instituição legal de um sistema autocompositivo, é como se fosse o primeiro ato de uma peça teatral, que sem os roteiros subsequentes perderia o sentido. No caso da ação administrativa, o fato de se autorizar o acordo, não infere dizer que o Poder Público possa abdicar de perceber parte do que faria jus, pois estaria atuando na clandestinidade, sem o abrigo da Lei a autorizar o ato a ser praticado. Sob a égide desse verdadeiro corolário do Direito Administrativo, as vontades pessoais dos agentes públicos são relegadas sucumbem, tornando-se apenas uma vaga

²⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;” (Brasil, 1988).

lembrança de um passado distante, em que a vontade do Rei externava o querer do Estado. Hodiernamente, mesmo para aqueles atos ditos discricionários, prevalece a máxima propugnada pelo princípio em estudo, uma vez que a liberdade imposta pela discricionariedade decorre da própria lei. Para se ter uma ideia aproximada do que isso significa, digamos que uma legislação que verse sobre processo administrativo, estabeleça penalidades de advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão. O agente, seja qual for a instância a que pertencer, deverá optar, na dosimetria de seu julgado, dentre sanções anteriormente expostas, impingindo a que melhor se adequar à infração, mas não pode, em hipótese alguma, aplicar pena diversa da prevista, ao arrepio do escopo legal (Mello, 2010).

A teor do exposto, referente-se:

[...] Antes da submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade, havia o arbítrio de um Estado cujo poder era incondicionado. O monarca absolutista determinava algo e, em função exclusivamente de sua vontade, os súditos eram obrigados a uma série de prestações. [...] No Estado Liberal de Direito [...] tal qual os cidadãos na atualidade, poderia fazer tudo o que a lei não proibia. [...]. Posteriormente, com a influência kelseniana [...] A ação administrativa passou a ser analisada sob o prisma de sua relação com o ordenamento, ou seja, enquanto antes a Administração podia fazer tudo o que a lei não vedava, com o Estado Social de Direito ou o Estado Legal à Administração foi permitido atuar apenas dentro dos limites permitidos pela lei. [...]. Se administrar envolve o dispêndio de verbas públicas, para que exista respeito aos princípios democrático e republicano e à consequente indisponibilidade do interesse público é imprescindível que a Administração Pública aja em conformidade com a lei, uma vez que ela não dispõe da mesma liberdade dos particulares. [...]. Note-se que pelo conteúdo mais atualizado da legalidade, especialmente a partir do pós-positivismo e da nova hermenêutica, a moldura do Direito não abrange apenas as regras jurídicas previstas, sendo também ilegais ações administrativas que se desviem dos princípios, uma vez que, conforme exposto, estes também possuem caráter normativo (Nohara, 2020).

Por outro lado, a crise da concepção liberal do princípio da legalidade, associada ao advento do positivismo, trouxe novas luzes ao próprio direito administrativo, indicando uma evolução cujo cerne consiste na adequação de sua atuação com o chamado bloco de legalidade. Assim agindo, a perspectiva passa a ser a de um Estado que

deve conformar suas ações não só à Lei, mas também ao Direito, em homenagem ao princípio da juridicidade, sendo primordial voltar a atenção para a legitimidade do Direito e a efetividade da Constituição. Para tanto, também é essencial que a Administração Pública, lastreada pela ideia contemporânea de legalidade, dissocie-se dos antigos paradigmas e rediscuta temas sensíveis como relativização da impossibilidade de decretos autônomos e ampliação do controle judicial da discricionariedade administrativa. Nessa senda, aparentemente, o receio de implantar uma filosofia voltada para uma maior liberdade comportamental-gerencial na administração pública possui uma objeção relevante, que consiste no efeito colateral, por assim dizer, de uma ampliação do controle exercido pelo Judiciário. Carreando essa afirmação ao campo da autocomposição, não é impossível depreender que permutaria-se o encaminhamento de demandas ao Judiciário, pelo controle frequente da discricionariedade, assoberbando-o ainda mais (Oliveira, 2020).

Entretanto, surpreendentemente, esse não é o único debate mais incisivo no âmago das entidades públicas. Aliado a concepção presente no setor público, acerca do princípio da igualdade, há uma controvérsia, trazida pela Lei 9.307/96, que apesar de dispor exclusivamente sobre arbitragem, afeta sobremaneira a aplicação dos procedimentos elencados pela Lei 13.140/2015, mesmo que inseridas em âmbito mediatório - em que as partes propõem o diálogo e decidem o conflito com o auxílio de terceiro -. Embora trate-se de institutos que, de um lado, há uma identidade com a autocomposição (mediação) e, de outro, com a heterocomposição (arbitragem), ambas convergem para o trato de questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis²⁷, no caso da Lei de mediação, disponíveis ou relativamente indisponíveis²⁸. (Figueira Jr., 2019).

²⁷ No caso da Lei 9.307/96, a previsão é encontrada no artigo 1º, §1º, a seguir transcrito: Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

²⁸ Referente à Lei 13.140/2015, previsão semelhante à do artigo 1º, §1º, da Lei 9.307/96 pode ser encontrada no artigo 3º, assim delineado: “Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação” (Brasil, 2015).

Portanto, considerando o raciocínio anterior, é necessária uma digressão sobre o que se consideram bens patrimoniais disponíveis ou relativamente indisponíveis, para só então pensar-se em uma projeção acerca do conjunto de possibilidades e benefícios a serem produzidos pela mediação. Nessa esteira, a doutrina tem apontado para alguns critérios que, utilizados em conjunto ou separadamente, podem indicar a(s) área(s) sobre a(s) qual(is) a mediação teria aplicabilidade. Em um primeiro momento, a disponibilidade dos bens estaria atrelada a todo ato de gestão, em que a Administração Pública assume uma condição de igualdade com o particular, típica dos negócios públicos, à exemplo da relação contratual. O segundo ponto, consiste na distinção entre o princípio da indisponibilidade do interesse público e a noção de direitos patrimoniais indisponíveis, pois a este último, ainda pode ser atribuída a disponibilidade, o que não ocorre, em hipótese alguma, com o interesse público. Por derradeiro, mas não menos importante, a disponibilidade de bens ainda é possível, no que tange aos serviços comerciais e industriais do estado, atos negociais, contratos de direito privado efetivados pela administração pública e nas empresas estatais que exercem atividade econômica. (Di Pietro, 2020).

No que se refere ao patrimônio imperioso asseverar que:

O patrimônio é o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. O patrimônio engloba tão só os direitos pecuniários. Os direitos puros da personalidade, por nós já referidos, não devem ser considerados como de valor pecuniário imediato (Venosa, 2020).

Como se vê, às pessoas físicas são atribuídos um conjunto de bens de valor pecuniário, que podem ser disponibilizados. Por outro lado, os direitos considerados puros da personalidade seriam excluídos desse rol. Para a administração pública, também é possibilitado distinguir o patrimônio, que por efeito de classificação doutrinária, encontra-se abrigado sob o manto da indisponibilidade. São os chamados bens de uso especial ou bens do patrimônio indisponível, vinculados à execução de determinada atividade administrativa, à exemplo dos prédios públicos, veículos e computadores e que, apesar de serem passíveis de avaliação econômica, são considerados indisponíveis. Não obstante, os bens de uso comum do povo - destinados ao uso da população em geral, não sendo

passíveis de valoração econômica, como por exemplo, as praças, rios e mares -, apesar de não serem nomeados como indisponíveis, pois afetados à uma destinação pública específica, são assim nomeados em razão de seu caráter geral de fruição. Em um viés oposto, encontram-se os bens dominiais ou dominicais, ou ainda, do patrimônio disponível da administração, na qualidade de direito pessoal ou real das entidades públicas. No que concerne a essa última classificação, interessante referenciar que perdem uma característica essencial dos bens públicos: a inalienabilidade. Outro ponto a ser mencionado, é que determinados bens públicos classificados como de uso comum ou especiais, poderão integrar o patrimônio disponível da administração, desde que reputados inservíveis²⁹. A partir de então, obtêm um novo registro no setor patrimonial, ocorrendo a chamada desafetação³⁰, tendo em vista a inexistência de finalidade pública específica (Marinela, 2014).

Conforme se pode denotar, são parcas as situações que, em tese, não poderiam ser objeto de autocomposição na administração pública. Entretanto, vige, atualmente, um arcabouço jurídico e uma base principiológica sólidos, voltados para a proteção e o controle, tanto de suas atividades, quanto de seus bens, na tentativa de evitar que seus agentes se locupletem às custas da máquina estatal. Face a essas situações, perfaz-se importante trazer à lume uma análise da possibilidade da autocomposição no setor público, a partir das exigências postas pela legislação constitucional e infraconstitucional, protetiva do aparato estatal, com um olhar voltado para princípios imprescindíveis ao direito administrativo e às entidades integrantes do governo: moralidade e economicidade. Moralidade, porque é com supedâneo na moral comum, aliada à boa administração, que os gestores públicos devem se guiar, na condução de um processo de conscientização de que nem sempre a via

²⁹ A expressão “inservíveis” deve ser compreendida no sentido de “destituição de qualquer destinação, prontos para serem utilizados ou alienados ou, ainda, ter o seu uso trespassado a quem por eles se interesse” (Gasparini, 2007).

³⁰ Assim como a desafetação marca a inexistência de finalidade pública, a afetação corresponde ao fato administrativo que gera a vinculação do bem público a uma finalidade pública especial de interesse direto ou indireto da Administração. Sobre afetação e desafetação, verificar a obra de José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo.

judicial é que dá lastro para ações com fundamento meramente registral, cuja intenção sequer consiste em cobrar, acordar ou pagar, mas apenas certificar uma providência com relação ao débito ou ao crédito. Economicidade, porque se no ambiente administrativo é possível encontrar soluções que possam evitar o custo de demandas judiciais – que, invariavelmente, ultrapassam o valor atribuído à causa – basta o cuidado no trato de questões econômico-orçamentárias, com base em um levantamento minucioso, em que o resultado seja objeto de proteção legislativa, com menção expressa dos limites de atuação daqueles que forem os responsáveis pela condução da autocomposição, para que se tenha um novo paradigma no trato do crédito e débito públicos. Por derradeiro, em atenção ao exposto e ultrapassada a questão da total indisponibilidade dos bens públicos, indeclinável é a construção de um lastro jurídico consistente, que além de dar sustentabilidade à Lei específica de autocomposição, a auxilie no trato da dívida ativa. Sob outra perspectiva, isso não quer dizer que se deva simplesmente transpor as normas da legislação paulista aos municípios. É necessária uma análise das necessidades de determinada localidade, de sua estrutura, dos tributos existentes e suas alíquotas e tudo mais que possa interferir no propósito legislativo. São Paulo trouxe um formato adequado para trabalhar o desígnio da solução amigável de conflitos e da estrutura mínima a cercar a autocomposição, mas não um modelo de anteprojeto que possa ser copiado em sua literalidade (Eidt, 2020).

5. Considerações finais

Nota-se, que a questão em tela não é tanto de flexibilização, mas de construção de um universo normativo a contemplar um ambiente específico, o que não diminui a relevância da Lei 17.324/2020 e seu contributo a uma nova concepção de tratamento dos negócios públicos. Ao contrário. O que se tem visto são escassas iniciativas tendentes à prática da autocomposição, especialmente quando o ente de que se trata é a administração pública, ambiente pouco propício a proposições que alterem o sistema tradicionalmente arraigado aos seus métodos de controle e bases principiológicas, muitas vezes interpretados equivocadamente.

A Lei Paulista tem o mérito de ser uma das pioneiras em criar um formato de autocomposição voltado ao setor público, contemplando-a não só através de legislação específica, mas de um entorno sedimentado em uma série de regras predispostas a auxiliar na tarefa de solucionar litígios pela via administrativa.

Mesmo assim, é válida a crítica acerca da ênfase da Lei Paulista no detalhamento conferido à transação, em contraste à uma breve menção à mediação, o que poderia caracterizar a norma com um viés mais voltado à seara tributária do que propriamente disposta a conformar um cenário compositivo, o que não se coaduna com a proposta de propagação de uma nova forma de diálogo no setor público.

A transposição do regramento paulista aos pequenos municípios, sem qualquer consideração acerca das reais condições para a instalação de um tratamento visando a pacificação das contendas existentes em uma localidade, é, para dizer o mínimo, bastante pernicioso, pois estará sempre apto a flertar com a ineficácia da metodologia estabelecida pela lei materna, em vista da disparidade de realidade entre as duas cidades completamente diversas.

Em termos práticos, a estrutura engendrada por São Paulo, serve como parâmetro, mas não como um modelo estanque a ser implantado sem um estudo adequado, em que se considerem as condições geográficas, materiais, estruturais, econômicas, sociais, etc.

Ao assim procederem, os gestores municipais estarão inovando, inclusive, na forma de se estabelecerem políticas públicas adequadas, mitigando-se o risco da implantação equivocada, por intermédio de uma avaliação multidisciplinar em que prepondera a hodierna interpretação de interesse público.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 05.05.20.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 15 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.** Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 04 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 05 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.** Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 05 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Livro eletrônico, não paginado.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Livro eletrônico, não paginado.

EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação: da jurisdição a novas formas de composição**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017. Disponível em: <http://www.essenelmondo.com/pt/direito-autocomposiCAo-na-administraCAo-pUblica-ebook100.php>. Acesso em: 09 mai. 2020.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila; GOULART, Juliana Ribeiro. O Marco Legal da Mediação no Brasil: aplicabilidade na administração pública. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito**, Curitiba, PR, v. 2, n. 2, p. 148-164, jul./dez. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/322621384_O_Marco_Legal_da_Mediacao_no_Brasil_Aplicabilidade_na_Administracao_Publica. Acesso em: 09 mai. 2020.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria Geral da Arbitragem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Livro eletrônico, não paginado.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Livro eletrônico, não paginado.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Livro eletrônico, não paginado.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8. ed. Niterói: Impetus, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Livro eletrônico, não paginado.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. Livro eletrônico, não paginado.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STRÄTZ, Murilo; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. 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.

PRIEBE, Victor Saldanha; SPENGLER, Fabiana Marion. O Papel do Município Como Fomentador da Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos Instituída na Resolução 125 do CNJ. **Revista DEDIR/PPGD. DIREITO UFOP**, Ouro Preto, MG, n. 3, p. 181-197, set./out. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br:8082/pp/index.php/libertas/article/view/897/832>. Acesso em: 09 mai. 2020.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO (PGE). **Resolução nº 45, de 16 de dezembro de 2019**. Disciplina o cadastramento de câmaras arbitrais pelo Estado de São Paulo. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/paginas/Res_PGE_45_2019.pdf. Acesso em: 17 jul. 2020.

SÃO PAULO. **Lei nº 16.680, de 04 de julho de 2017**. *Institui o Programa de Parcelamento Incentivado de 2017 - PPI 2017; altera o art. 50 da Lei nº 15.406, de 8 de julho de 2011, e o art. 1º da Lei nº 14.800, de 25 de junho de 2008*. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/2017/1668/16680/lei-ordinaria-n-16680-2017-institui-o-programa-de-parcelamento-incentivado-de-2017-ppi-2017-altera-o-art-50-da-lei-n-15406-de-8-de-julho-de-2011-e-o-art-1-da-lei-n-14-800-de-25-de-junho-de-2008>. Acesso em: 27 jul. 2020.

SÃO PAULO. **Decreto nº 64.356, de 31 de julho de 2019**. Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64356-31.07.2019.html>. Acesso em: 17 jul. 2020.

SÃO PAULO. **Lei nº 1.270, de 25 de agosto de 2015.** Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2015/lei.complementar-1270-25.08.2015.html>. Acesso em: 17 jul. 2020.

SÃO PAULO. **Lei nº 14.256, de 29 de dezembro de 2006.** Institui o Parcelamento Administrativo de Débitos Tributários - PAT no Município de São Paulo e altera a legislação tributária municipal que especifica, bem como dispositivos das Leis nº 8.645, de 21 de novembro de 1977, nº 14.094, de 6 de dezembro de 2005, nº 14.096, de 8 de dezembro de 2005, nº 14.107, de 12 de dezembro de 2005, e nº 14.133, de 24 de janeiro de 2006, e dá providências correlatas. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/arquivos/secretarias/financas/legislacao/Lei-14256-2006.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2020.

SÃO PAULO. **Lei nº 16.249, de 22 de julho de 2015.** Institui o Programa de Regularização de Débitos Relativos ao Imposto Sobre Serviços De Qualquer Natureza no Município de São Paulo, Conforme Especifica, e Introduce Alterações no Art. 15 da Lei nº 13.701, de 24 de Dezembro de 2003. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/s/p/s/sao-paulo/lei-ordinaria/2015/1624/16240/lei-ordinaria-n-16240-2015-institui-o-programa-de-regularizacao-de-debitos-relativos-ao-imposto-sobre-servicos-de-qualquer-natureza-no-municipio-de-sao-paulo-conforme-especifica-e-introduce-alteracoes-no-art-15-da-lei-n-13701-de-24-de-dezembro-de-2003?q=lei+16240>. Acesso em: 27 jul. 2020.

SÃO PAULO. **Lei nº 16.873, de 22 de fevereiro de 2018.** Reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/2018/1688/16873/lei-ordinaria-n-16873-2018-reconhece-e-regulamenta-a-instalacao-de-comites-de-prevencao-e-solucao-de-disputas-em-contratos-administrativos-continuados-celebrados-pela-prefeitura-de-sao-paulo>. Acesso em: 17 jul. 2020.

SÃO PAULO. **Lei nº 17.324, de 18 de março de 2020.** Institui a Política de Desjudicialização no âmbito da Administração Pública

Municipal Direta e Indireta. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/2020/1733/17324/lei-ordinaria-n-17324-2020-institui-a-politica-de-desjudicializacao-no-ambito-da-administracao-publica-municipal-direta-e-indireta>. Acesso em: 17 jul. 2020.

SÃO PAULO. **Lei nº 17.403, de 17 de julho de 2020**. Dispõe sobre a suspensão da exclusão de parcelamentos durante o estado de calamidade pública; dispõe sobre o ISS relativo às sociedades unipessoais; permite a opção do J-40 para comissionados da área da Saúde; trata das permissões de uso e da autorização para o Poder Executivo proceder aos Termos de Permissão de Uso - TPU que especifica; trata do Programa de Incentivo à Manutenção do Emprego - PIME; autoriza o Executivo a indicar servidores públicos municipais inativos no âmbito dos convênios celebrados com a JUCESP; transfere propriedade para a COHAB; suspende cobrança de parcela de financiamento dos contratos com a COHAB-SP, e dá outras providências. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-17403-de-17-de-julho-de-2020>. Acesso em: 27 jul. 2020.

SÃO PAULO. Prefeitura Municipal. **Parcelamento de débitos**. São Paulo, [2017?]. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/fazenda/servicos/parcelamentos/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

SÃO PAULO. **Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. Assistência de Arbitragens. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/paginas/default.asp?TKU=&IDProc=3& . Acesso em: 17 jul. 2020.

VARGAS, Daniel Vianna. A Mediação como Instrumento de Eficiência na Administração Pública, Sob o Prisma da Análise Econômica do Direito. 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. 32-43. Livro eletrônico.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Livro eletrônico, não paginado.

WRASSE, Helena Pacheco. **Autocomposição entre administração pública e particulares: (im)possibilidades e desafios**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018. Disponível em: [http://www.esserenelmondo.com/pt/direito-autocomposicao-entre-administracao-publica-e-particulares-\(im\)possibilidades-e-desafios-ebook129.php](http://www.esserenelmondo.com/pt/direito-autocomposicao-entre-administracao-publica-e-particulares-(im)possibilidades-e-desafios-ebook129.php). Acesso em: 14 mai. 2020.

ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: SEGURANÇA E EFICIÊNCIA

Patricia Ayub da Costa¹

Tânia Lobo Muniz²

Isabeau Lobo Muniz Gomes dos Santos³

1. Introdução

A arbitragem é um dos meios mais antigos de solução de conflitos na história da humanidade, que ganhou um novo fôlego com a globalização e a intensificação comercial. Este método heterocompositivo tem crescido em volume e valores de negócios no Brasil, inclusive em conflitos envolvendo particulares com a Administração Pública. Por muito tempo houve relutância na utilização da arbitragem para conflitos envolvendo a Administração Pública, em razão das polêmicas acerca da arbitrabilidade objetiva e do interesse público.

No entanto, em 2015, com a chegada da Lei n. 13.129, que alterou a Lei n. 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), acabaram as polêmicas quanto à possibilidade de utilizar a arbitragem para solução de conflitos patrimoniais disponíveis envolvendo a Administração Pública direta e indireta.

Deste modo, propõe-se verificar se é viável sua utilização do ponto de vista da eficiência econômica, segurança e adequação. Para tanto, será realizada pesquisa bibliográfica e análise empírica, tomando por base, dados da Pesquisa Arbitragem em Números de 2022.

¹ Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Docente do Departamento de Direito Público da UEL, Professora e vice-coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL. E-mail: patricia.ayub@uel.br

² Doutora e Mestre pela PUC-SP. Docente do Departamento de Direito Público da UEL, Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL. Procuradora Jurídica da UEL. E-mail: lobomuniz@uel.br

³ Mestranda em Direito Negocial pela UEL, bacharel em Direito pela PUC-PR, campus Londrina. Advogada. E-mail: isabeau.lobomuniz@uel.br

Inicia-se o estudo com a contextualização do direito administrativo brasileiro em um mundo globalizado e dinâmico, onde as parcerias público-privadas são cada vez mais necessárias e comuns, caminhando-se para uma maior consensualidade da Administração Pública.

Em seguida, analisar-se-á a arbitragem como meio de solução de conflitos e suas peculiaridades quando uma das partes é a Administração Pública. E por fim, buscar-se-á analisar a segurança jurídica e a eficiência econômica que a tornam um método adequado para solução dos conflitos envolvendo a Administração Pública.

2. O Direito Administrativo brasileiro: consenso e eficiência

O Estado tem passado por diversas transformações econômicas, sociais, políticas e jurídicas. Neste contexto de globalização econômica, eficiência, atração de investidores e de capitais, o próprio conceito de Estado e de direito administrativo foram se aperfeiçoando à nova realidade.

O Estado sai da posição de ente soberano que sobrepõe sua vontade de forma unilateral, em razão do interesse público, ao particular, submisso. O Estado contemporâneo precisa de parceiros para cumprir sua missão de prestador de serviços. E para tanto, o próprio direito administrativo passa por mudanças, a fim de possibilitar maior participação dos cidadãos em órgãos de deliberação e consulta, estabelecer parcerias público-privadas e atuar com maior consensualidade (Lemes, 2007, p. 51).

Na busca por investidores, o Estado teve que agir de forma menos verticalizada, com maior propensão ao consenso, abrindo-se ao diálogo, o que demonstra uma nova forma de governança estatal (Timm; Silva; Richter, 2016, p. 263). Com isso, passa-se de um direito administrativo fortemente impositivo, hierarquizado, com a Administração Pública no topo (relação de subordinação/verticalidade) da relação contratual, exercendo sua função de império – caracterizada por uma gestão burocrática e monopolista – com imposição de cláusulas exorbitantes ou de prerrogativa (o que seria abusivo ou ilícito no contrato comum) para um direito administrativo que prima por uma gestão mais flexível e consensual, com maior foco no destinatário (cidadão), menor

verticalidade e conseqüentemente maior paridade, prezando pela eficiência.

Gustavo Henrique Justino de Oliveira (2007, p. 2) ressalta que “vem surgindo um novo direito administrativo, mais participativo, fruto da gradual compatibilização da lógica da imposição e da unilateralidade com a lógica da negociação e da multilateralidade”.

Essa nova atuação estatal não significa o fim do direito público ou do próprio Estado, mas apenas uma adequação à nova realidade que prioriza uma maior igualdade de tratamento na contratualização da Administração Pública com o particular. Aliás, contratos administrativos que são, segundo, Selma Lemes (2007, p. 54), ferramentas institucionais para se atingir a cooperação e colaboração do setor privado em investimentos que demandam valores vultosos e operações complexas vinculadas a obras de infraestrutura em diversos setores estratégicos, mas que o Estado isoladamente não teria recursos suficientes para suportar.

Diante desta ampliação das relações entre entes públicos e privados, da possibilidade de negociação, bem como da necessidade de equilíbrio da contratação, novas formas de administração e solução dos conflitos devem ser incentivados e utilizados, observando-se sua adequação e eficiência. “Múltiplas são as possibilidades de a Administração Pública se envolver em conflito, como, também, os instrumentos disponíveis para solucioná-lo” (Salles, 2011, p. 119).

Heitor Sica elucida que a ampliação da utilização da arbitragem nos litígios envolvendo a Fazenda Pública “vai ao encontro de tendências marcantes do direito administrativo atual, que valorizam a “consensualidade” das atividades administrativas, ampliam sua “contratualização”, e visam criar condições mais atrativas para o investimento privado na gestão da coisa pública” (Sica, 2018, p. 179).

Em conclusão, a fim de atrair investimentos privados para concretização de serviços e obras públicas, a legislação caminhou para autorização da utilização da arbitragem nas concessões públicas (Lei n. 8.987/1995, art.23-A, inserido pela Lei 11.196/2005) e nas Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11.079/2004, art. 11), mas ainda assim, existiam obstáculos à sua utilização, por parte de alguns tribunais de justiça e tribunais de conta.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, *caput*, elenca dentre os princípios que regem a Administração Pública direta e indireta, o princípio da eficiência que consiste no alcance do melhor resultado possível na prestação do serviço público, e isto passa também pela escolha do meio mais adequado e eficiente para resolução dos conflitos.

Não se exige mais apenas que o administrador público aja dentro dos limites legais. É fundamental também que a ação administrativa seja eficiente e que produza resultados eficazes para a sociedade; daí a inclusão do princípio da eficiência no rol dos princípios aplicáveis à Administração Pública (art. 37 da CF). O direito administrativo pós-moderno instituiu um novo patamar de vinculação jurídica para a Administração Pública: a realização efetiva de um resultado determinante, sendo o princípio da eficiência seu principal veículo condutor. O que se espera do administrador público na condução dos processos de contratação pública é a obtenção de um resultado legítimo e eficiente, se não alcançou o resultado desejado (Garcia, 2016, p. 73)

A eficiência é um conceito da economia, que se traduz no alcance dos melhores resultados com a mínima utilização de recursos. Ou seja, a eficiência é caracterizada por um resultado ótimo para todos os envolvidos (Ótimo de Pareto). Na realidade contemporânea, existe uma simbiose entre o Público e o Privado, uma relação de cooperação, onde se deve buscar esse equilíbrio nas relações contratuais a fim de serem vantajosas para todos os envolvidos.

A Administração Pública deve buscar o melhor interesse público para suas ações, contratações e solução dos conflitos. Por muito tempo se discutiu se o ente público poderia resolver seus conflitos por arbitragem, em razão do interesse público ser indisponível. No entanto, o interesse público pode ser indisponível, mas seus efeitos práticos, quando envolvem direitos patrimoniais disponíveis, deve estar adstrito à cláusula geral de boa-fé, o que resulta na boa administração do contrato e na busca por decisões justas e equânimes, independentemente de ser favorável ou não ao ente público (Lemes, 2007, p. 149).

Deste modo, interessante a lição de Gustavo Fernandes de Andrade (2016, p. 426-427)

Em primeiro lugar, a simples presença do Estado em uma determinada relação jurídica não torna indisponíveis os direitos envolvidos, nem exige que o litígio se

resolva, necessariamente, mediante processo judicial e com a intervenção do Ministério Público. Ademais, o reconhecimento espontâneo de um direito do particular pela Administração Pública, além de constituir adequada observância do princípio constitucional da legalidade, pode configurar, no caso específico, o modo mais eficiente de se atender ao interesse público na pacificação de conflitos.

Partindo-se da premissa de que a Administração Pública evoluiu para um estágio de maior consenso e eficiência em suas relações com os particulares, passa-se a identificar quais são as peculiaridades que permeiam a solução de conflitos patrimoniais disponíveis por meio da arbitragem.

3. As particularidades da arbitragem envolvendo a administração pública

A arbitragem é utilizada há muito tempo para solução de conflitos, tanto no direito interno quanto no direito internacional. A arbitragem é um método heterocompositivo de solução de conflitos que envolvem direitos patrimoniais disponíveis⁴, onde as partes capazes de contratar, escolhem uma ou mais pessoas naturais para solucionar o conflito, cuja decisão será reconhecida pelo direito brasileiro como título executivo judicial.

A Lei n. 9.307/96 (LA) sedimentou a arbitragem no ordenamento brasileiro, sendo atualizada pela Lei n. 13.129/2015, que afirmou legislativamente – pois já era pacificado na doutrina e na jurisprudência - que a Administração Pública também pode fazer uso da arbitragem para solução de conflitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, §1º da LA).

Já há muito tempo não se duvida de que a arbitragem é meio de solução de controvérsia absolutamente bem sedimentado no Brasil, de utilização difundida no cenário nacional e internacional e merecedor de larga credibilidade, inclusive assim considerado no exterior, não apenas, mas principalmente, no âmbito dos contratos com a Administração Pública, principalmente em relação às grandes

⁴ “Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto” (Carmona, 1998, p. 48).

obras de infraestrutura, dado que a existência de meios eficientes de solução de controvérsia contribui sobremaneira como atrativo ao investimento privado, sobretudo investimento estrangeiro direto, a fomentar o desenvolvimento de tecnologias, a criação de empregos e o acesso da população a bens e serviços. (Baraldi, 2016, p. 21-22)

Porém, pelas peculiaridades que envolvem a Administração Pública, faz-se necessário analisar quando e como a arbitragem é adequada para solução dos conflitos administrativos. Não se discute a arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública, uma vez que ela possui capacidade de contratar, como de fato o faz. Assim, “considerando que o Estado integra o conceito de pessoa jurídica de direito público interno e possui evidente capacidade contratual, não há dúvida de que ele preenche o requisito de ordem subjetiva exigido pela lei para participar de processo arbitral” (Amaral, 2012, p. 55).

A grande discussão que envolvia a possibilidade ou não de utilização da arbitragem como método de solução dos conflitos envolvendo a Administração Pública se dava em razão da arbitrabilidade objetiva, já que a arbitragem só pode ser utilizada para resolução de direitos patrimoniais disponíveis, nos termos do art. 1º, *caput*, parte final, da Lei 9.307/96. Neste sentido, Carlos Alberto Carmona explica que interesse público é distinto de interesse da Administração Pública:

Os administrativistas já especificaram há muito tempo que uma coisa é o interesse público, outra o interesse da Administração ou da Fazenda Pública: o interesse público está na correta aplicação da lei, de tal sorte que, muitas vezes, para atender o interesse público, é preciso julgar contra a Administração. Nesta linha de raciocínio, e supondo que a Administração persiga sempre o escopo de concretização da justiça, é de todo recomendável que, havendo qualquer dissenso em contratos de que participe, seja a controvérsia resolvida pela via mais rápida, mais técnica e menos onerosa, evitando-se procrastinação indesejável. A arbitragem, portanto, coloca-se como opção válida para a solução de litígios, não se podendo confundir disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais com disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público (Carmona, 2007, p. 66).

Existe uma divisão de interesses públicos primários e secundários, sendo que os primários são indisponíveis, pois estão ligados ao poder de império estatal, enquanto que os secundários “têm natureza instrumental

e existem para operacionalizar aqueles, com características patrimoniais e, por isso são disponíveis e suscetíveis de apreciação arbitral” (Lemes, 2007, p. 131).

Considerando que a Administração Pública está submetida aos princípios constitucionais elencados no art. 37 da Constituição e às peculiaridades do direito administrativo, a arbitragem envolvendo ente público precisa de algumas adequações, como por exemplo, ser de direito e estar submetida à relativização da confidencialidade. Heitor Sica delimita que existem três adequações necessárias nas arbitragens envolvendo a Administração Pública:

Tratando-se de uma cláusula compromissória cheia, que delimita desde logo os parâmetros completos para instauração e desenvolvimento da arbitragem, ou mesmo tratando-se de um compromisso arbitral, é de rigor ainda observar a necessidade de três adequações fundamentais: (a) a aplicação do princípio da publicidade, que rege a Administração Pública em todas as esferas (CF, art. 37, caput) em detrimento do sigilo que, usualmente, conota o processo arbitral; (b) a observância do princípio da legalidade, de modo a impor que o processo arbitral nacional seja resolvido pelas regras do Direito brasileiro, afastando-se a possibilidade de arbitragem de equidade (Lei n. 9.307/96, art. 2º, caput) ou baseada em “princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio” (art. 2º, §2º); e, por fim, (c) que haja observância dos princípios da impessoalidade e da isonomia para seleção dos contratos e/ou litígios com base nos quais serão celebradas convenções arbitrais. (Sica, 2018, p. 182)

Neste sentido, ao artigo 2º da Lei 9.307/96 foi acrescentado o parágrafo 3º pela Lei 13.129/2015 rezando que “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”. Essa opção é decorrente de uma interpretação da vinculação da Administração Pública ao princípio da legalidade.

Ainda, em respeito ao princípio da publicidade que rege a Administração Pública, outra característica da arbitragem que é a confidencialidade ficou relativizada. Isso, contudo, não significa que todos os documentos e o procedimento em si se tornem públicos, pois pode ser de interesse público não revelar documentos relativos à concorrência, propriedade industrial etc.

Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona (2007, p. 67) explica que é um falso dilema “já que o sigilo é uma característica que pode – apenas

pode – ser estabelecida pelas partes, nada impedindo que os litigantes, por qualquer razão, abram mão da confidencialidade que geralmente cerca o procedimento arbitral”. E Carmona (2007, p. 67) continua lecionando que o princípio da transparência deve ser respeitado, possibilitando acesso aos interessados, quando necessário, no que tange à decisão e aos atos essenciais do processo arbitral, preservando-se o sigilo dos debates e a confidencialidade dos documentos que instruíram o processo arbitral.

Ricardo Medina Salla (2014, p. 71) ratifica que a transparência visa garantir aos administrados o conhecimento dos atos da Administração, mas defende que as informações que não disserem respeito aos administrados ou que interessarem apenas a uma das partes litigantes, na condição de competidores de mercado, podem manter-se sigilosas.

Quanto ao fornecimento de informações, Julia Girão Baptista Martins (2017, p. 281) acredita que as informações trocadas numa arbitragem envolvendo a Administração Pública é de caráter particular das partes envolvidas, então, quando solicitada por terceiros, a divulgação da informação deve se dar diretamente por elas e não necessariamente pelos árbitros ou pelas instituições arbitrais.

No que tange à escolha do árbitro, Paulo Osternack Amaral (2012, p. 75-76) entende que o Poder Público pode se valer da sua autonomia para escolha do árbitro ou da câmara arbitral sem utilização de prévia licitação pública em razão das peculiaridades que envolvem esta escolha, como a reputação e a especialidade dos árbitros. No entanto, ele ressalta que a Administração não poderá indicar como árbitro um funcionário (estatutário) ou empregado (celetista) público, porque seria incompatível com as exigências de neutralidade e independência que recaem sobre os árbitros, a não ser que a outra parte concorde com esta escolha.

Quanto à limitação das leis de concessões e Parcerias Público Privada (PPP) no que tange ao lugar e língua da arbitragem no Brasil e em português, Ricardo Medina Salla (2014, p. 74-75) defende que geram engessamento nos procedimentos arbitrais, buscando uma segurança ilusória que pode, inclusive, “arrefecer o interesse de investidores estrangeiros, como interferir em outras peculiaridades da arbitragem, como a livre escolha dos árbitros” (Salla, 2014, p. 75).

Com a expressa autorização legal para utilização da arbitragem para solução de conflitos patrimoniais disponíveis envolvendo a Administração Pública, obedecendo-se ao princípio da legalidade e da publicidade, reconhece-se total segurança jurídica às partes, tanto a pública quanto a privada, atribuindo-se ao árbitro ou ao tribunal arbitral poder de resolver o conflito mediante sentença, considerada título executivo judicial. Há de se ressaltar que não haverá recurso nem remessa necessária neste caso, fazendo coisa julgada material.

Por todo o exposto, mesmo com as peculiaridades da Administração Pública, a arbitragem é um método adequado de solução de conflito, passando-se a seguir a demonstrar a sua eficiência econômica.

4. Eficiência econômica da arbitragem envolvendo a administração pública e sua utilização no Brasil

Para estudar a eficiência da arbitragem, é preciso partir da análise econômica do direito (AED), pois superficialmente⁵ observando, a arbitragem pode ter um custo muito superior ao processo judicial, em especial para a Administração Pública que possui muitas prerrogativas diante da jurisdição estatal, inclusive relativa aos custos.

Deste modo, sob o ponto de vista da AED, Antonio Pugliese e Bruno Salama (2008, p. 19-20) identificam como incentivos econômicos da arbitragem, sua agilidade, a especialização e a maior garantia de imparcialidade dos árbitros. Este incentivos econômicos aplicam-se tanto ao particular⁶ quanto à Administração Pública, o que também demonstra sua adequação e equilíbrio nos custos de transação, já que a arbitragem

⁵ “Por isso, é ilusória a afirmação de que os custos judiciais são menores quando comparados com os do processo arbitral comparando-se aqui o valor nominal. Há outros valores a serem considerados, pois o tempo corrói as relações jurídicas e contribui para o descrédito da Justiça” (Lemes, 2007, p. 174-175).

⁶ “Na ótica dos particulares, a preferência pelo método arbitral é ainda mais forte quando uma das partes da avença consiste num ente político ou entidade administrativa, eis que os ordenamentos costumam prever benefícios, em termos de direito material e processual, para a sua Administração Pública – que, em geral, também detém grande poder de influência sobre o Judiciário local e maior conhecimento do direito interno. Os receios costumam ser justificadamente maiores quando a contraparte é Estado com baixos níveis de institucionalização e desenvolvimento (Accioly, 2018, p. 148).

“possui o condão de substituir a atividade jurisdicional estatal de modo a reduzir os custos de transação associados à solução de controvérsias, além de representar ganho em celeridade e eficiência para as partes (acarretando ganhos de escala e ganhos em custo de oportunidade)” (Timm, 2018, p. 309).

Selma Lemes (2007, p. 158) ensina que

Diante de situações e escolhas possíveis quanto às formas de solução de controvérsias nos contratos administrativos que estiverem sendo entabulados, constitui um dever do administrador, respaldado nos princípios da eficiência, da economicidade, da proporcionalidade e da razoabilidade, analisar a conveniência e oportunidade em eleger a arbitragem como forma de solução de controvérsias. Como demonstrado nas justificativas das hipóteses anteriores, não há impedimento legal neste sentido; ao contrário, há um imperativo de natureza econômico-financeira que recomenda esta opção: os benefícios diretos e indiretos que dela advirão. Diretos, por gerarem economia no custo de transação e consistirem em fator de atração do capital privado; por libertarem o judiciário do exame de questões complexas, que são compatíveis com foros especializados. Os ganhos indiretos, por representarem atração de maior número de participantes do certame licitatório, aumentarem a competitividade no setor privado (com ganhos para a sociedade em geral); empreenderem maior segurança jurídica ao negócio ao demonstrar que a Administração elege a arbitragem para solução de diferendos contratuais; além de economizarem com a não utilização da máquina judiciária custeada pela Administração Pública; e, por último, quiçá melhorarem a efetividade da prestação jurisdicional aos cidadãos, o que na atualidade é um desiderato constitucional (art. 5, LXXVIII).

Como se observa, muitos são os fatores e vantagens diretas e indiretas de se utilizar a arbitragem em alguns casos envolvendo a Administração Pública, especialmente naqueles conflitos de alto valor e complexidade, reduzindo-se o tempo de aprendizado do julgador – que já é especialista - e o risco de erro de julgamento, além da sua imparcialidade e independência.

Nesse aspecto, a Administração deve optar pela forma mais célere e adequada para solução do conflito que produza melhores resultados e custos menores, a fim de cumprir com os princípios constitucionais da eficiência e economicidade. Rafaella Ferraz (2008, p. 34) ao defender a eficiência da arbitragem para solução de conflitos, lembra que a Administração Pública de resultado deve atender às necessidades

sociais e coletivas não apenas com o máximo de benefício econômico, mas também com rapidez, tecnicidade e transparência. Selma Lemes (2007, p. 189) lembra que a utilização da arbitragem contribui para gerar confiança no mercado e acenar para os investidores internacionais que a arbitragem é utilizada nos contratos administrativos, o que se torna um atrativo para o Estado angariar recursos para empreendimentos de infraestrutura, por exemplo.

Deste modo, por uma análise econômica do direito, a arbitragem como método de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública é eficiente economicamente e deve ser observada e utilizada pelo administrador público brasileiro em cumprimento ao princípio da eficiência, em conformidade com o art. 37 da Constituição Federal, despidendo-se, de qualquer preconceito ou análise superficial a respeito dos custos econômicos e sociais da arbitragem.

Aliás, a Pesquisa Arbitragem em números, de 2022, demonstra que arbitragens envolvendo a Administração Pública são uma realidade no Brasil e tem se mantido constante em volume de casos. Em 2019, foram 48 arbitragens, em 2020, foram 29 arbitragens e em 2021, foram 28 arbitragens envolvendo a Administração Pública direta ou indireta, nas 8 câmaras de arbitragem analisadas na pesquisa, o que corresponde a 8,5% dos casos entrantes (Lemes, 2022).

Para além destes números, houve um grande avanço legislativo nos últimos anos para regulamentação da utilização de métodos extrajudiciais de solução de conflitos pela Administração Pública, a exemplo da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021), que inaugurou um capítulo intitulado “Dos meios alternativos de resolução de controvérsias”, prevendo no art. 151 que podem “ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem”. Reitera que se aplica “às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações” (§único do art. 151). O artigo 152 se ocupa de repetir o que a Lei de Arbitragem (art. 2º, §3º da LA) já dispunha sobre a obrigatoriedade de ser de direito e observar o princípio da publicidade.

Por sua vez, o art. 153 dispõe sobre a possibilidade de aditivo contratual para adoção dos MASCs e o art. 154 diz que a escolha dos árbitros deve obedecer a critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Todo o exposto demonstra que dentre os diversos métodos de solução de conflitos que compõe o sistema multiportas, a arbitragem aparece como uma forma adequada, segura e eficiente para a Administração Pública e para os particulares, pois proporciona segurança jurídica, resolução mais técnica de conflitos que apresentem complexidade, em um menor espaço de tempo e com maior probabilidade de atração de investimentos privados no setor público.

5. Conclusão

Arbitragens envolvendo a Administração Pública tornou-se realidade no Brasil, admitida pela doutrina, jurisprudência, pela própria Lei de Arbitragem e outros instrumentos legislativos de extrema relevância para o direito administrativo, como a Lei de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos, a Lei das PPPs e a Lei de Licitação. Além disso, a Pesquisa Arbitragem em números chancela que a Administração Pública tem feito uso constante da arbitragem nas principais câmaras de arbitragem brasileiras.

Esse importante movimento da Administração Pública foi influenciado pela globalização e pela necessidade de captação de recursos privados para consecução de fins públicos, como obras de infraestrutura e fortalecimento de setores estratégicos da economia. Para tanto, o direito administrativo adaptou-se a esta nova realidade, tornando-se mais consensual, buscando conceder um maior equilíbrio econômico com o particular.

Esta atualização exigiu também que a Administração Pública passasse a utilizar outros meios adequados de solução de conflitos, e a arbitragem despontou como um meio economicamente eficiente, seguro e adequado, uma vez que esses conflitos geralmente envolvem valores altos e situações complexas, que exigem maior especialidade do julgador, bem como uma solução mais célere a fim de diminuir os custos de transação, e possibilitar maior segurança jurídica aos particulares que se relacionam com o Estado, ao mesmo tempo que se cumpre o interesse

público de pacificação social, na medida em que os conflitos são resolvidos de forma justa, célere e efetiva.

Referências

ACCIOLY, João Pedro. Arbitragem e Administração Pública: um panorama global. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 56. a 15. p. 143-178. São Paulo: RT, jan.-mar. 2018.

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

ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Arbitragem e Administração Pública: da hostilidade à gradual aceitação. *In*: MELO, Leonardo de Campos e BENEDUZI, Renato Resende (coords.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 411-457.

BARALDI, Eliana B. Arbitragem e contratos com a Administração Pública. *In*: MELO, Leonardo de Campos e BENEDUZI, Renato Resende (coords.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 21-57.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 2 ed., 4 reimp. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAZ, Rafaella. **Arbitragem em litígios comerciais com a administração pública: exame a partir da principalização do direito administrativo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. São Paulo: Malheiros, 2016.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem em números**. 2022. Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/10/78B3FD4545063E_pesquisa-arbitragem.pdf. Acesso 23 set. 2023.

MARTINS, Julia Girão Baptista. Administração pública: arbitragem e confidencialidade. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 53. a 14. p. 263-282. São Paulo: RT, abr.-jun. 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 12. p. 29-58. São Paulo: RT, jan.- mar. 2007. Disponível em RT on line.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca e SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**. São Paulo. vol. 4, n.1, p. 15-28, jan.-jun. 2008. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35168/33973>. Acesso em 10 jul. 2015.

SALLA, Ricardo Medina. **Arbitragem e Administração Pública – Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública.

TEIXEIRA, Tarcísio e LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coords.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**. Barueri, SP: Manole, 2018, p. 175-186.

TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. TEIXEIRA, Tarcísio e LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coords.).

Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral. Barueri: Manole, 2018.

TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago Tavares e RICHTER, Marcelo de Souza. Os contratos administrativos e a arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 50. a 13. p. 255-276. São Paulo: RT, jul.- set. 2016.

COMISIONES DE CONFLICTOS DE TIERRAS: ESTRUCTURA, RETOS Y LOGROS

Josiane Caleffi Estivalet¹

1. Introducción

Brasil es un país de dimensiones continentales. Debido a su gran extensión territorial, comparte fronteras con casi todos los países sudamericanos, a excepción de Chile y Ecuador. La clasificación de sus espacios es objeto del estudio titulado “Propuesta Metodológica para la Clasificación de Espacios Rurales, Urbanos y Naturales de Brasil”. Aunque se trata de información geoespacial experimental, producida por el IBGE, con respecto a las áreas brasileñas, pueden clasificarse como rural, en transición a urbana pequeña, en transición a urbana mediana, urbana, urbana pequeña, urbana mediana y urbana grande (IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2023, p. 38).

Cuando se trata de conflictos relacionados con litigios por la tierra, es decir, esencialmente rurales, según el informe anual sobre la violencia

¹ Jueza del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul. Titular del 1° Juzgado Civil de Santa Cruz do Sul y coordinadora del CEJUSC regional. Miembro titular de la Comisión Regional de Soluciones de Conflictos de Tierras del TJRS. Miembro del Grupo de Estudio de Políticas Públicas de Inclusión Social del Programa de Postgrado de la UNISC. Graduada en Derecho por la Universidad de Santa Cruz do Sul (1993). Especialización en Derecho, Sociedad y Psicoanálisis y Derecho Procesal Civil por el Instituto de Educación Superior de Santo Ângelo. Máster en Políticas Públicas por la Universidad de Santa Cruz do Sul (2015). Estudiante de doctorado en la UNISC. Cursó Basic Training in Transformative Mediation por el Institute for the Study of Conflict Transformation (USA) y Negociación y Mediación Skills and Tools Advanced pela Columbia University (NY). Coordinadora del NEM, Centro de Estudios en Mediación de la Escuela Superior de Magistratura de la AJURIS (Asociación de los Jueces del Estado de Rio Grande do Sul). Teléfono: (51) 99976-2992. Correo electrónico: josiane.ce.santacruz@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2727056550845985>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0983-6862>

en el campo, publicado por la Comisión Pastoral de la Tierra (CPT), se ha producido un aumento preocupante. En 2022 se registraron 2.018 casos de conflicto, mientras que en el año anterior el récord fue de 1.828 ocurrencias totales. Es decir, en un año el aumento correspondió al 10,39% (Comissão Pastoral da Terra, 2023).

El Código de Procedimiento Civil (CPC) regula los procedimientos especiales aplicados en las denominadas acciones posesorias en los artículos 554 a 598, y el legislador innovó al determinar que, en la búsqueda de una solución consensuada en la tutela colectiva de la posesión, se celebren sesiones de mediación cuando la usurpación se haya producido hace más de un año y un día (art. 565 c/c art. 8º, del CPC). El Código Civil, a su vez, regula la materia en los artículos 1.196 a 1.210 y la Constitución Federal, en los artículos 129 a 134. No es raro que las decisiones judiciales dictadas en conflictos colectivos de posesión tengan carácter estructural, debido a su complejidad y/o al gran número de personas afectadas por la referida decisión. Ocurre que, aunque se reconozca que la disposición jurisdiccional estructurante puede servir para una solución sistémica del litigio, el arsenal previsto en la legislación brasileña no se ha mostrado eficaz, ni para prevenir nuevos conflictos, ni para resolver los ya existentes.

Durante la pandemia causada por el Coronavirus, por disposición legal (Ley 14.216) se suspendieron temporalmente las ejecuciones de medidas cautelares y sentencias en acciones posesorias y petitorias, incluso aquellas cuyo mandamiento estaba pendiente de cumplimiento; los desalojos colectivos promovidos por el Poder Judicial; los desalojos o traslados promovidos por el poder público; las medidas extrajudiciales; los desahucios administrativos en arrendamientos y alquileres en asentamientos y la autotutela de la posesión.

Conforme a lo establecido por la Ley 14.216 del 7 de octubre de 2021, la suspensión estaba prevista inicialmente hasta el 31 de diciembre de 2021. Sin embargo, fue prorrogada inicialmente, por otros cuatro meses, debido a la decisión del ministro Luís Roberto Barroso, confirmada posteriormente por el Pleno del Supremo Tribunal Federal (STF) en la sentencia de Alegato de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) número 828. Además de suspender el cumplimiento de las decisiones sobre los desalojos y desalojos colectivos,

durante la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, también se determinó la creación de Comisiones de Conflictos de Tierras. Las competencias, previstas en la sentencia ADFP 828, de las comisiones de conflictos de tierras, no deben confundirse con las del juez del caso, quien queda con facultades de decisión. Sin embargo, les corresponde realizar visitas técnicas, audiencias de mediación y proponer estrategias para reanudar la ejecución de las sentencias suspendidas. Las actividades desarrolladas por estas comisiones serán analizadas en este artículo, ya que representan un cambio sustancial en el sistema procesal adoptado hasta entonces en las acciones posesorias que tramitan en el Poder Judicial brasileño.

Para ello, se realizó una amplia investigación bibliográfica y documental sobre el tema. También se analizaron las resoluciones del Consejo Nacional de Justicia y del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul que abordan la cuestión de los métodos autocompositivos y de las Comisiones de Conflictos de Tierras.

2. Comisiones de soluciones de conflictos de tierras

La Resolución 510 del 26 de junio de 2023 regula la creación, en el ámbito del Consejo Nacional de Justicia e de los Tribunales, de la Comisión Nacional de Soluciones de Conflictos de Tierras y de las Comisiones Regionales de Soluciones de Conflictos de Tierras, respectivamente. Además, establece lineamientos para la realización de visitas técnicas a zonas objeto de conflictos posesorios y establece protocolos para la atención de acciones de desalojos o recuperación en inmuebles de vivienda colectiva o áreas productivas para poblaciones vulnerables.

La Comisión Regional de Soluciones de Conflictos de Tierras del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul fue creada el 16 de mayo de 2023, mediante Ley Conjunta 001/2023 -P y CGJ. En los términos del artículo 5° de la referida ley, combinado con lo dispuesto en el artículo 2° de la Resolución 510 del CNJ, se compone de una magistrada y cuatro jueces titulares y otros cuatro suplentes, designados por la Presidencia del Tribunal de Justicia, elegidos, preferentemente, entre aquellos que tengan conocimiento en mediación y que coordinen

Centros Judiciales de Resolución de Conflictos (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2023).

Los Centros Judiciales de Resolución de Conflictos (CEJUSCs) son los órganos jurisdiccionales encargados de celebrar sesiones de mediación y audiencias de conciliación, así como de desarrollar programas destinados a ayudar, orientar e incentivar la autocomposición, según lo dispuesto en el artículo 165 del Código de Procedimiento Civil. Cabe mencionar que su creación original se debe a la Resolución 125 del Consejo Nacional de Justicia, del 29 de noviembre de 2010, que dispone la Política Judicial Nacional para el adecuado tratamiento de los conflictos de intereses en el ámbito del Poder Judicial. Esta política tiene como objetivo garantizar a todos el derecho a resolver los conflictos por medios adecuados a su naturaleza y peculiaridades. Debido a la necesidad de que la difusión de la cultura de pacificación social se dé dentro de una perspectiva de calidad de los servicios prestados por el Poder Judicial, la implementación de la política para el tratamiento adecuado de los conflictos de intereses busca centralizarse en las estructuras judiciales, centrándose en la formación y capacitación de funcionarios públicos, conciliadores, mediadores y jueces coordinadores de los CEJSUCs (Conselho Nacional de Justiça, 2010).

Se justifica que la elección de los miembros de la comisión regional de conflictos de tierras recaiga en los coordinadores del CEJUSC en la medida en que, el ejercicio, por parte del magistrado, de una función que va más allá de la toma de decisiones, como en las situaciones en que está a cargo de los Centros Judiciales de Resolución de Conflictos, requiere que renuncie al espacio tradicionalmente idealizado, simbólico, de autoridad, para ejercer una función instrumental, emancipadora y creativa. Garapon (1996, p. 248) afirma que la combinación de diferentes experiencias, habilidades, comprensiones y reflexiones produce una justicia concebida a partir de la “rearticulación del propio conocimiento”, no restringida exclusivamente al derecho. Y, entre las múltiples funciones desempeñadas por los magistrados, está la de garantizar los ideales de la justicia, no como mero intérprete de las normas jurídicas,

[...] pero manteniendo una nueva relación con la realidad que se le concede, a la vez más concreta y atenta a ciertos principios. El juez debe dar un significado

concreto a los principios de cada situación. La norma ya no tiene un contenido general y universal deducible *a priori*, corresponde al juez actualizar y contextualizar constantemente su espíritu (Garapon, 1996, p. 253).

Se entiende también que es correcto el requisito de que los miembros de la comisión conozcan la teoría y la práctica de los métodos autocompositivos, ya que, como se establece en el artículo 5° de la Resolución número 510 del CNJ, el desempeño de las Comisiones Regionales debe cumplir con los principios de mediación y conciliación, tales como independencia, imparcialidad, autonomía de la voluntad, oralidad, rapidez, informalidad y toma de decisión informada.

El principio de toma de decisión informada, como explica Spengler (2019) está relacionado con garantizar que las partes de una mediación comprendan con precisión las consecuencias jurídicas y extrajudiciales de los acuerdos que se alcancen. Esta es una actividad que no debe ser realizada por los mediadores, porque deben “generar condiciones para que ocurra un aprendizaje social capaz de transformar experiencias conflictivas en oportunidades para identificar intereses y necesidades” (Estivalet, 2018). Así, queda reservado a los abogados, al Ministerio Público y a otros operadores jurídicos, presentes en las sesiones, observar el principio de decisión informada que puede traducirse como

[...]el derecho de todos los participantes en las sesiones a recibir información cuantitativa y cualitativa sobre la composición que están llevando a cabo, para no verse sorprendidos por consecuencias inesperadas de la dirección o propuesta por la que han optado, sobre todo porque han contado con la intermediación de un mediador (Spengler, 2017).

Es importante mencionar que, según lo determinado por el Supremo Tribunal Federal (STF) en el Alegato de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) 828, la comisión funciona como órgano auxiliar del juez de la causa, que conserva el poder de decisión. Es decir, se respetan las normas para establecer la competencia, así como el principio del juez natural², establecido en el artículo 5°, LIII y XXXVII de

² El artículo 5° de la Constitución Federal de 1988 establece que todos son iguales ante la ley, sin distinción de ningún tipo, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la

la Constitución Federal. Según Sarlet, Marinoni y Mitidiero (2012), el juez natural es un tercero, *giudice terzo e imparziale*, según lo dispuesto en el art. 111 de la Constitución Italiana. La imparcialidad, para el autor [...] “tiene por objeto producir una decisión justa, conforme el ordenamiento jurídico, cuyo dictado promueva la igualdad, proteja la seguridad y garantice la coherencia” (Sarlet; Marinoni; Mitidiero 2012, p. 644).

Es posible que el juez del caso supervise todas las gestiones realizadas por los miembros de la comisión. Estas gestiones, como se analizará a continuación, tienen como objetivo principal evitar el uso de la fuerza pública en la ejecución de órdenes de recuperación o desalojo y restablecer el diálogo entre los implicados en el conflicto. Podría cuestionarse si la participación del juez encargado de llevar el caso, acompañando el proceso y contactando con los litigantes en los espacios territoriales en que se desarrolla el conflicto, puede verse influida de alguna manera que ponga en peligro su imparcialidad. Sin pretender agotar el tema, la respuesta a esta pregunta requiere una profunda reflexión sobre el modelo contemporáneo de jurisdicción.

Marinoni, Arenhardt, Mitidiero (2016), al describir la transformación del principio de legalidad, explican que en el Estado legislativo utópico se imaginaba una sociedad hegemónica, compuesta por individuos dotados de las mismas necesidades, suponiendo que todos eran libres e iguales. Esta abstracción, que llevaba a ignorar las desigualdades sociales, era típica del Estado liberal e inspiró la idea de que la ley podía ser genérica y abstracta. Sólo el Estado, preocupado por las cuestiones sociales y la inserción del ciudadano en la sociedad, ha permitido abandonar el positivismo clásico, partiendo de una perspectiva pluralista sobre las fuentes de las leyes. Ocurre que el reconocimiento de que “la ley es el resultado de la coalición de las fuerzas de diversos grupos sociales, y por esta razón a menudo adquiere contornos no sólo nebulosos, sino también egoístas” (Marinoni; Arenhardt; Mitidiero, 2016, p. 56), permitió percibir la necesidad de que los principios de justicia se establezcan como

seguridad y a la propiedad. Añade: “XXXVII – no habrá juicio ni tribunal de excepción”; “LIII – nadie será procesado ni condenado sino por la autoridad competente”. El artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – de la que Brasil es signatario, establece que toda persona tiene derecho a ser oída por “juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido previamente por la ley”.

normas constitucionales. El Estado Constitucional exige que la norma jurídica sea entendida desde un punto de vista crítico en relación con la Constitución, por lo que la actividad jurisdiccional ha sufrido profundas transformaciones. Los deberes de los jueces ya no son simplemente ajustar los hechos a la ley, sino implementar constantemente los principios consagrados en la Carta Magna. Así, el Poder Judicial contemporáneo debe estar centrado en la comprensión e interpretación de los principios constitucionales de justicia y derechos fundamentales, de modo que

[...] el juez ya no es la boca de la ley, como quería Montesquieu, sino el proyector de una ley que tiene en cuenta la ley a la luz de la Constitución y, por lo tanto, hace los ajustes necesarios para remediar sus imperfecciones o encontrar una interpretación adecuada, pudiendo incluso considerarla inconstitucional en el caso de que su aplicación no sea posible frente a los principios de justicia y derechos fundamentales (Marinoni, Arenhardt, Mitidiero, 2016, p. 67).

Concluyendo que, puesto que el magistrado ya no es *la bouche de la loi*, es necesario establecer un concepto contemporáneo de imparcialidad, a la luz de la Constitución Federal, vinculado a la realidad social concreta y ya no meramente abstracto como se ha mantenido utópicamente durante siglos.

La comisión puede actuar de manera preventiva, antes de la interposición de la acción posesoria que involucre conflictos de tierras y, después de iniciado el proceso judicial, en cualquier etapa del litigio, incluso después de la decisión definitiva e inapelable de reintegro de la posesión o de la orden de desalojo, conforme lo regula el Consejo Nacional de Justicia (art. 4º, § 2º, de la Resolución 510 del CNJ). De conformidad con lo dispuesto en el artículo 565 del Código de Procedimiento Civil, en los conflictos colectivos de carácter posesorio, si la ocupación inició hace más de un año, se debe designar una sesión de mediación. Tras la decisión del STF emitida en el ADPF 828, esta etapa esencial, previa a los desalojos colectivos, contará ahora con la participación de las Comisiones Regionales de Soluciones de Conflictos de Tierras, según lo previsto en el § 3º, del art. 4º, de la Resolución 510 del CNJ.

Incluso si la comisión no logra resolver el litigio, el trabajo que realiza, según el artículo 3º de la Ley Conjunta 001/2023 – P y CGJ, puede

servir de apoyo operativo a los jueces y magistrados encargados de juzgar las acciones cuyos actos de desalojo entra en el ámbito de aplicación del ADPF 828, es decir, las acciones que implican desalojos y desalojos colectivos (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2023).

Entre las diversas atribuciones de las comisiones regionales, cabe destacar que la primera que realizan luego de recibir el proceso es la visita técnica a las zonas sujetas a conflicto colectivo de tierras. Por su relevancia, merece un examen cuidadoso, que tendrá lugar en el siguiente tema.

3. Atribuciones de las Comisiones Regionales de Soluciones de Conflictos de Tierras: visitas técnicas

Las visitas técnicas, reglamentadas por el Consejo Nacional de Justicia, no se confunden con la inspección judicial prevista en los artículos 440 y 481 del Código de Procedimiento Civil. Según el artículo 9° de la Resolución 510 del CNJ, se trata de una medida de naturaleza diferente, a saber,

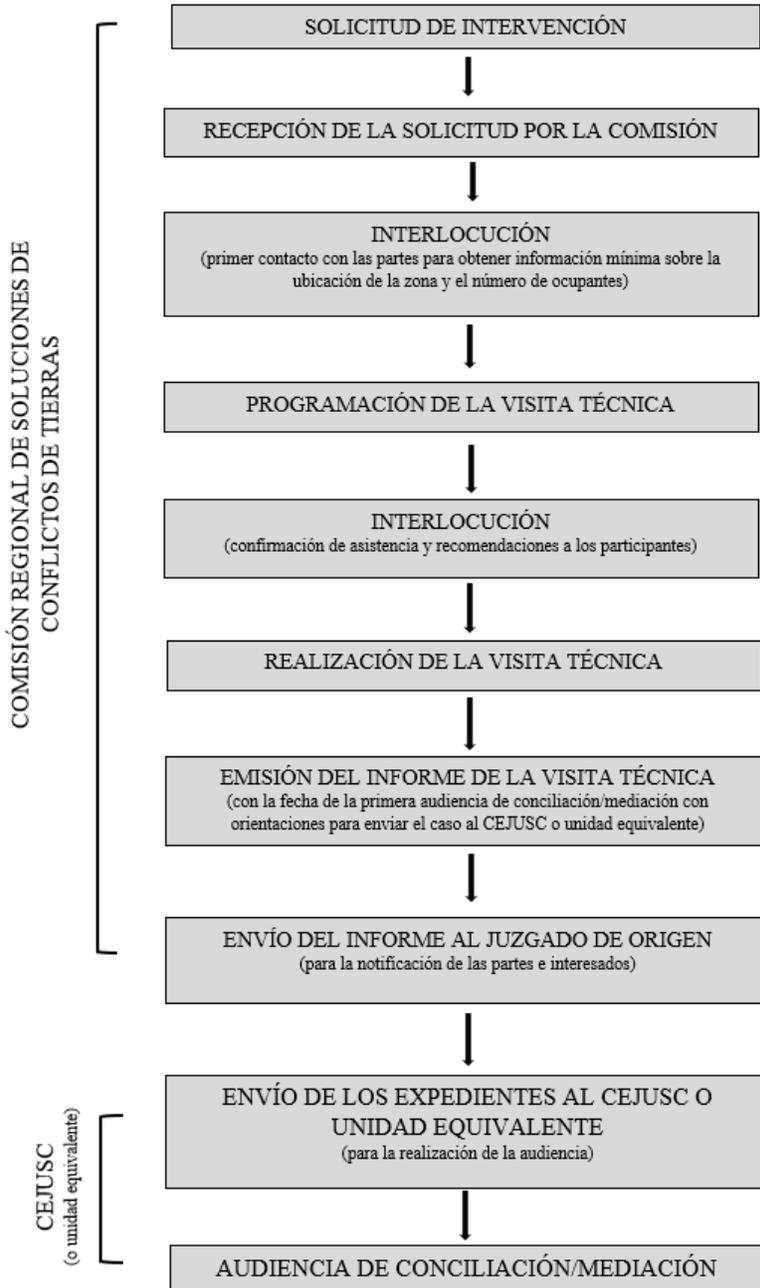
[...] medida que emana del mandato del art. 126, párrafo único, de la Constitución Federal y atiende a la exigencia del art. 2°, § 4°, de la Ley Federal 14.216/2021, además de ser un acto que amplía el conocimiento del caso por parte del Juez, posibilita un mejor tratamiento del conflicto y favorece la creación de un ambiente de conciliación o mediación (Conselho Nacional de Justiça, 2023).

La solicitud de intervención de la Comisión Regional puede ser formulada por el Ministerio Público, Defensoría Pública, las partes involucradas en el conflicto o cualquier otro interesado, en cualquier etapa del proceso. El magistrado que lleve el caso lo remitirá a la comisión, sin perjuicio de que la existencia del conflicto ya le haya sido comunicada directamente, por alguna de las partes o interesados, según lo establecido en el artículo 4° de la Resolución 510 del CNJ.

La sentencia dictada por el Supremo Tribunal Federal en la ADPF 828 atribuye a las comisiones la responsabilidad de realizar visitas técnicas a las zonas en disputa y celebrar sesiones de mediación tomando como referencia el modelo adoptado por el Tribunal de Justicia de Paraná. También les permite proponer estrategias para reanudar la ejecución de las decisiones suspendidas, es decir, las relativas a los desalojos colectivos, de manera gradual y escalonada.

Es importante mencionar que la Resolución 510 del 26 de junio de 2023 es inclusiva, ya que establece expresamente en el § 2°, del artículo 2° sobre el derecho a ser invitados a participar de las reuniones y/o audiencias, a criterio de la Comisión Regional, representantes de los movimientos sociales, sociedad civil y todos los órganos y entidades que puedan colaborar para la solución pacífica del conflicto, a nivel federal, estatal y municipal. Además, podrá contar con equipos multidisciplinarios, y se admitirá la cooperación interinstitucional con los demás Poderes y el trabajo de profesionales del Ministerio Público, de la Defensoría Pública y del ámbito federal, estatal o municipal, conforme lo previsto en el § 3° del citado artículo. De lo anterior se puede concluir que es altamente recomendable que las visitas técnicas sean precedidas de numerosas reuniones, en las que participen los movimientos sociales, la sociedad civil y todos los órganos y entidades que tengan la posibilidad de contribuir a la construcción de una salida pacífica del conflicto. Para comprender mejor los momentos y las formas de intervención de la comisión, se reproduce el siguiente diagrama de flujo que brinda claridad sobre los pasos a superar por las comisiones, cada vez que se les somete un conflicto de posesión:

Figura 1 – Diagrama de Flujo



Fuente: Conselho Nacional da Justiça, 2023.

Una vez finalizada la fase de reuniones preliminares para la visita técnica, como se puede observar en el diagrama de flujo anterior, se programará la misma. Sin embargo, incluso antes de que se lleve a cabo, necesariamente habrá contacto con el demandante y con los ocupantes de la zona, sus líderes o con cualquier movimiento social que los apoye, informándoles en detalle sobre el propósito y el itinerario, con el fin de crear un ambiente propicio al diálogo, según lo dispuesto en el § 1º, del art. 10 de la Resolución 510 del CNJ (Conselho Nacional de Justiça, 2023). En la fecha designada, la comisión regional visita el lugar, documentando en la medida de lo posible, las medidas adoptadas. La Comisión Nacional de Conflictos de Tierras también podrá realizar visitas técnicas y elaborar el informe respectivo, de acuerdo con el inciso V, del artículo 1º, de la Resolución 510 del CNJ, ya que tanto las comisiones regionales como las nacionales podrán hacer uso de la asesoría y capacitación del Consejo Nacional de Justicia – CNJ, y funcionarán, en los casos judicializados, como órgano auxiliar del juez de la causa, quién conserva el poder de decisión.

Durante la visita técnica se puede registrar a los ocupantes, identificar el perfil socioeconómico de los afectados, y dar a conocer que la zona es objeto de disputa legal. Se trata de comprobar el número de niños, niñas y adolescentes que viven en la zona, adultos mayores, personas con discapacidad, enfermos, mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente. También se busca conocer si las personas reciben ayuda de organismos de asistencia social y/o si realizan algún tipo de trabajo, formal o informal. Según el modelo de informe de visita técnica (Anexo II de la Resolución 510 del CNJ) además de identificar la zona, se agregan elementos como verificar la existencia de conexiones clandestinas de agua y electricidad, estado de las viviendas, condiciones y antigüedad de los edificios. También se señala si son precarias y/o insalubres y, si existen servicios esenciales en el local, como recolección de basura, saneamiento básico etc. El objetivo es instrumentalizar el informe con imágenes existentes de *GoogleMaps* que puedan ser comparadas con fotografías que retratan la vida cotidiana de los residentes y las condiciones en las que viven, tomadas por la comisión durante la visita técnica. Además, se verifica la existencia de negocios en la zona, como tiendas de abarrotes, panaderías, atención médica, acceso

a la educación, especialmente para los residentes más vulnerables. Finalmente, se recoge la historia de la ocupación, tratando de comprender sus motivos, orígenes y posible destino de los ocupantes en caso de desalojo (Conselho Nacional de Justiça, 2023). Naturalmente, hay que tener en cuenta que una población esencialmente rural no debe ser reubicada en una zona urbana. Por eso es importante comprender el contexto en el que se produce, ver si, por ejemplo, existe algún tipo de producción rural y a su respectiva comercialización, la distribución del trabajo y los ingresos obtenidos, si los residentes tienen algún registro en organismos oficiales como el CADPRO (Registro de Productores Rurales) y comprobar a que movimiento social está vinculado.

En síntesis, la visita técnica busca elementos que vayan más allá de la discusión sobre la posesión y/o propiedad. Pretenden comprender las repercusiones sociales de las ocupaciones colectivas, especialmente en lo que se refiere a su contexto histórico y social, así como los posibles daños económicos y de derechos que puede producir una decisión limitada a aspectos formales y que a menudo son irreparables.

Existe al menos un precedente del STF, relativo al incumplimiento del procedimiento aquí analizado, en lo que se refiere a las demandas de recuperación colectiva. En la Reclamación (RCL) 62071, presentada por la Asociación de Productores Rurales de la Agricultura Familiar (Aproaf), se suspendió la decisión de reintegración de posesión emitida por el juzgado de primer grado del Juzgado Civil de Mucajaí, en Roraima, que desalojaría al menos a 50 familias. La suspensión se produjo debido a la inobservancia del régimen de transición estipulado por el Supremo Tribunal Federal en el Alegato de Incumplimiento de un Precepto Fundamental (ADPF) 828. En otras palabras, la inobservancia de los procedimientos preparatorios definidos por el Supremo Tribunal Federal y reglamentados por el Consejo Nacional de Justicia, mediante la Resolución 510 del 26 de junio de 2023, viene produciendo efectos jurídicos estrechamente vinculados a la realización del principio de dignidad humana.

4. Conclusión

El Poder Judicial brasileño experimenta una serie de conflictos de intereses, que involucran a múltiples partes y que, por su complejidad, provocan la reflexión sobre la necesidad de ampliar y/o flexibilizar las normas procesales civiles. Estas demandas han recibido especial atención por parte de la doctrina y la jurisprudencia y, bajo la influencia del derecho estadounidense, han pasado a denominarse medidas estructurales o estructurantes.

Las decisiones tomadas en los pleitos de posesión colectiva Suelen afectar a un número significativo de individuos en condiciones de vulnerabilidad, como adultos mayores, niños, niñas, adolescentes, personas con discapacidad, etc. y evidencian el *déficit* operacional del sistema tradicional de prestación jurisdiccional. De ahí la imperiosa necesidad de buscar una solución adecuada a los complejos conflictos posesorios, con la participación de los movimientos sociales, el poder público y la sociedad civil, así como del Ministerio Público y la Defensoría Pública. Se entiende que esta puede ser una forma no sólo de resolver conflictos jurídicos, sino también de preservar y garantizar los derechos fundamentales de una gran parte de la población brasileña.

Así como la Resolución 125 del Consejo Nacional de Justicia, del 29 de noviembre de 2010 fue emitida cuando se evidenció la insostenibilidad del sistema, la Resolución 510, que trata sobre las Comisiones Nacional y Regional de Soluciones de Conflictos de Tierras, también evoca la obligación de establecer políticas públicas para la adecuada solución de problemas jurídicos complejos. Mostrándose, al mismo tiempo, sensible ante la creciente escalada, en la sociedad, del número de demandas de carácter posesorio y, preocupado por la necesidad de hacer más inclusivo el Poder Judicial, se concluye que la mejora de los nuevos mecanismos analizados requerirá que sean absorbidos y puestos en práctica, incansablemente, por todos los operadores jurídicos comprometidos con la construcción de una sociedad más justa e igualitaria.

Referencias

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Conflitos no Campo Brasil 2022*. Goiânia: Comissão Pastoral da Terra, 2023. 257 p. Disponible en: <https://www.cptnacional.org.br/downloads?task=download.send&id=14302&catid=41&m=0>. Acceso en: 1 nov. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução 125, del 29 de noviembre de 2010*. Dispone sobre la Política Judicial Nacional para el tratamiento adecuado de los conflictos de intereses en el ámbito del Poder Judicial y dicta otras disposiciones. Brasília, 2010. Disponible en: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado160204202007225f1862fcc81a3.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução 510, del 26 de junio de 2023*. Reglamenta la creación, en el ámbito del Consejo Nacional de Justicia y de los Tribunales, respectivamente, de la Comisión Nacional de Soluciones de Conflictos de Tierras y de las Comisiones Regionales de Soluciones de Conflictos de Tierras, establece lineamientos para la realización de visitas técnicas en zonas sujetas a litigio de posesión y establece protocolos para el tratamiento de acciones de desalojo o recuperación de inmuebles destinados a vivienda colectiva o a áreas productivas para poblaciones vulnerables. Brasília, 2023. Disponible en: <https://atos.cnj.jus.br/files/original13433320230628649c3905c2768.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023.

ESTIVALET, Josiane Caleffi. A autocomposição no Poder Judiciário e o relatório Justiça em Números: novos caminhos a serem trilhados. In: AJURIS, Escuela Superior de la Magistratura; ALBERTON, Genaceia da Silva (Orgs.). *Mediação em perspectiva*. Porto Alegre: Editora Mikelis, 2018, p. 101-129.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Instituto Piaget, 1996.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Proposta metodológica para classificação dos espaços do rural, do urbano e da natureza no Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia y

Estadística - IBGE, 2023. 178 p. Disponible en: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv102019.pdf>. Acceso en: 2 nov. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 2 ed rev. actual. y ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Dicionário de Mediação*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de Conflitos – da teoria à prática*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Derecho Constitucional y Civil. Alegato de Incumplimiento de Precepto Fundamental. Derecho a la vivienda y a la salud de las personas vulnerables en el contexto de la pandemia de covid-19. Régimen transitorio. *Referendo na Quarta Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828 Distrito Federal*: Inteiro teor de Acórdão, Supremo Tribunal Federal, 2 nov. 2022. Disponible en: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355042872&ext=.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Ato Conjunto nº 001/2023-P*. Crea la Comisión Regional de Soluciones de Conflictos de Tierras del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2023. Disponible en <https://www.tjrs.jus.br/novo/jurisprudencia-e-legislacao/publicacoes-administrativas-do-tjrs/>. Acceso en: 01 nov. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Portaria nº 118/2023-P*. Nombra los miembros de la Comisión Regional de Soluciones de Conflictos de Tierras del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2023. Disponible en <https://www.tjrs.jus.br/novo/jurisprudencia-e-legislacao/publicacoes-administrativas-do-tjrs/>. Acceso en: 01 nov. 2023.

LOS MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (MASC) EN UN CONTEXTO DE JUSTICIA DELIBERATIVA A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA¹

Nuria Belloso Martín²

1. Introducción

El 12 de abril de 2022 el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (PLMEP) que fue remitido al Congreso de los Diputados, y publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 22 de abril de 2022. En esas mismas fechas se aprobó y publicó el Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. El 12 de septiembre de 2022, en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, se ha publicado el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia (121/000116).

Eficiencia procesal, eficiencia organizativa y eficiencia digital se configuran como tres ejes de lo que pretende ser una renovación del ahora denominado “Servicio Público de Justicia” a las nuevas necesidades

¹ El presente trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de investigación “*Ontem, hoje e amanhã: cartografia das políticas públicas brasileiras auto e heterocompositivas de acesso à justiça*”, de Brasil, cuya investigadora principal es Fabiana Fabion Spengler. CNPq/MCTI/FNDCT 18/2021 UNIVERSAL Processo: 407119/2021-3

El texto que ahora se presenta corresponde a una versión resumida del capítulo de libro “Los medios adecuados de solución de conflictos (MASC) en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia. Novedades y retos pendientes en un contexto de justicia deliberativa”, en CALAZA LÓPEZ, Sonia; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko. Madrid: Aranzadi-La Ley, 2023 (actualmente en prensa).

² Catedrática de Filosofía del Derecho Universidad de Burgos (España).

organizacionales, legislativas y tecnológicas. Los tres textos son piezas de un mismo armazón para hacer posible lo que casi se podría considerar una revolución en dicho Servicio Público de Justicia, y que constituyen la base del programa Justicia 2030, que pretende transformar el servicio de Justicia para hacerlo más eficiente. No son compartimentos estancos, sino que las novedades y reformas que establece cada una de estas Leyes se proyectan en las otras y a la recíproca.

Es sabido que, hasta el último momento, se han albergado dudas sobre si surgiría algún obstáculo que demorara la promulgación de la Ley. Tales pronósticos se han cumplido y, la convocatoria a finales del mes de mayo, por parte del Presidente del Gobierno, de elecciones Generales para el pasado día 23 de julio de 2023, ha provocado que los proyectos de ley que estaban tramitándose- como es el caso que nos ocupa- no puedan concluir su aprobación. Tal circunstancia ha abierto un periodo de incertidumbre con relación a cuál será el futuro (si se aprobará, si se aprobará con cambios sustanciales con respecto al proyecto de Ley que hemos manejado o, si finalmente se abandonará) -dado que, cuando acabamos de escribir estas líneas, el acto de investidura del Presidente del Gobierno aún está pendiente y no se tiene seguridad si será investido el anterior Presidente del Gobierno-.

Para quienes trabajamos en temas relacionadas con la mediación, tal situación nos retrotrae a la ya vivida con el Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación, de 11 de enero de 2019 que, finalmente, quedó en un cajón. Conviene subrayar que tal situación no nos resulta ajena en cuanto que la mediación se gestó sin normativa de apoyo y se fue desarrollando y consolidando, en no pocas Comunidades Autónomas, sin que existiera ley que la diera cobertura. Además de seguir apostando por la mediación como forma más consolidada y experimentada de gestión de conflictos, y de continuar reivindicando una mayor difusión entre los ciudadanos e impulso y apoyo por parte de las instituciones con respecto a la misma, de nuevo, este “intermedio” legislativo forzado por los acontecimientos políticos, abre la posibilidad de clarificar algunas de las dudas que planteo, así como acoger más claramente los entornos virtuales.

La búsqueda de la ansiada eficiencia en el sistema de Administración de Justicia es un anhelo perseguido desde hace muchos años. Destacados procesalistas, como el italiano, M. Taruffo, han dedicado páginas a esta

vexata quaestio, centrándose -entre otras soluciones- en el examen de las ADR, respecto de las cuales se ha mostrado crítico en general (y con respecto a Italia en particular): ha dudado de que sean capaces de asegurar una tutela efectiva y eficiente de los derechos o que el proceso deba de ser abandonado a su destino y que las partes actúen por sí mismas —en el marco del llamado ámbito privado— para solucionar sus conflictos. Pone el acento en que el problema de la (in)eficiencia de la jurisdicción no se puede solucionar con una especie de huida de la jurisdicción y que la jurisdicción sigue siendo la primera alternativa además de la principal (Taruffo: 2007).

Serán numerosas las voces que surjan al hilo de la promulgación del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia (en adelante, PLMEP), unas escépticas, otras esperanzadas en cuanto a que a los MASC se abra la oportunidad de demostrar los beneficios que pueden aportar a la eficiencia y eficacia -y justicia, añadiría- del servicio público de Justicia (López Yagües, 2022; Pérez Daudí: 2022).

2. Algunas notas críticas e interrogantes sobre la regulación de los MASC

El Título I del PLEP, dividido en tres capítulos, es el que regula los MASC.

El Proyecto de Ley define los MASC, como “cualquier tipo de actividad negociadora, tipificada por esta u otras leyes, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral” (art. 1 PLMEP). Se explica que con los MASC se pretende reducir la litigiosidad y carga de los tribunales mediante la instauración de un proceso de negociación previa a las demandas civiles y mercantiles con la finalidad de que las partes enfrentadas encuentren una solución extrajudicial al conflicto, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral. La implementación de los MASC se apoya en la potenciación de la responsabilidad individual del sujeto en la resolución de sus conflictos.

El legislador se remite a la “máxima de la Ilustración y del proceso codificador: que antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar

por el templo de la concordia”. No ha dejado de despertar susceptibilidad un “proyecto normativo cuya capital ambición no descansa en la modificación del proceso judicial... sino en lo que ocurre antes de llegar a él” (Escudero Moratalla et al.: 2021).

En lugar de tranquilizar, resulta preocupante que cuando se hace referencia a los MASC, se subraye la ya consabida ventaja de que “ayudarán a descongestionar los juzgados y serán un instrumento negociador y democratizador”. Surge la sospecha de que la finalidad de descongestionar los tribunales sea la que prime y no la de que se confíe en las bondades de los métodos cooperativos y consensuales

El legislador ha recurrido a intentar sacar del sistema de la Administración de Justicia buena parte de los asuntos civiles y mercantiles, de manera que se resuelvan (al menos, que se demuestre que se ha intentado resolver antes de llegar a los tribunales a través de los MASC). En cierta manera, podría interpretarse como una externalización de los servicios, una colaboración con el sector privado (negociadores, mediadores, terceros expertos). Ello ya ha despertado algunas dudas sobre si esta reforma que incorpora los MASC “supone la mejora del servicio público de Justicia, o, por el contrario, supone la creación de un servicio privado de Justicia”, es decir, si estamos ante un tránsito de la Justicia pública hacia la Justicia privada, si la externalización de la Justicia es la única fórmula para recuperar la eficiencia perdida (Colmenero Guerra, 2022).

Son varios los aspectos novedosos (y también polémicos) que se pueden encontrar, y que ahora me limito casi telegráficamente a enunciar tres:

a) La terminología de los MASC: métodos “adecuados” (“medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional”), ¿adecuados con respecto a qué? ¿Para qué? ¿más adecuados comparados con qué? ¿se refiere a que más adecuados que el proceso judicial? ¿o que entre los MASC hay que buscar el adecuado según el tipo de conflicto de que se trate: Y si es así, ¿quién opta por uno u otro MASC? ¿el justiciable, el abogado que asesora a cada parte, el juez que derive a los MASC?

Por otro lado, se incluyen prácticas que, en puridad no son MASC, como la “negociación” a secas, la “conciliación privada”, la “oferta vinculante confidencial”, o la “opinión neutral de experto independiente.

b) La obligatoriedad como requisito de procedibilidad: La evolución desde lo que iba a ser una “voluntariedad mitigada” - derivar a las partes a una sesión informativa de mediación previa antes de acudir a los tribunales- en la mediación, que se alza sobre la condición de que todas las personas medidas participen voluntariamente en el procedimiento, a lo ahora establecido en la Ley sobre una obligatoriedad para todos los MASC, debería de haberse explicado más ampliamente. ¿Cuál es el propósito del legislador? ¿impulsar un cambio cultural que favorezca una mayor utilización de estos métodos adecuados de resolución de conflictos? ¿Ha considerado que sólo con esta pretendida obligatoriedad era posible? ¿No habría bastado con una sesión informativa obligatoria? ¿No hay temor a que, “hecha la ley, hecha la trampa”

c) La regulación del abuso del servicio público de Justicia: utilización indebida del derecho fundamental de acceso a los tribunales con fines meramente dilatorios o cuando las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación. Si de la actitud de una de las partes con respecto a los MASC se deduce que ha habido tal abuso, puede ser determinante en la decisión sobre la imposición o exoneración de las costas procesales. Me temo que quién debe de pagar las costas procesales será una nueva fuente de conflictos.

Aquí me voy a limitar a examinar brevemente si el modelo de “justicia deliberativa” al que se refiere el legislador en la Exposición de Motivos del PLMEP, aporta y constituye el contexto idóneo para los MASC.

3. Un modelo de justicia deliberativa como ¿contexto idóneo para los MASC?

Con respecto a los MASC, el texto legal señala que se trata de un “sistema que se enmarca dentro del movimiento de lo que la filosofía del derecho denomina la justicia deliberativa, que no es monopolio de los cuerpos judiciales ni de la abogacía, sino que pertenece a toda la sociedad civil”. El modelo de justicia deliberativa es poco conocido, a diferencia del concepto de democracia deliberativa (Cortina: 2017), con respecto del que sí abundan los estudios. Son numerosas las clasificaciones que se hacen de la justicia (desde justicia climática a la justicia global) pero no es común la referencia a justicia deliberativa, lo que lleva a preguntarse cuál es el

fundamento que ha utilizado el legislador, ya que no se especifica más ni se alude a sus fundamentos. Analizaré qué implicaciones y qué consecuencias tiene para los MASC considerarlos parte de un sistema de justicia deliberativa, ya que los interrogantes que surgen son también numerosos:

¿se trata de un sistema más democrático?

¿refleja una justicia abierta a la autonomía y negociación de las partes?

¿Significa que la administración de justicia debe de impartirse a partir del diálogo y de la deliberación?

¿Son los MASC esa fórmula?

¿Se rompe con el criterio de Justicia impuesta “desde” y “por” un agente externo?

Si el proceso judicial es un sistema heterocompositivo, ¿qué rol debe desempeñar el Poder Judicial en un contexto de justicia deliberativa? ¿Y qué papel desempeña el concepto de poder?

El verbo “deliberar” proviene del latino *libra*, es decir, *balanza*-. Así pues, delibera quien “considera atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos”.

Es decir, el deliberacionista entiende la deliberación como el instrumento capaz de transformar afirmaciones como “yo prefiero esto” a “me interesa aquello” en “queremos un mundo en que tal cosa sea posible” (Cortina: 2004). Es el paso del “yo” al “nosotros” a través de la formación democrática de la voluntad. El deliberativo valora el momento de hacer propuestas, los argumentos que se barajan, las objeciones por las que ciertos argumentos se rechazan, el acuerdo entre las partes acerca de determinados objetivos, el compromiso que cada uno adquiere para llevar a cabo su parte y actuar conjuntamente. Es este modelo deliberativo, auspiciado por una justicia deliberativa, en el que los MASC -como señala el legislador-, encuentran el ámbito propicio para desplegar su potencialidad.

Una justicia deliberativa se asienta, entre otros valores, en la autonomía (agencia) del sujeto, en la ética de la otredad, en la comunicación y en la equidad. No basta con configurar los MASC exclusivamente como procedimientos, sino que la fundamentación que subyace a los mismos es esencial para comprender su función y finalidad (Levinas, 2001).

Los presupuestos éticos (Levinas y la otredad), el ideal comunicativo discursivo (Habermas)³, el principio de la justicia (dar a cada uno lo suyo”), la equidad (Aristóteles, “esa rectificación de la ley allí donde resulta defectuosa en razón de su generalidad”), todos ellos se proyectan en la mediación (que no se limita al mero procedimiento, sino que pretende sacar a la superficie las necesidades y acordar con la otra parte en conflicto cómo satisfacerlas).

Ello lleva a concluir que los MASC en general -y la mediación en particular- no son superiores a la composición judicial del conflicto por sus siempre recordadas ventajas con respecto al proceso (menor coste psicológico, menor coste económico, más celeridad, más flexibilidad, etc.) sino, principalmente, por su superioridad moral, en la medida en que en los MASC -aunque en unos más que en otros-, las partes son llevadas a tratarse con igual dignidad y respeto a la autonomía moral.

4. Conclusiones

El texto del PLEMP, para que efectivamente venga a aunar todas las esperanzas que se han puesto en el mismo en cuanto que signifique el espaldarazo necesario a los medios complementarios de gestión de conflictos a la vía judicial en general, y a la mediación en particular, requiere de mejoras y de cambios, entre los cuales, señalo:

- reconocer y otorgar al procedimiento de mediación un nivel consolidado con respecto a los demás MASC;
- clarificación del concepto y procedimiento respectivo de cada MASC para evitar inseguridad jurídica, así como el requisito de procedibilidad;
- explicitar el papel de la abogacía en los MASC;

³ Precisamente, Habermas acaba de publicar un libro (2023) en el que se cuestiona el nuevo cambio en la estructura de la esfera pública, provocado por Internet y las redes sociales en el contexto de un ecosistema mediático híbrido, descentralizado y reticular. Señala que esta transformación está impactando el funcionamiento deliberativo de los sistemas democráticos y la reproducción simbólica del mundo de la vida, con una fragmentación de la esfera pública y la pulverización de las opiniones generales. Se borra así un espacio colectivo de intermediación, esencial para la libre formación de la voluntad política, para la deliberación democrática y para nuestros propios procesos de aprendizaje y reflexión.

- clarificar la gratuidad (o no) del procedimiento;
- incorporar un sistema premial para quien recurra a los MASC y no solamente penalizador;
- regular el estatuto de la tercera persona neutral a la mayor brevedad.

Son aún muchos los interrogantes que quedan en el aire: cómo introducir las cláusulas MASC en los contratos, el papel que está llamado a desempeñar el/la abogado/a, la forma probatoria de que se ha intentado previamente a acudir a la vía judicial llegar a un acuerdo mediante uno de los MASC, cómo resolver la penalización en costas para aquella parte que no haya aceptado un acuerdo en unos términos muy similares a lo que la sentencia judicial ha establecido -e incluso, si esta posibilidad, de forma paradójica, no será una fuente de litigios judiciales al no haber utilizado un MASC, precisamente, llamado a evitar conflictos en sede judicial-.

La Justicia deliberativa no constituye un constructo que, por su simple enunciado en el texto legal, vaya a conllevar un conjunto de transformaciones y de confianza en estas modalidades consensuales. No parece ser ese el caldo de cultivo que impulsa los MASC. La educación en una justicia deliberativa se presenta como imprescindible y urgente, ya que será la única forma de que se valoren los MASC, no sólo por las ventajas que aportan, sino por los valores que ayuda a sustentar.

El sector más crítico con respecto a los MASC tiene la sospecha de que solo se pretende establecer una especie de “barrera legal” para que los pleitos tarden en llegar al Juzgado. Desde otra perspectiva, y tal y como ha puesto de manifiesto el CGPJ en su Informe (Apartado 21), se podría hacer la lectura de que la jurisdicción es la “última ratio”, como si se la dejara en un segundo plano, a modo de último reducto, para la solución de los conflictos.

Retomando el postulado de revestir a los MASC de un “halo de justicia deliberativa”, debo insistir en que deben de configurarse, regularse, desarrollarse y aplicarse, de manera que no sean sólo una condición procedimental, sino que aporten el contenido de justicia y de equidad al acuerdo. Precisamente, esta será una de las virtudes que permitan que los MASC no se consideren un mero trámite burocrático, sino que aporten el sentido de un “acuerdo justo”, ajustado a los intereses (y no a las posiciones) de las partes (Calvo Soler: 2017).

Referencias

CALAZA LÓPEZ, S. Ya Llegan los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional: cuanta más desjudicialización, mejor. **Actualidad civil**, n. 6, 2022. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=8560975>

CALVO SOLER, R. **Donde la justicia no llega. Cuando el proceso judicial no acompaña**. Barcelona: Gedisa, 2017.

COLMENERO GUERRA, J. A. Algunas consideraciones sobre la reforma de los MASC en el Anteproyecto de eficiencia procesal del servicio público de Justicia. **La Ley. Mediación y arbitraje**, n.10, 2022. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=8467828>

CORTINA, A. Democracia deliberativa. Diario **El País** (24.08.2004). https://elpais.com/diario/2004/08/24/opinion/1093298406_850215.html

ESCUADERO MORATALLA, José Francisco; FERNÁNDEZ ALAYA, Rosalía; PEREA GONZÁLEZ, Álvaro; PIÑAR GUZMÁN, Blas; QUINTANA GARCÍA, Amparo; SANTANA TRUJILLO, Aitor. Plan de Choque de la Justicia. Diálogos para el futuro judicial XIX. Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC). **Diario La Ley** (05/02/2021). <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2021/02/10/dialogos-para-el-futuro-judicial-xix-medios-adecuados-de-solucion-de-controversias-masc>

HABERMAS, J. **Nuovo mutamento della sfera pubblica e política deliberativa**, edición italiana editada por Marina Calloni, Rafael Cortina Editore, 2023.

HINOJOSA SEGOVIA, R. Los medios adecuados de solución de controversias [MASC] en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia. **La Ley. Mediación y arbitraje**, n. 11, 2022 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=8507114>

LEVINAS, E. **Entre nosotros. Ensayos para pensar en otro**. Valencia: Pre-textos, 2001.

PÉREZ DAUDÍ, V. Los MASC y el proceso civil. Propuestas de reforma del Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal. **Diario La Ley**, n. 10121, 2022. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=8546716>

TARUFFO, M. Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de los conflictos” Texto de la ponencia expuesta por el autor en el **9º Seminario sobre Derecho y jurisprudencia**, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, del Colegio de Registradores de España, los días 21-22 de julio de 2007. Traducción de Carmen Casado Navarro, pp.1-13. https://www.fcjuridicoeuropeo.org/wp-content/uploads/file/jornada9/2_TARUFFO_2_2.pdf

VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo; GARCÍA VILLALUENGA, Leticia. Los MASC en la Ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia: muchos caminos para la concordia”. **DOSSIER Análisis, alcance y repercusión de los MASC en la futura LMEP**, Navarra: Aranzadi, mayo 2023, pp. 5-16.

Informes y Jurisprudencia

Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación. Consejo de Ministros. Gobierno de España (11.1.2019). https://www.lamoncloa.gob.es/consejo_odeministros/Paginas/enlaces/110119-enlacemediacion.aspx

Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia. BOE. Congreso de los Diputados. 22 de abril de 2022. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF

Enmiendas e Índice de enmiendas al articulado 121/000097. Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia. BOE. Congreso de los Diputados. 3 de febrero de 2023. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-3.PDF

LA CONTROVERTIDA DICOTOMÍA ENTRE ACTUACIONES PATERNALISTAS Y AUTONOMÍA DEL PACIENTE

David Enrique Pérez González¹

1. Consideraciones iniciales

Acerca de la intervención que se produce sobre los individuos autores como Garzón acudiendo al *argumento utilitarista* afirma que "nadie es mejor juez que uno mismo con respecto a lo que daña o no daña los propios intereses: (...) el hombre o la mujer más común tiene (al respecto) medios de conocimiento que superan inconmensurablemente aquellos que puede poseer cualquier otro" (Garzón, 1989, p.158). Sin embargo, aquí Garzón también hace una dura crítica a Mill porque "no es verdad que siempre sepamos mejor que nadie cuáles son nuestros reales intereses y mucho menos sabemos con exactitud qué medidas pueden promoverlos o dañarlos" (Garzón, 1989, p.158). Asevera a su vez Garzón que otro de los argumentos por los que niega el paternalismo jurídico es el que proclama que "la intervención paternalista del Estado destruye la autonomía individual" (Garzón, 1989, p.159), vulnerando así la propia

¹ Profesor Contratado Doctor en la Universidad de La Laguna (ULL). Campus de Guajara. 38200 La Laguna (Tenerife), España (dpergon@ull.es). Es Doctor en Derecho (2002) y Doctor en Medicina (2020). Ha presentado diversas ponencias y comunicaciones a Congresos Nacionales e Internacionales y tiene más de una veintena de publicaciones científicas y ha participado en varios Proyectos de Investigación. Desde el año 2015 es Secretario Académico de la Escuela de Doctorado y Estudios de Posgrado y es Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. Este trabajo se ha realizado al amparo de la ayuda para la recualificación del profesorado universitario funcionario o contratado. Resolución de la Universidad de La Laguna, 5 de julio de 2022, por la que se aprueba la convocatoria complementaria de ayudas para la recualificación del Sistema Universitario Español para 2021-2023, con financiación del Ministerio de Universidades y la Unión Europea-Next Generation EU.

esencia del ser humano que como ser racional que goza de libertad de decisión sobre las cosas que al mismo le conciernen.

Otro argumento analizado es el que hace referencia a que "toda medida paternalista, se dice, presupone por definición una relación de supra y subordinación, que viola uno de los principios básicos de una sociedad democrática: el principio de igualdad" (Garzón, 1989, p.161). Este argumento que se opone al paternalismo genera alguna duda hace referencia a que no todas las actuaciones paternalistas implican necesariamente relación de superioridad en la que una de las partes está siempre por encima de la otra sobre la que ejerce su influencia, sino que, a veces, esta interferencia se hace en alternancia jerárquica, siendo una intervención recíproca y mutua. Como, de hecho, sucede "en el caso del matrimonio de golosos (paternalismo recíproco), lo que produce realmente es una sucesión de relaciones de supra y subordinación, aunque los dos esposos se alternen en la situación de represor y reprimido. Y algo parecido ocurría también con los contratos de Ulises, pues aquí la supra y subordinación existiría en el momento de aplicación de la medida paternalista (la jerarquía no sería ya alternativa, sino transitoria, pero jerarquía al fin y al cabo)" (Atienza, 1989, p.209).

2. Encuadre de las actuaciones paternalistas en el ámbito sanitario

La justificación del paternalismo siempre ha sido analizada conjuntamente con la autonomía y la libertad, pero debemos aclarar, y siguiendo palabras de Díaz Pintos que "la justificación de las intervenciones paternalistas no se plantea bien a partir de su oposición o compatibilidad con la autonomía individual, sino mediante una comprensión más cabal de la opción moral liberal" (Díaz Pintos 1993, p.12). El alegato que defiende las actuaciones paternalistas puede ser de muy variada índole. Es muy común encontrarlo en la idea de justicia, de ahí que Mill en su análisis sobre este principio dice que algo es *justo o injusto, correcto o incorrecto* en base a la idea de castigo, porque "cuando pensamos que una persona tiene el deber en justicia de realizar una acción, es un modo corriente del lenguaje decir que debe ser forzada a ella" (Mill, 1984, pp.109-110). De la misma manera, apunta Camps, que

"el paternalismo se legitima cuando lo que se busca es hacer justicia. Que el débil lo sea menos o deje de serlo. El paternalismo se justifica cuando su ejercicio promueve la distribución de bienes primarios. Pero no se justifica cuando se inmiscuye en la distribución de otro tipo de bienes no regulables colectivamente porque depende de opciones personales no generalizables"(Camps, 1989, p.200). Esta autora distinguía entre *libertad positiva* y *libertad negativa*, que en materia de justificación retoma fuerza, pues la *libertad positiva* es *capacidad de autogobernarse* (Camps, 1989, p.195). Por tanto, "hay que decir que el paternalismo estará justificado siempre y cuando vaya dirigido a hacer posible el autogobierno. No cuando por libertad positiva o autogobierno se entienda la realización de un cierto tipo de persona o sociedad. Digamos que de lo que se trata es de que toda persona lo sea realmente, no de que se haga a imagen y semejanza de un modelo previamente determinado" (Camps, 1989, p.200). Esta autora, y con referencia a esta primera modalidad de libertad, pone como ejemplo una cuestión directamente conectada con el derecho laboral como es la prohibición del trabajo a los niños.

De todos es conocido, por desgracia, que hay empresas y organizaciones que, a pesar de la prohibición a nivel internacional, no sólo en las Constituciones de los diferentes países sino también en disposiciones supranacionales, hacen trabajar a los menores. Este tema ha traído a debate el problema que plantea esta situación, sobre todo, en los países del tercer mundo donde esta práctica es más asidua, pues, en estos casos, no cabe duda, es necesaria la intervención por parte de los Estados y demás instituciones tanto públicas como privadas, que prohíba tales prácticas que suponen un atentado contra los derechos humanos y en base a la cual, la interferencia encontraría su justificación. En este sentido, Camps, que concluye su trabajo dando preponderancia a la justificación del paternalismo, defiende que "el paternalismo no justificado es un engaño, una atención ilegítima al bien del otro. Es, desde luego, difícil delimitar los bienes básicos de los que no lo son. Pero si debe decirse que sí hay y debe haber profesionales competentes para decidir y promover los bienes básicos, sí hay unos deberes institucionales y personales con vistas a la protección de tales bienes, la definición y precisión de los mismos -los bienes primarios- no es competencia de

nadie y es, a la vez, competencia de todos. Es, sucintamente, el ejercicio de la libertad positiva" (Camps, 1989, p.201).

3. La discutida dualidad entre eutanasia y paternalismo

Actualmente en España están reconocidas las prácticas eutanásicas pero con unos rigurosos requisitos que se deben cumplir y que están taxativamente expuestos en la Ley en su artículo 5, y que son: "a) Tener la nacionalidad española o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en territorio español superior a doce meses, tener mayoría de edad y ser capaz y consciente en el momento de la solicitud. b) Disponer por escrito de la información que exista sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a cuidados paliativos integrales comprendidos en la cartera común de servicios y a las prestaciones que tuviera derecho de conformidad a la normativa de atención a la dependencia. c) Haber formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito, o por otro medio que permita dejar constancia, y que no sea el resultado de ninguna presión externa, dejando una separación de al menos quince días naturales entre ambas. Si el médico responsable considera que la pérdida de la capacidad de la persona solicitante para otorgar el consentimiento informado es inminente, podrá aceptar cualquier periodo menor que considere apropiado en función de las circunstancias clínicas concurrentes, de las que deberá dejar constancia en la historia clínica. d) Sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley, certificada por el médico responsable. e) Prestar consentimiento informado previamente a recibir la prestación de ayuda para morir. Dicho consentimiento se incorporará a la historia clínica del paciente".

El cumplimiento de estos requisitos legales permitiría al sujeto disponer del bien más preciado, la vida, aunque y a pesar de lo dicho, en ocasiones se puede llegar a afirmar que sólo mediante una medida paternalista se puede llegar a consecución del objetivo que se tiene marcado. Pero previamente habría que determinar cuál es ese objetivo, lo que exige el análisis de una cuestión previa que debe ser puntualizada.

Es la que hace referencia a la estructuración de los bienes por clases, de ahí, que se sostenga: "igualmente importante es la distinción (...) entre bienes básicos o primarios (vinculados esencialmente con la idea de igualdad y universalidad) y bienes de carácter secundario (bienes no generalizables y que dependen de las distintas opciones personales). En definitiva, se trata de objetivizar la idea de bien y, al mismo tiempo, de interpretarla en el sentido más restrictivo posible, para que pueda ser compatible con el valor de la autonomía" (Atienza, 1989, p.210).

Con respecto a las anteriores afirmaciones se ha manifestado Atienza en su artículo *Discutamos sobre el Paternalismo* apuntando que "en su opinión, el paternalismo justificado no es propiamente paternalismo, de manera que el paternalismo en sentido estricto o propio vendría a coincidir con el paternalismo injustificado, con el paternalismo en sentido peyorativo de la expresión" (Atienza, 1989, p.204). En esta misma línea, de encuadrar al paternalismo con un claro sentido peyorativo, se encuentra Dieterlen. Aunque ésta intenta dar una noción que, desde el punto de vista moral, sea neutral. Esta carga negativa que se atribuye al paternalismo, dice Atienza, que no la encuentra en las alusiones que sobre el mismo hace Garzón Valdés, ya que "no comparte la actitud de quienes sienten una marcada aversión frente a los términos *paternalismo* o *paternal*, y declara su intención de utilizarlos sin recurrir a eufemismos, lo que significa que pretende utilizar un concepto neutral de paternalismo que le permita distinguir entre paternalismo justificable y no justificable desde el punto de vista ético" (Atienza, 1989, pp.204-205).

En otro orden de cosas y dentro de las tesis que defienden la justificación de la medida paternalista, tomando como base los elementos anteriormente expuestos incluimos a Garzón que según Atienza "centra su teoría de la justificación ética del paternalismo en la noción de incompetencia básica y, en cierto modo, también en la de bien primario (una medida paternalista estaría, en su opinión, justificada sí y sólo sí se aplica a un incompetente básico para procurarle un bien primario)" (Atienza, 1989, p.211). Aquí, desde luego, se echa de menos la existencia de un único criterio que solucione cualquier duda sobre la posible o imposible justificación de la medida paternalista. Cuestión que también echa de menos Atienza que atestigua "a mí me parece que en el terreno de las justificaciones éticas no se puede actuar de manera, por así decirlo,

oportunista, pues en tal caso ni siquiera se podrá hablar de justificación. De lo que se trata, creo yo, es de elaborar un único criterio de justificación, pero un criterio que sea al mismo tiempo complejo, en el sentido de que debe articular los tres requisitos indicados en la definición: una medida paternalista sólo se justifica éticamente si promueve bienes de tipo primario, se aplica a incompetentes básicos y puede presumirse racionalmente su aceptabilidad" (Atienza, 1989, p.213). Este autor, a lo largo de todo su trabajo, se muestra crítico al concluir con una idea muy clara en la que ratifica: "mi punto de vista sobre el paternalismo, sobre el concepto y justificación ética del paternalismo (...) consiste en combinar una definición amplia -lo más amplia posible- de paternalismo, con un criterio estricto -lo más estricto posible- de justificación ética de acciones o normas paternalistas" (Atienza, 1989, pp.213-214).

4. Argumentos a favor de actuaciones paternalistas sobre la salud

Así las cosas, y con la finalidad de realizar un análisis crítico sobre la cuestión, intentaré desglosar las razones que se han dado para justificar las intervenciones paternalistas. Pero, en este análisis no se trata sólo de encontrar los motivos que amparen esta figura sino también los que la nieguen aludiendo al *carácter peyorativo del paternalismo*, para lo cual, podemos acudir al trabajo de Dieterlen que agrega dos argumentos: 1) "a la larga reduce la utilidad; 2) viola los derechos de las personas a elaborar sus propios planes de vida" (Dieterlen, 1989, p.178).

En el primero de ellos se defiende la idea que, por mucho que en el momento en que se efectúa la intervención, ésta sea beneficiosa para el sujeto pasivo, a la larga resulta perjudicial, puesto que limita o puede limitar la capacidad de elección, la libertad y la autonomía individual. Dieterlen para corroborar este argumento afirma que "el principio consiste en afirmar que el único fin por el cual es justificable que la humanidad individual o colectivamente se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder pueda con pleno derecho ser ejercido sobre un miembro de la comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien físico o moral, no es

justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos porque eso fuera mejor para él, porque lo haría más feliz, porque la opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo" (Dieterlen, 1989, p.178).

El segundo de los argumentos que defienden los detractores del paternalismo "nos es dado por ciertas teorías de los derechos humanos" (Dieterlen, 1989, p.180), que vienen a expresar que "simplemente hay ciertas cosas que no pueden hacerse a una persona, como violar ciertos derechos, aun cuando sea por el propio bien de ese individuo o para alcanzar una meta colectiva" (Dieterlen, 1989, p.180).

Una vez vistos los motivos que Dieterlen da en contra del paternalismo analizo, ahora, en el lado opuesto, las razones que justifican la intervención haciendo una interpretación extensiva para aplicarlas a los procesos sobre la salud.

El primero de ellos es "el argumento del consentimiento. (...) La idea es que una política paternalista es justificable cuando la persona, a la que afecta la política, dio su consentimiento en el pasado o lo dará en el futuro" (Dieterlen, 1989, p.187). En este supuesto queda encuadrado tanto el documento vital, como fórmula de protección de los deseos y preferencias del paciente, que, considerado unos de los máximos exponentes del consentimiento informado, permite ampliar el campo de actuación del paciente hasta los momentos del final de su vida, como de hecho sucede con la eutanasia, al definir el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2021 lo que entiende por consentimiento informado dando de esta manera la clave que enfatiza al máximo la libertad del decisión del individuo, al aseverar que es: "la conformidad libre, voluntaria y consciente del paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que, a petición suya, tenga lugar una de las actuaciones descritas en la letra g)".

La segunda de las razones que justifica las actuaciones paternalistas hace referencia a "el argumento del bien de las personas. Este argumento está basado en la idea de que muchas personas no conocen cuál es su propio bien. Esto puede ocurrir por ignorancia, por falta de información relevante, o por no saber cuáles son las consecuencias de una acción" (Dieterlen, 1989, p.188). Véase aquí cómo el paciente en base a la falta de conocimientos que tiene sobre su patología no está en disposición de

tomar una decisión plenamente libre por sí mismo. Los altos conocimientos que en medicina exigen muchos procesos sobre la salud impiden que sea en exclusiva el paciente el que toma la decisión final sobre qué hacer. Esta postura que parece a todas luces que se aparta de espíritu que se le otorgó a la actual Ley de Autonomía del Paciente, ya que de deja la decisión en manos del paciente, sin embargo la realidad existente en muchos casos es que, y aunque los profesionales de la medicina no sean los protagonistas de las elecciones o decisiones que tome el paciente, son los que con base en los conocimientos y experiencias que posee, dejan de ser un mero asesor para convertirse, en algunas ocasiones, en el *promotor* de la toma de decisión que hace el paciente. Cuestión ésta ratificada por el Código de Deontología Médica aprobado por la Asamblea General de Colegios Oficiales de España el 17 de diciembre de 2022, en su artículo 4 apartados 1 y 3 al constatar que: “el médico está al servicio del ser humano y de la sociedad. Respetar la vida humana, la dignidad de la persona y el cuidado de la salud del individuo y de la comunidad son los deberes primordiales del médico. La principal lealtad del médico es la que debe a su paciente y la salud de este debe anteponerse a cualquier otra conveniencia. El médico, una vez adoptadas las medidas que garanticen su seguridad personal, no puede ni debe negar la asistencia por temor a que las circunstancias médicas del paciente le supongan un riesgo personal”.

El tercero de los motivos justificadores está relacionado con el anterior porque también se refiere a "el argumento de las capacidades básicas. Según este argumento, una política paternalista se justificaría si la persona o personas a quienes se les aplica son incapacitados básicos" (Dieterlen, 1989, p.188). Este supuesto está expresamente previsto en la Ley de Autonomía del Paciente en los casos en los que por la situación en la que se encuentre le sea imposible prestar su consentimiento y se considere necesaria cualquier actuación sobre su proceso de salud para la salvaguarda de su bienestar. O en los supuestos de salud pública puesto que "su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no se halla en condiciones de llevar a cabo sus propias decisiones. (...) Cuando actúa bajo compulsión"(Dieterlen, 1989, p.188).

El último es "el argumento de los daños y riesgos" (Dieterlen, 1989, p.189). En este supuesto se hace referencia a las posibles consecuencias

perniciosas que se ocasionarían si no se interviene adoptando medidas o normas de corte paternalista. Véanse las consecuencias que acarrearía una no intervención en caso de ser indispensable en el proceso de salud del paciente cuando no se haya podido prestar el consentimiento previo, e incluso las posibles consecuencias que para el equipo de profesionales sanitarios acarrearía tal situación (Ruíz, 1993, pp.135 y ss), ya que expone el Código de Deontología Médica en el artículo 6 apartados 2, 3 y 4 que: “el médico debe velar por la calidad, la seguridad y la eficiencia de su práctica profesional, principales instrumentos para la promoción, defensa y restablecimiento de la salud de sus pacientes y de la comunidad. El médico ha de ser consciente de sus deberes profesionales para con la sociedad. Está obligado a procurar la mayor eficacia y eficiencia de su trabajo y el rendimiento óptimo de los medios que la sociedad pone a su disposición. Siendo el sistema sanitario el instrumento principal de la sociedad para la atención y promoción de la salud, el médico ha de velar por que en él se den los requisitos de calidad, suficiencia asistencial y mantenimiento de los principios éticos. En cualquier ámbito en el que desarrolle su trabajo, el médico está obligado a denunciar las deficiencias, en tanto puedan afectar la correcta atención de los pacientes”.

De entre todos los argumentos que se han mencionado hay que analizar caso por caso para ver cuál es el que mejor se adapta al supuesto específico y encontrar una justificación a la actuación paternalista cuya legitimidad no ofrezca lugar a dudas.

5. Conflictología legislativa sobre el consentimiento informado del paciente

Antes de terminar este capítulo sí quisiera exponer un supuesto que ha generado un importante e intenso debate social y jurídico ya que ha puesto en jaque la cuestión paternalista. Me refiero a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. La Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente en la redacción dada hasta el año 2015 establecía en su artículo 9 los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación, y en concreto, estipulaba que la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción

humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad. Sin embargo, la Ley del Aborto vigente hasta ese año 2015 en su apartado cuarto del artículo 13 exponía que “en el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les correspondía exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad”. Continúa diciendo que “al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer”. Sin embargo, luego insiste en que “se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo”, lo que en la práctica se ha traducido en que en la mayoría de los casos se prescindiera totalmente y que ni siquiera llegase a conocimiento del tutor legal que esta intervención se realizaba.

Este tema de la capacidad de obrar otorgada a las menores provocó contradicciones de criterios y un cierto grado de incertidumbre sobre el régimen legal variable que se aplica en función de los casos que se trate, lo que ha generado que se apruebe la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. Consagra en su exposición de motivos que las menores de 16 y 17 años se encuentren acompañadas de sus representantes legales, padre y/o madre, personas que ostenten la patria potestad o tutores, según proceda, es fundamental para situaciones de vital importancia e impacto futuro, como es la interrupción voluntaria del embarazo.

La anterior Ley del Aborto impedía a los progenitores y tutores cumplir con la obligación recogida en el Código Civil, privando a las menores de la protección que el mismo texto legislativo reconoce, de poder contar, en un momento crucial y complicado de su vida, con la asistencia de quienes ejercen su patria potestad, y en consecuencia esta Ley Orgánica otorgaba la posibilidad de que las menores de edad pudieran prestar el consentimiento por sí solas, sin informar siquiera a sus progenitores. Con esta nueva LO 11/2015 se modificó la anterior LO

2/2010, suprimiendo el mencionado apartado 4 del artículo 13, consagrando que para la interrupción voluntaria del embarazo de las menores de edad será preciso, además de la manifestación de su voluntad, el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad.

A su vez esta LO 11/2015 ha supuesto una modificación de la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente, estableciendo en su apartado 5 del artículo 9 que la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación. Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil, dando así por zanjado el debate social y jurídico que la normativa anterior planteaba.

Sin embargo, esta modificación citada no ha sido la única realizada en ese año 2015 y que afecta directamente a la Ley de Autonomía del Paciente, me refiero a la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que en su disposición final segunda modifica los apartados 3, 4 y 5 y añade los apartados 6 y 7 al artículo 9 de la Ley 41/2002, quedando redactados de la siguiente manera:

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:
 - a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
 - b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.
 - c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

4. Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

5. La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

7. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”.

6. Consideraciones finales

Las intervenciones en la esfera privada de los individuos en su propio beneficio han encontrado posturas tanto a favor como en contra. La dogmática aquí ha ganado terreno a través de los diferentes analistas que han trabajado sobre esta cuestión. Esta referencia a lo que llamamos bienes básicos o primarios, como sería por ejemplo el caso de la protección de la salud, a la vista de la legislación actual que reconoce la autonomía de decisión al paciente, parece ser que no tiene mucha cabida. Recordemos el conocido principio de beneficencia que hace un tiempo

regía las actuaciones de la medicina y que ha sido desechado, salvo alguna excepción expresamente prevista en la ley, en aras de otorgar un mayor protagonismo al propio paciente. Eso sí, cierto es que en los supuestos en los que la capacidad de decisión está mermada es la vía utilizada para dar justificación a las actuaciones paternalistas, ya "que cabe entender en el sentido de que la medida paternalista sólo estará justificada si resulta ser un medio técnico adecuado para la consecución del fin, del bien perseguido, y siempre que no suponga la destrucción de otros bienes de igual o parecido valor" (Atienza, 1989, p.210). Ejemplos en los que nuestro ordenamiento jurídico protege a la salud son múltiples, algunos de ellos los vemos en la normativa vigente teniendo como base su fundamento valorativo. Esto no es otra cosa que la defensa de derechos o valores como la vida, la integridad física, etc (véase la ley antitabaco, la normativa que regula la conducción de vehículos a motor como la ley de seguridad vial que exige el uso del cinturón de seguridad para todos los ocupantes del vehículo, y otras muchas más). Al respecto, un tema que sí debe quedar claro en relación con los límites de la autonomía individual es sí en base a la misma podremos llegar a situaciones extremas en la que se dé cabida y justificación a prácticas eutanásicas, tal y como ha hecho la Ley Orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia, porque cierto es que si la nuestra regulación normativa actual defiende "la no sanción al suicidio y del discutible derecho a suicidarse" (Suárez, 2012, p.339), cabría también llegar a hablarse de "el argumento del derecho a morir que defiende un sector proeutánico fundamentándose en la autonomía individual" (Suárez, 2012, p.339) .

Referencias

ATIENZA, Manuel, "Discutamos sobre Paternalismo", en **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Doxa nº 5, 1989.

CAMPS, Victoria, "Paternalismo y Bien Común", en **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Doxa nº 5, 1989.

DÍAZ PINTOS, Guillermo. **Autonomía y Paternalismo**. Universidad Castilla-La Mancha, Editorial Campobell, S.L., Murcia, 1993.

DIETERLEN, Paulette, “Paternalismo y Estado de Bienestar”, en **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Doxa nº 5, 1989.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, en **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Doxa nº 5, 1989.

MILL, John Stuart. **El Utilitarismo**. Alianza Editorial. Madrid, 1984.

MILL, John Stuart. **Sobre la libertad**. Alianza Editorial, Madrid, 1988.

RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Autonomía individual y derecho a la propia vida (Un análisis filosófico-jurídico)”, en **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, nº 14, enero-febrero 1993.

SUAREZ LLANOS, Leonor, “La ley de la muerte. Eutanasia, ética y derechos”, en **Anuario de Filosofía del Derecho**, Tomo XXVIII, 2012

EL MEDIADOR 4.0. EL FUTURO DE LA MEDIACIÓN EN LA ERA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Rodrigo Miguel Barrio¹

1. Introducción

Vivir en sociedad implica invariablemente la manifestación de fricciones interpersonales. La relación intrínseca entre individuos conduce al nacimiento de conflictos. A lo largo de la historia, la humanidad ha empleado una diversidad de enfoques para dirimir tales disputas, que pueden sintetizarse en tres categorías: autotutela, resolución autocompositiva y resolución heterocompositiva. La segunda modalidad faculta a los ciudadanos a emprender un abordaje pacífico de sus diferencias mediante la colaboración mutua, contando con la intervención de un tercero imparcial en calidad de mediador² o, incluso, sin esta intermediación. La crisis del sistema de justicia y la poca efectividad de los tribunales frente a determinados conflictos (Martín Diz, 2012, p. 2), dado pie al "resurgimiento" de los métodos autocompositivos en el contexto social y legal. Estos nuevos instrumentos pretenden aliviar la sobrecarga de los tribunales y ofrecer soluciones más pertinentes a las

¹ Profesor ayudante doctor (acreditado a profesor contratado doctor) de la Universidad de Burgos. Correo institucional: rmiguel@ubu.es

² Sobre esta línea puede seguirse la opinión de Barona Vilar (2011, p. 462), quien entiende que es fundamental considerar que, aunque en el proceso de autocomposición se logra un acuerdo o resolución gracias a la participación activa de las partes involucradas, es posible que un tercero externo al conflicto también se involucre en estas dinámicas. No obstante, es importante destacar que este tercero no impone la decisión, sino que desempeña un rol más o menos influyente en la búsqueda de la solución o consenso, siempre teniendo en cuenta que la resolución final se logra a través de la intervención de las partes en conflicto. Por lo tanto, es válido afirmar desde una perspectiva doctrinal que los terceros que participan en procesos autocompositivos actúan "entre las partes", no por encima de ellas.

demandas de los litigantes³, quienes asumen un papel activo en la resolución de sus diferencias. No supone un desplazo del poder judicial, sino más bien la revitalización de herramientas complementarias con el propósito de alcanzar una genuina efectividad en el concepto de “justicia” (San Cristobal Reales, 2013, p. 51). El presente trabajo pretende abordar una visión más exhaustiva de la clásica acuñación de los términos “mediación” y “mediador”. Ya pasada casi una cuarta parte del siglo XXI, el mundo tecnológico inicia una nueva revolución industrial. La Inteligencia Artificial (en adelante, IA) se configura como un nuevo instrumento aplicable en los distintas disciplinas científicas. Los métodos adecuados de resolución de conflictos (ADR, por sus siglas en inglés) siempre han estado a la vanguardia en la aplicación de tecnología en el contexto jurídico (Pérez Daudí, 2021, p. 390). Por consiguiente, no deben permanecer ajenos a las posibilidades que los algoritmos pueden brindar. De ahí que este estudio aspire a proporcionar una breve contribución sobre la emergente figura del mediador, más acertadamente denominado como Mediador 4.0, en la que la IA se integra con el profesional que ejerce este método autocompositivo con el fin de fortalecer su posición.

2. El Mediador 4.0: Un Enlace Inquebrantable entre la IA y la Mediación

El concepto de mediador ha venido adaptándose con el paso del tiempo a las necesidades históricas que obligaban a esta figura. Esta institución jurídica se ha mantenido en constante evolución, acatando las mejoras que tanto la sociedad como los profesionales han demandado con el objetivo de elevar sus estándares de calidad y eficacia. Se introduce el concepto de “Mediador 4.0” como un ejemplar de la metamorfosis que la mediación ha experimentado en la era de la tecnología. Ya no se trata únicamente de la tradicional figura del mediador persona física, sino que la IA desempeña un papel activo en este contexto, proporcionando

³ De ahí que en la reciente legislación (véase el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia) venga apareciendo la terminología Métodos Adecuados de resolución de conflictos, en sustitución de la clásica nomenclatura que los definía como alternativos.

respaldo o incluso asumiendo el rol principal en sus funciones⁴. Conviene señalar que en este análisis no se está considerando únicamente la figura de la Mediación en línea (ODR), sino que se centra en la utilización de modelos algorítmicos para apoyar al mediador humano en procesos de mediación, ya sea en modalidades presenciales o virtuales. Las técnicas de aprendizaje automático, análisis de datos y procesamiento del lenguaje natural que subyacen en los modelos de IA, permiten que desempeñen tareas de manera análoga a una inteligencia humana, particularmente cuando se trata de una IA fuerte. En este contexto, se plantean diversas perspectivas que brindan la posibilidad de establecer un instrumento que ofrezca apoyo y asistencia a los participantes en el proceso de mediación. La noción del mediador robot adquiere relevancia en la literatura académica. La capacidad de la IA para el aprendizaje automático y la retroalimentación también ha generado propuestas centradas en la sustitución del ser humano por métodos algorítmicos, lo que ha suscitado resistencias que obstaculizan la adopción de estos innovadores instrumentos. Por tanto, resulta imperativo no adoptar posturas extremas que exageren las posibilidades y amenazas inherentes a estos dispositivos, ya sea en apoyo o en detrimento de su utilización, sino más bien enfocar nuestro interés en un análisis objetivo de las capacidades y desafíos que surgen de su aplicación.

El concepto de Mediador 4.0 puede entenderse como aquel sistema de IA empleado en un proceso de mediación. Este mediador robot posee una amplia gama de funciones, que abarcan tanto aquellas de índole auxiliar como las que ostentan un carácter autónomo, inclusive sustitutivo de la intervención humana. La principal virtud que se desprende de este ente algorítmico radica en su capacidad de interactuar

⁴ No es algo imposible a futuro valorar la IA con un papel mayor al asistencial. Usualmente se lleva a cabo el término "decisorio", no desde el prisma de órgano que resuelva el problema, lo que nos llevaría a un arbitraje en lugar de una mediación, sino que la IA reemplace al mediador humano en sus tareas. Siguiendo la premisa de este trabajo, y aprovechando el potencial de la IA y el progreso humano, es factible concebir un mediador algorítmico que no solo brinde asistencia, sino que desempeñe las funciones propias de un mediador humano. Manifiesta Barona Vilar (2020, p. 17) la necesidad de valorar el uso instrumental de los algoritmos, empezando a ser común ya la idea y los modelos de IA con capacidad de sustituir al ser humano, pudiendo los mismos, gracias a su red neural artificial, ofrecer "decisiones más justas".

con todos los actores implicados en el proceso, proporcionando información e incluso formulando recomendaciones. De esta manera, puede afirmarse que el propósito subyacente del Mediador 4.0 consiste en el empleo de modelos de IA destinados a mejorar la eficiencia tanto del mediador en sus funciones como del proceso mismo de mediación. Sus atributos intrínsecos pueden desempeñar una serie de tareas que un mediador físico resultaría incapaz de llevar a cabo, y para su ejercicio requerirían la colaboración de múltiples individuos, lo que a su vez generaría un considerable retraso temporal.

En el presente, la figura de un mediador robot que asuma plenamente el papel humano se encuentra alejada de la realidad. No se puede desestimar que los avances tecnológicos puedan eventualmente dar origen a un modelo de IA que sustituya al mediador humano, a pesar de carecer de conciencia, emociones o empatía. No obstante, el enfoque de este estudio no se encamina hacia hipótesis especulativas, sino que se concentra en el análisis del presente. Por consiguiente, el concepto del Mediador 4.0 se configura como una idea realista y próxima, en la cual un profesional de la mediación emplea la tecnología de la cuarta revolución industrial para optimizar el proceso de resolución de conflictos. En este enfoque, se amalgaman las habilidades tradicionales del mediador humano con herramientas tecnológicas avanzadas que facilitan la comunicación, el escrutinio y análisis de datos, y, en última instancia, la obtención de un proceso de mediación más satisfactorio.

3. El Mediador 4.0 en Acción: Ventajas en el procedimiento de mediación

Como se ha expuesto en la sección anterior, el concepto del Mediador 4.0 se define como un sistema de Inteligencia Artificial con un enfoque asistencial, sin pretensiones de reemplazar al mediador humano. En este contexto, es plausible identificar una serie de ventajas inherentes a las funciones desempeñadas por el modelo algorítmico. Los argumentos que respaldan los beneficios potenciales de la IA son variados, incluso si se considera la posibilidad de que actúe como un mediador autónomo, funcionando de manera independiente con el propósito de asistir a las partes en la búsqueda de una solución para su conflicto.

En primer lugar, destaca la capacidad de procesamiento de volúmenes significativos de datos como la característica preeminente de estos sistemas. Esta habilidad permite analizar información en lapsos breves, identificar patrones y tendencias que resultan relevantes para el proceso. Los resultados de este análisis de datos pueden ser de utilidad en diversos aspectos, tales como: (a) la selección del mediador más idóneo, considerando las variables incorporadas en el sistema relacionadas con el conflicto en cuestión, como experiencia en casos similares, formación, satisfacción de litigantes anteriores, entre otros; (b) la planificación de la duración y etapas del proceso. Un modelo de IA puede establecer automáticamente las reuniones a llevar a cabo, su duración, las actividades a realizar y gestionar las notificaciones a los participantes. No obstante, es crucial tener en cuenta que estas acciones deben llevarse a cabo bajo la supervisión de un servicio de mediación capaz de realizar las adaptaciones necesarias de acuerdo con las particularidades del proceso en cuestión.

En segundo lugar, la actuación fundamentada en la identificación de patrones y tendencias revela una imparcialidad en sus operaciones, excluyendo potenciales sesgos derivados de ideologías o perspectivas humanas. Sin embargo, se mantiene la amenaza de sesgos algorítmicos arraigados en el propio sistema. Esta imparcialidad, y concomitantemente, los riesgos asociados a sesgos algorítmicos, se intensifican, en tercer lugar, mediante el proceso de aprendizaje automático (*machine learning*). El aprendizaje automático implica que el agente algorítmico, a través de la exposición a nuevos casos, desarrolla nuevas técnicas basadas en la experiencia previamente adquirida. Su desempeño se mejora progresivamente con la incorporación de datos novedosos, adquiriendo habilidades que no estaban presentes en su origen. No obstante, es imperativo señalar que este aprendizaje automático no puede en ningún caso reemplazar la intuición humana, y ambas cualidades deben coexistir simbióticamente en un proceso de mediación. En estas circunstancias, el aprendizaje debe ser supervisado inicialmente a través de etiquetados previos, y una vez que el sistema alcance un grado adecuado de desarrollo, se puede avanzar hacia un modelo de aprendizaje no supervisado, en el cual el sistema adquiere la capacidad de identificar patrones de forma autónoma y etiquetar nuevas

entradas. Finalmente, se puede contemplar la adopción de un modelo de aprendizaje por refuerzo, en el que el sistema aprende de la interacción con su entorno, a través del *feedback* obtenido como respuesta a sus propias acciones cuando se relaciona con el mundo exterior.

En cuarto lugar, el modelo de Inteligencia Artificial puede resultar de utilidad al mediador humano al facilitar la comunicación entre los involucrados. Las partes pueden recibir traducciones automáticas de diversos documentos redactados en otros idiomas, así como de materiales audiovisuales, ya sea de forma síncrona o asincrónica. Además, la IA puede contribuir al análisis del tono y las emociones presentes en las conversaciones, permitiendo la identificación de sentimientos o áreas de conflicto. Esto, a su vez, capacita al mediador humano para abordar estas cuestiones de manera más efectiva. Asimismo, el análisis de las conversaciones posibilita la sugerencia de enfoques de comunicación y recomendaciones lingüísticas dirigidas a promover un diálogo constructivo.

En quinto lugar, se destaca la contribución de los *chatbots* en el contexto de la Inteligencia Artificial, permitiendo al sistema interactuar con las partes involucradas de manera oral y escrita. De este modo, puede preparar el terreno para el mediador humano al proporcionar datos sobre preferencias y programación, permitiendo la organización de reuniones y recordatorios. El *chatbot* de la IA posee acceso a una amplia base de datos, y puede incluso obtener recursos adicionales navegando en la web, según lo requiera el procedimiento. Su disponibilidad continua las 24 horas del día y los 7 días de la semana garantiza una mayor accesibilidad, lo cual es crucial cuando un participante tiene dudas fuera del horario de sesiones. El *chatbot* puede responder a preguntas frecuentes y brindar orientación acerca del proceso o las sesiones. El registro exhaustivo de todos los datos recopilados le permite a la IA del Servicio de mediación generar estadísticas sobre el servicio y, al mismo tiempo, aprender de las experiencias pasadas. Aunque la IA carece de emociones para comprender las situaciones personales de los individuos, puede proporcionar recursos y respuestas para que estos puedan abordar sus inquietudes, especialmente al inicio de las actuaciones. Todo esto ocurre bajo la supervisión constante de un mediador humano.

En sexto lugar, la IA desempeñará un papel fundamental en el desarrollo de programas de mediación en línea, asistiendo al mediador humano en la organización de videoconferencias dentro de la plataforma virtual. Asimismo, facilita el almacenamiento de información, su análisis y la selección de datos relevantes. En la actualidad, observamos cómo algunas de las plataformas de videoconferencia más prominentes, como Zoom, Google Meet o Teams, están comenzando a integrar modelos de IA⁵, como aplicaciones externas o parte integral de su diseño. A través de los *prompts* apropiados, el mediador humano puede solicitar al modelo algorítmico que realice un resumen de la información expuesta, transcripciones de las conversaciones, traducciones en tiempo real, que genere ideas o incluso que elabore esquemas de los puntos más relevantes en relación con un tema específico, pudiendo ofrecer soluciones a las cuestiones planteadas.

En séptimo lugar, la IA desempeña una función esencial en la fase post mediación, ya que contribuye a la documentación y seguimiento de los acuerdos alcanzados durante el proceso, garantizando que las partes cumplan con sus compromisos. Este papel se manifiesta de la siguiente manera: (a) La documentación proporcionada se almacena de manera segura y cifrada en una plataforma virtual, asegurando la confidencialidad; (b) la generación automática de documentos legales y acuerdos basados en los términos pactados por las partes; (c) la creación de informes y estadísticas; (d) el archivo permanente de la documentación de cada proceso de mediación y su registro, lo que permite su potencial utilización futura en disputas similares. Todos estos documentos, así como aquellos que le sean durante el proceso requeridos, podrán ser consultados y gestionados en pocos segundos (Belloso Martín, 2023).

En octavo lugar, la IA posee un extenso potencial para facilitar la consecución de acuerdos entre los litigantes. La capacidad de simular escenarios posibles permite a las partes involucradas evaluar las distintas decisiones y sus repercusiones⁶. Esta simulación reduce la incertidumbre

⁵ Véase Notion AI, tldv, Glasp, Otter.ai, Lector GPT, Zoom IQ e incluso ChatGPT.

⁶ Manifiesta en tal sentido Barona Vilar (2020, p. 16), que en la actualidad, el empleo de la inteligencia artificial cumple una función auténticamente asistencial, donde el sistema de algoritmos facilita la manipulación de datos, suposiciones previas, y la colaboración de profesionales del ámbito jurídico, como abogados, jueces, mediadores, árbitros y

en torno a las acciones potenciales, ya que permite a los participantes y al mediador humano explorar diferentes escenarios sin un compromiso real. De esta manera, se agiliza la toma de decisiones y se simplifica la resolución de disputas, garantizando que las partes estén debidamente informadas. Este proceso se basa en el análisis de datos históricos y la información recopilada del caso en cuestión, a partir de lo cual se proponen estas posibilidades. No obstante, es importante subrayar que el sistema de Mediación 4.0 no debe analizar datos y patrones con el propósito de formular recomendaciones basadas en soluciones potenciales. Bueno de Mata (2015, p. 6) plantea que un mediador basado en un sistema de IA deberá, mediante la aplicación de criterios de ponderación, proponer acuerdos para la aprobación de las partes, ofreciendo nuevas propuestas si estas no son aceptadas.

Sin embargo, este enfoque no se ajusta a la naturaleza de la mediación, ya que el papel del mediador no debería centrarse en proponer soluciones, lo que lo asemejaría más a un conciliador. En cambio, la función primordial del mediador consiste en facilitar un diálogo entre las partes y guiar el proceso hacia un resultado exitoso en el cual sean las propias personas involucradas las que sugieran soluciones. Solamente en situaciones excepcionales, cuando el proceso se encuentre estancado, el mediador podría proponer soluciones, pero esta no debe considerarse una práctica común. El mediador tiene como objetivo principal ayudar a las partes a acercar sus posiciones, facilitar la comunicación y la resolución de conflictos, promoviendo un diálogo constructivo, equitativo y la toma de decisiones mutuamente aceptables, sin tomar partido ni imponer soluciones. Por lo tanto, aunque el Mediador 4.0 cumple un papel de asistente, no debería involucrarse en la generación de propuestas de solución, sino que debe centrarse en la creación de escenarios basados en las ideas presentadas por las partes, facilitando estrategias comunicativas.

Cuando el Mediador 4.0 se combina con la intervención de la inteligencia artificial en colaboración con un mediador humano, se presentan ventajas logísticas significativas. La IA puede desempeñar un rol

organizaciones de mediación o arbitraje, con el propósito de anticipar los desenlaces y definir la dirección o estrategia a tomar.

fundamental en la gestión de tareas administrativas, como la programación de reuniones, el seguimiento de plazos y la documentación de acuerdos, lo que libera al mediador humano de estas responsabilidades operativas. Este enfoque no solo agiliza la logística del proceso de mediación, sino que también permite al mediador centrarse en su papel como facilitador y asesor experto, lo que conlleva un entorno más eficiente y efectivo para la resolución de conflictos, al mismo tiempo que mejora la experiencia global de las partes involucradas.

4. Desafíos y Desventajas del Mediador 4.0

Mientras que las ventajas venían ofreciendo certezas acerca de la implantación de tales modelos, las desventajas por su parte nos muestran desafíos y oportunidades futuras para desarrollar tales instrumentos disruptivos. La integración de estos modelos debe realizarse con la debida consideración de las salvaguardias necesarias para respetar los derechos fundamentales procesales (Martín Diz, 2020, p. 8). Este enfoque, en particular, debe centrarse en el respeto a la privacidad de las partes involucradas. La inteligencia artificial debe recopilar y almacenar información de cada proceso con fines estadísticos y de archivo, pero también como medios para aprender y poder aplicar esos desempeños y experiencias en asuntos futuros. Este almacenamiento puede contener datos sensibles que deben ser adecuadamente protegidos a través de distintas medidas, que incluyen: (a) la implementación de protocolos seguros de encriptación de todos los documentos, conversaciones y acuerdos; (b) la limitación del acceso a la información al personal autorizado, como el mediador, las partes y los miembros del servicio; (c) la obtención de consentimiento informado por parte de los participantes para la recopilación y uso de sus datos; (d) el establecimiento de una política de privacidad clara y transparente que explique el tratamiento de los datos en conformidad con la normativa de protección de datos; (e) el uso de sistemas de seguridad sólidos, como cortafuegos, sistemas de detección de intrusiones y autenticación de dos factores; (f) la implementación de políticas de retención de datos que eliminen información sensible y no esencial para la resolución de conflictos actuales y futuros; (g) la disponibilidad de mecanismos de denuncia dentro

del servicio para abordar posibles problemas de privacidad; (h) la realización de auditorías que registren todas las actividades y las medidas de seguridad implementadas y su funcionamiento. Esto permite rastrear quién accede a los datos y cuándo, lo cual es crucial en caso de investigaciones o disputas relacionadas con la privacidad.

Aspecto de igual trascendencia es el análisis de los sesgos del sistema de IA. Se ha mencionado que uno de los atributos destacados de un mediador robot es su objetividad. Dado que es una entidad “mecánica”, carece de emociones y empatía, y, por lo tanto, no debería verse influenciado ni tomar partido en favor de ninguna de las partes. Sin embargo, es necesario reconocer que el sistema en sí mismo puede albergar sesgos. Estos sesgos pueden derivar de la información original con la que se alimentó el sistema o de los patrones que ha desarrollado a lo largo de su aprendizaje automático. Esto podría llevar al mediador humano a utilizar información o enfoques facilitados por la IA que resulten desfavorables para ciertos grupos de personas, lo cual podría afectar a la imparcialidad del proceso de mediación.

Para prevenir tales situaciones, la información contenida en la base de datos de la “máquina” debe de ser debidamente analizada y diversa. El conjunto de datos debe de tener un origen diversificado, con el fin de abordar una amplia gama de conocimientos mediante un equilibrio efectivo. La supervisión continua en el entrenamiento del sistema y su desempeño es un aspecto crucial para identificar posibles sesgos en su funcionamiento. Por lo tanto, el control de los datos, tanto los datos originales como los derivados, debe ser llevado a cabo mediante auditorías que revisen esta información, así como las decisiones tomadas por el algoritmo, con el propósito de detectar posibles conductas incorrectas. Esto se convierte en una herramienta esencial para mitigar posibles sesgos en el funcionamiento del modelo algorítmico y para comprender las posibles fluctuaciones en las decisiones tomadas. Solo a través de este enfoque se podrá anticipar y abordar cualquier sesgo en las actuaciones de la IA o identificar actos discriminatorios que el mediador robot podría llevar a cabo.

Aunque esta cuestión pueda parecer más acorde para modelos en los cuales el sistema de IA tiene un papel resolutorio, igualmente puede crear una amplia afectación siendo un proceso asistencial. El Mediador

4.0 se compone de un mediador humano y un mediador robot, siendo este último quien presta asistencia en cuestiones de logística y documentación. Si todas estas acciones están sesgadas por una ideología discriminatoria inherente en la base de datos del modelo algorítmico, las actuaciones realizadas por el mediador humano pueden verse igualmente influenciadas por este sesgo. La solución a estas decisiones sesgadas se puede plantear desde dos perspectivas. La primera de ellas implica solicitar una explicación de las decisiones tomadas (González Fernández, 2022, p. 547), tanto por parte del mediador robot como del mediador humano. Este proceso es conocido como el “levantamiento del velo” de las decisiones del algoritmo, según Martín Diz (2021, p. 83). La segunda opción, que podría surgir una vez que se ha alcanzado un acuerdo entre las partes en disputa, sería ejercer la acción de nulidad en base a las causas que invalidan los contratos, conforme al artículo 23.4 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La infraestructura del mediador robot debe ser implementada mediante software y hardware especializados, que incluyan diversas aplicaciones y periféricos necesarios, como tecnología de reconocimiento de voz, conectividad a Internet, sensores, cámaras, teclados y pantallas táctiles, entre otros. Esto debe combinarse con software especializado en análisis de datos, tareas de documentación y procesos de mediación que permitan la gestión de citas y comunicaciones.

En relación con el apartado anterior, no puede pasarse por alto un aspecto crucial, como es la necesidad de tener habilidades digitales. No todas las personas están preparadas para adaptarse a las nuevas realidades tecnológicas, planteando una gran preocupación. Carecer del acceso a oportunidades de educación y formación en el ámbito digital supone una amplia desventaja cuando deben acudir a entornos digitalizados. Igualmente, cuestiones demográficas, económicas o de edad pueden llevar a una limitación en tales capacidades, que provoque en el litigante la imposibilidad de interactuar con el modelo de IA o dificultad para interactuar con el algoritmo. Esta brecha digital dificulta la efectiva participación en el proceso de mediación, llevando incluso a poder generar brechas en la seguridad de los datos, al no saber relacionarse con el sistema. Por tanto, es una de las cuestiones sociales más a tener en cuenta en relación a la implementación del Mediador 4.0, necesitándose

un amplio apoyo en formación y en recursos económicos para garantizar que todo ciudadano se encuentre en igualdad de oportunidades y acceso a un proceso de mediación con intervención de un modelo de IA.

Por último, y no menos importante, es necesario considerar la posibilidad de responsabilidad por los perjuicios causados. Inicialmente, y de acuerdo con la forma en que la inteligencia artificial está integrada en el ordenamiento jurídico en la actualidad, la responsabilidad recae en el desarrollador o proveedor de la tecnología utilizada en el procedimiento. Sin embargo, es esencial identificar la causa que condujo a ese perjuicio, y si se trata de un mal uso por parte del mediador humano, las partes involucradas o el servicio de mediación, la responsabilidad deberá atribuirse a dicho sujeto. De aquí surge la necesidad de crear un estatuto de la persona electrónica (Catalán Chamorro, 2021, p. 537) o artificial que determine la responsabilidad derivada de los actos del modelo algorítmico.

5. Conclusiones

El concepto de Mediador 4.0 representa un avance en el campo de la mediación, donde la IA trabaja en conjunto con un mediador humano. Esta colaboración tiene como objetivo fundamental mejorar la eficiencia y efectividad de los procesos de mediación. La IA aporta una serie de ventajas que incluyen su capacidad para procesar grandes volúmenes de datos de manera rápida y eficiente, lo que permite identificar patrones y tendencias relevantes para el proceso. Esta actuación basada en patrones y tendencias contribuye a la objetividad en las mediaciones, aunque plantea un desafío en forma de posibles sesgos algorítmicos. Un aspecto significativo es el aprendizaje automático, que permite a la IA mejorar constantemente su rendimiento a medida que se expone a nuevos casos. Sin embargo, es importante destacar que el aprendizaje automático no puede sustituir la intuición humana, y ambas cualidades deben coexistir en el proceso de mediación. Además, la IA facilita la comunicación entre las partes, ofreciendo traducción automática y realizando análisis de emociones en las conversaciones. La IA desempeña diversas funciones en la mediación, incluyendo la recopilación de información a través de interacciones orales y escritas con las partes. Además, el sistema de IA

asiste en la logística, como la programación de reuniones y la gestión de documentos. La IA también documenta y realiza un seguimiento de los acuerdos alcanzados durante el proceso de mediación, garantizando la confidencialidad de la información.

Sin embargo, la implementación de la IA en la mediación también presenta desafíos y consideraciones importantes. Se deben tomar medidas para proteger la privacidad de las partes involucradas, incluyendo la encriptación segura de documentos y la limitación del acceso a la información. Además, es fundamental abordar posibles sesgos en el sistema de IA, asegurándose de que los datos sean diversos y supervisando continuamente su actuación. También es crucial determinar la responsabilidad en caso de perjuicios, que puede recaer en el desarrollador de la tecnología o en los actores involucrados. Se plantea la necesidad de establecer un estatuto de la persona electrónica o artificial para determinar la responsabilidad en actos realizados por la IA. Todo ello sin obviar las distintas medidas de apoyo en aras de acabar con la brecha digital existente en la ciudadanía.

A modo de corolario del presente apartado, puede señalarse que la IA todavía se encuentra en una fase inicial y experimental. Su aplicación en un proceso de mediación todavía supone amplios desafíos que deben abordarse cautelarmente. Compartimos opinión con Martín Diz (2020, p. 7) al entender que la IA, en la actualidad, tiene limitaciones en sus funciones y niveles de actuación, lo que, en nuestra opinión, todavía lleva a entender como lejano el momento en el que estos modelos algorítmicos tengan un papel sustancial en el procedimiento de mediación.

Referencias

Barona Vilar, Silvia. (2011). El movimiento de las ADR en Derecho Comparado. En M.A. Catalina Benavente (coord.) y R. Castillejo Manzanares (coord.), **Violencia de género, justicia restaurativa y mediación** (pp. 455-500). Madrid: La Ley.

Barona Vilar, Silvia. (2020). Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI. *La Ley: mediación y arbitraje*, (1), 1-22.

Belloso Martín, Nuria. (2023). La automatización de la mediación a través de la Inteligencia Artificial: un reto para el estatuto del mediador (mediador-robot vs. mediador-humano). **Revista electrónica Lex Electronica** – Revista del Centre de Recherche en Droit Public (CRDP), 28 (1), pp. (en prensa).

Bueno de Mata, Federico. (2015). Mediación electrónica e inteligencia artificial. **Actualidad Civil**, (1), 1-10.

Catalán Chamorro, María José. (2021). Multi-Door Justice System e Inteligencia Artificial. En S. Barona Vilar (Dir.), **Justicia algorítmica y neuroderecho: una mirada multidisciplinar** (pp. 533-551). Valencia: Tirant lo Blanch.

González Fernández, Ana Isabel. (2022). La irrupción de la inteligencia artificial en la resolución alternativa de conflictos. En S. Calaza López (dir.) y M. Llorente Sánchez-Arjona (dir.), **Inteligencia artificial legal y administración de justicia** (pp. 543-553). Cizur Menor: Aranzadi.

Martín Diz, Fernando. (2012). Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación. **Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil**, (98), 1-17.

Martín Diz, Fernando. (2020). Inteligencia artificial y medios extrajudiciales de resolución de litigios online (ODR): evolución de futuro en tiempos de pandemia global (Covid-19). **La Ley: mediación y arbitraje**, (2), 1-47.

Martín Diz, Fernando. (2021). Modelos de aplicación de Inteligencia Artificial en justicia: asistencial o predictiva versus decisoria. En S. Barona Vilar (Dir.), **Justicia algorítmica y neuroderecho: una mirada multidisciplinar** (pp. 65-85). Valencia: Tirant lo Blanch.

Norvig, Peter y Russel Stuart. (2021). **Artificial Intelligence: A Modern Approach**, Berlín: Springer Verlag.

Pérez Daudí, Vicente. (2021). La aplicación de las nuevas tecnologías al proceso: ¿realidad o ciencia ficción? En O. Fuentes Soriano (Dir.), **Era digital, sociedad y derecho**, (pp. 373-395). Valencia: Tirant lo Blanch.

San Cristóbal Reales, Susana. (2013). Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil. **Anuario Jurídico y Económico Escurialense**, (46), 39-62.

MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN ÁMBITO AMBIENTAL ¿POSIBILIDADES, INCONVENIENTES Y PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS FUTURAS EN LA JURISDICCIÓN EUROPEA Y ESPAÑOLA?

Cleiton Lixieski Sell¹

1. Introducción

Ya a mucho tiempo si he oído que la mediación es un método complementar de la jurisdicción procesal que tiene como objetivo primordial simplificar o tornar más adecuada la resolución de conflictos que tiene la participación de la Administración Pública en la controversia. También, si habla, por veces, demasiado en el mundo jurídico de como la mediación he ocupado la tarea de herramienta jurídica complementar de los sistemas de justicia de diferentes ramos del derecho, pues, esto implico nuevos rumbos que los operadores jurídicos si pudieran dedicar y estudiar nuevos mecanismos legislativos que al fin desaguan en la propuesta de analizar la mediación administrativa ambiental a partir de la legislación en nivel europeo y español.

Las posibilidades de aplicar la mediación administrativa levan a analizar a analizar lecciones del derecho administrativo que implican las actuaciones de las Administraciones Públicas junto a los actos administrativos y de las potestades administrativas reglamentarias y las discrecionales, en caso de la legislación española que tiene su vertiente del derecho administrativo francés. La mediación administrativa está contemplada en la RLJPC, Ley 30/1992, incorporando al derecho administrativo la posibilidad de acudir a los acuerdos derivados de la

¹ Doctorando en Derecho Público por la Universidad de Burgos (ESP). Investigador del proyecto ORDITER (UBU) y del Proyecto con la sigla CNPq/MCTI/FNDCT 18/2021 UNIVERSAL (UNISC). Correo electrónico: cleitonls.direito@gmail.com (Twitter: @lixieski).

mediación del particular con la Administración Pública o entre dos o más Administraciones locales o nacionales (Alfonso, 2022, p. 89).

En este estudio se analiza, primeramente, el instituto de la mediación administrativa y del orden judicial en el marco de la actual legislación española, donde se realizará un trazo por la mediación ambiental y las teorías del medio ambiente, derecho ambiental y los derechos de la naturaleza. Una vez aportado y discutido su viabilidad y conceptos aún indeterminados en el campo del derecho disponible o del derecho público/privado, se valorará las posibilidades de la mediación en ámbito de las Administraciones Públicas, y en este apartado, a pesar de la legislación no mencionar específicamente las posibilidades y tan poco hay un entendimiento pacífico entre los administrativistas y procesalistas civiles, el estudio llevará a cabo que la mediación administrativa está siendo utilizada como alternativa para resolver controversias de intereses particulares y la Administración o en caso de conflictos interadministrativos que tienen competencias y intereses públicos.

2. Mediación en ámbito administrativo como un paso previo a la mediación ambiental: teorías ambientales y el derecho de la naturaleza

Con foco en las teorías que abordan la protección del medio ambiente y de todos los seres vivos que habitan el planeta, una tesis que merece ser analizada se refiere a la propuesta de una visión no antropocéntrica del derecho del medio ambiente. Como punto de partida, parece que el planeta tierra debe ser considerado un ser vivo en igualdad de condiciones con todos los seres vivos, lo cual puede lograrse de dos formas, siendo la primera, con los debates mundiales sobre el principio de Armonía con la naturaleza, como *ethos* fundante de las relaciones jurídicas, así como sobre la posibilidad de emitir una Carta Internacional de los Derechos de la Madre Tierra (Morales, 2018, pp. 130-131). La teoría antropocéntrica, biocéntrica o eurocéntrica son temas discutidos exhaustivamente en ámbito jurídico y ético ambiental, puesto que los continentes adoptan distintos criterios de validación de los requisitos que cumplan reconocer una teoría global.

La crisis ambiental también es la crisis del derecho, pues las actitudes morales en el contexto del medio ambiente han implicado numerosas discusiones que permean las diferentes culturas y los diferentes periodos históricos en los que se dan. La explotación desmedida de los recursos ambientales, que se basa desde la perspectiva de la actitud moral, se ha descompuesto en una visión de utilizar los beneficios que ofrece la naturaleza para su propio dominio – en otras palabras, la ocupación del bien público para el bien material privado. Este tipo de pensamiento nos preocupa al llegar a la crisis ambiental, ya que a partir del siglo XX y principios del siglo XXI, el comportamiento humano es percibido como agresivo e irresponsable al punto que ni siquiera las políticas públicas de protección están funcionando para frenarlas.

Sobre las teorías ambientales discutidas, actualmente, si se discute si es posible que la naturaleza sea sujeto de derechos, ha provocado discusiones jurídicas y filosóficas en las que se tienen razones favorables y desfavorables para el reconocimiento. A juicio de la profesora Nuria Martín (2018, pp. 521-523), los aspectos principales giran en torno a la perspectiva biocéntrica en la que se rompe el paradigma del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos para garantizar la supervivencia frente a los problemas ecológicos. Por otro lado, los críticos sostienen que es necesario pensar en medidas como una tutela judicial más eficaz, así como si por este medio es posible garantizar necesidades futuras o si es posible reconocer al ser no humano como un sujeto de derechos. La corriente desfavorable al reconocimiento de los derechos de naturalización implica la cuestión de la dignidad, porque la naturaleza no la tiene, por tanto, no puede detener la tutela jurídica ambiental, por lo tanto, es la principal razón por así decir, que sostiene que la naturaleza no tiene derechos implicados por la autotutela.

La mediación ambiental es un tema que más de un par de autores ya escribirán sobre diferentes corrientes como de los derechos indisponibles, derechos de la naturaleza, teoría biocéntrica, derecho ambiental constitucional, calidad de vida de los ciudadanos entre otros temas. Lo que es facto incontestable que, prácticamente no existe un servicio especializado en mediación ambiental, una asignatura curricular en la Universidad o una política pública uniforme sobre los procedimientos administrativos (Carbonell, 2011, pp. 755-756). La

mediación ambiental si propone para mediar el conflicto ambiental que es un fenómeno social que tiene impacto en la calidad de vida de los individuos o del medio ambiente, por estas cuestiones y del interés público general que no hay un entendimiento en la doctrina sobre su aplicación en ámbito administrativo.

Un de los puntos más discutidos de la aplicación de la mediación en ámbito administrativo es la seguridad jurídica del procedimiento que aún no está bien clarificado en los textos normativos y tampoco el legislador está motivado para una previsión más exacta del procedimiento jurídico (Fernández, 2021, p. 44). La seguridad jurídica es un principio o una institución del propio derecho que es constantemente discutida en situaciones de inseguridad jurídica provocada por cambios de normas y entendimientos jurisprudenciales sobre materias del derecho y otros contenidos que implican lecturas atentas de los operadores jurídicos.

La mediación ambiental es una propuesta delineada con objetivos de la sustentabilidad previstos en la Agenda 2030, y su tratamiento está dispuesto de manera específica en los procedimientos ambientales. Las cuestiones ambientales han ganado fuerza desde la incorporación de la mediación en la Carta Constitutiva de las Naciones Unidas, pues el objetivo es realizar una contribución positiva para la preservación de las generaciones presentes y de las venideras (Pedreño, 2015, p. 19). A modo complementar, la mediación administrativa no es viable en ámbito de los métodos autocompositivos de conflictos, o sea, su espacio aún tiene implicaciones que pasan por un camino largo hasta su efectiva incorporación en ámbito jurídico-legal del procedimiento administrativo o de la vía judicial.

3. Posibilidades legales de aplicar la mediación administrativa y del contencioso-administrativo con participación de las Administraciones Públicas

Las posibilidades de la mediación administrativa están previstas en la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, precisamente en su art. 88.1 y 107.2. En el caso de la mediación intrajudicial, su previsión está limitada en el art. 77, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la

Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Estos dispositivos surgen como posibilidades para realizar la mediación junto a las Administraciones Públicas, y del mismo modo, la reserva de jurisdicción prevista para el caso del Juez, art. 117, de la Constitución Española, fue declarada constitucional por el Tribunal al reconocer la compatibilidad de la tutela judicial con exigencia de trámites previos como la conciliación o reclamación administrativa.

El análisis del conflicto administrativo atraviesa por casi todos los problemas que los conflictos públicos o con participación de los órganos públicos en la gestión del conflicto, enfrentan con cierta incertidumbre en términos de resolución exitosa del conflicto. El concepto de conflicto requiere mayor profundidad en cuanto a la comprensión jurídico-ambiental, mientras que la sociedad tiene una dinámica más compleja en cuanto a la gestión pública de conflictos o con la participación de la Administración Pública. El sistema jurídico adoptado como forma o método para superar los conflictos se convierte en un desafío debido a que existe una desconexión con el problema del conflicto (Redorta, 2009, p. 55).

Como ya se afirmó anteriormente, la respuesta para la mediación administrativa es positiva, aunque la Ley no prevé expresamente la aplicación de la mediación teniendo en cuenta las peculiaridades que el Derecho Administrativo y más precisamente el reglamento administrativo y de la Ley del proceso Contencioso-Administrativo prevé (Amo, 2021, pp. 29-32). De cara observarse una crítica que mismo la normativa que hace referencia posibilitar la utilización de la mediación en el proceso judicial, es necesario que si apruebe una normativa más específica sobre la materia – es decir – una legislación que contemple adecuadamente y integralmente el instituto de la mediación administrativa y garantizar la autonomía de la Administración Pública frente a actuación de principios como conveniencia y oportunidad.

Las posibilidades de la mediación en ámbito administrativo tuvieron su impulso con la pujanza de los medios extrajudiciales consensuales de resolución de conflictos. Es innegable que el derecho ha ganado más opciones con alternativas más cercanas del ciudadano y de los operadores jurídicos que buscan formas adecuadas para resolver las controversias de los clientes y partes representadas (Diz, 2018, p. 44). La participación de la

Administración Pública en los litigios ya está clara en la carpeta del jurista, y con los dispositivos legales como la Ley 30/1992, el legislador, afortunadamente, incorpora importantes pasos para fortalecer la mediación como herramienta indispensable en las Administraciones Públicas.

Es innegable que las Administraciones Públicas carecen de medidas que faciliten la resolución de múltiples problemas administrativos que no terminan de una manera adecuada, es decir, el propio procedimiento no satisfaz, en muchos casos como del silencio administrativo, donde ocurre tiempos muertos del proceso y que reflejan en la resolución coherente y adecuada del conflicto, una respuesta que atendía el derecho administrativo y en otros casos derechos fundamentales que son discutidos cuando el procedimiento ya está judicializado (Simón, 2021, p. 21).

La mediación administrativa tiene oportunidad en los métodos preventivos y resolutivos de conflictos que ocurre entre la Administración Pública y los sujetos privados como regla, pero, poco a poco el ámbito de resolución incorpora otros conflictos entre sujetos públicos, conocida por los administrativistas como mediación interadministrativa. Esto si debe, como línea general, la inercia de los sistemas tradicionales de resolución de conflictos en Europa, bien como la autotutela administrativa y en caso de la tutela judicial (mediación intrajudicial), para traspasar más seguridad jurídica como consecuencia de la profunda crisis que el propio derecho administrativo enfrenta en la actualidad con las nuevas demandas que exigen más protagonismo de las partes interesadas y de las Administraciones en resolver controversias (Gil-Robles, 2012, pp. 41-42).

La Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 (Parlamento Europeo, 2008), refuerza los mecanismos complementares que sirven como engranajes en el derecho al acceso a la justicia, y en el caso de las Administraciones Públicas, e nada cambia principios como la voluntariedad y de establecer límites temporales a los órganos jurisdicionados para finalizar el procedimiento de la mediación. De igual modo, la presente Directiva Europea establece que los Estados miembros deben promover medios adecuados de formación de mediadores y prever mecanismos de control de los

resultados para que la mediación tenga calidad al envés de cantidad de casos que fueran realizados procedimientos de mediación.

Las posibilidades legales de aplicar la mediación en ámbito contencioso-administrativo están compiladas en el art. 77, donde los procedimientos en primera o única estancia, el tribunal designado o el juez, podrá, de oficio o por intermedio de la parte, podrá someter la demanda el reconocimiento de hechos y otros documentos para alcanzar el acuerdo. Si las partes llegaren a un acuerdo por la mediación o en caso de la transacción, y esto implica en fin de la controversia, el juez declara en fin del procedimiento, salvo que la resolución no sea manifiestamente contraria a disposiciones jurídicas legales y tan poco que sea contrario al interés público o en caso de la resolución afectar intereses de terceros (Pastor, 2010, p. 46).

A modo de interpretación de normativa del procedimiento contencioso-administrativo, actualmente tramitan propuestas legislativas para aclarar los puntos débiles para fomentar la mediación en ámbito de las Administraciones Públicas (ámbito administrativo o judicial), o de potenciar el instituto de la transacción judicial como está en la legislación actualmente. Ocurren inconvenientes para integrar la mediación en ámbito administrativo como los distintos sectores públicos, bien como la potenciación del instrumento de la transacción judicial en el procedimiento administrativo y de la falta de instrumentos que implican en la resolución de asuntos administrativos por silencio administrativo negativo, alta carga de resolución y concentración de funciones administrativas o de en cuestiones que interpone el recurso de reposición que presente bajo nivel de estimación (Rojas, 2016, pp. 183-184).

Con la investigación de las posibilidades de aplicación de la mediación, si detecta que Ley 29/1998 y la Ley 39/2015, tiene semejanzas que hay en relación a mediación civil y mercantil en cuestiones de los principios que siguen la Ley general de mediación (Ley 5/2012), bien como de la mediación en el procedimiento administrativo y del Contencioso-Administrativo. A modo de legislación comparativa, los puntos que divergen, o mejor puesto, no coinciden con la aplicación de la mediación si refiere a la mediación en procedimientos ambientales, y es por esto que, si comparte la idea de la mediación en este último ámbito, deberá considerarse la excepción de la regla, donde su

procedimiento está lejos de un entendimiento de los administrativistas o de los procesalistas de diversos ámbitos jurídicos. Del mismo modo, si sostiene que la legislación arriba mencionado es débil en cuanto la previsión expresa de la mediación administrativa y intrajudicial, y esta discusión no si agota tan solamente en ámbito jurídico, hay un otros sectores o áreas del conocimiento que implican acercarse de estas temáticas para trazar un camino que tenga seguridad jurídica que ayún no está hecho por la legislación española. Esto significa que la aplicación de la mediación administrativa tiene un largo camino a ser investigado para que las Administraciones Públicas tienen mecanismos mas eficaces de gestión de conflictos y para que el ciudadano tenga sus derechos atendidos con eficiencia procesal.

El legislador no menciona expresamente la mediación en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo (España, 1992), sin embargo, el art. 107.2, menciona brevemente que, para poner fin al procedimiento las leyes podrán substituir el recurso de alzada por procedimientos como la mediación, arbitraje, conciliación, impugnación, reclamación, etc. No si puede olvidar, *a priori*, que las Administraciones Públicas atuán y si relacionan con principios como la lealtad institucional, por lo tanto, tendrán que facilitar todas las informaciones y procedimientos para desarrollar sus actividades y competencias junto al ciudadano y entre otras Administraciones que tienen intereses públicos implicados.

La Ley de mediación 5/2012 (España, 2012), deja claro entre otras interpretaciones, los ámbitos que quedan excluidos de la aplicación de los asuntos civiles y mercantiles tales como la mediación penal, mediación con Administraciones Públicas y en ámbito laboral. Esta previsión deja un margen más restricto sobre las posibilidades de aplicar la mediación administrativa y del orden contencioso-administrativo, es decir, la Ley 30/1992, Ley 29/1998 del Contencioso y tan poco el Proyecto de Ley de eficiencia procesal prescribe abiertamente las posibilidades de utilizar la mediación en conflictos administrativos, salvo la disposición del art. 86 y 113 del procedimiento común de las Administraciones y en caso de la jurisdicción contenciosa-administrativa el previsto del art. 77, en las hipótesis de terminación convencional del procedimiento o en caso de transacción. Sobre este último procedimiento, la transacción no está de

todo bien aclarada en ámbito legislativo y jurisprudencial, pues existen corrientes doctrinarias divergentes de una parte que entiende que la transacción sería un procedimiento específico y apartado de la mediación, o que la transacción podría ser parte de la mediación y también que determinados conflictos están sujetos a mediación y otros juristas entienden solamente a transacción.

Un importante paso que el legislativo ejerce fue la aprobación del Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal que es una iniciativa para suplantar las insuficiencias estructurales en los sistemas de justicia. En su apartado primero, refuerza la necesidad en buscar alternativas para los procesos administrativos y judiciales que ingresan en los tribunales o de modo extrajudicial, y que no tienen cumplido satisfactoriamente los derechos de los demandantes². El referido Proyecto de Ley tras innovaciones como la sesión previa obligatoria de la mediación, o sea, es una sesión para realizar el intento de producirse una solución amistosa y extrajudicial. Tras todas novedades de fomentar la mediación en la autocomposición de controversias entre sujetos públicos y privados y en los casos mas comunes que son relaciones puramente privadas o del derecho privado.

Uno de los ejemplos de la aplicación de la mediación en ámbito de las Administraciones Públicas es relacionadas con temas ambientales. Algunas de estas experiencias versan sobre recursos hídricos y aguas accesibles a particulares, en los que la Fundación Ecología y Desarrollo³, fue parte que intervino con un procedimiento de mediación en esfera administrativa, adoptando métodos de diálogo y autocomposición como medio para reconocer el problema y proponer soluciones de modo extrajudicial. En esta área específicamente, cada vez más actores sociales y políticos piden nuevas soluciones que puedan dar una respuesta rápida a la sociedad, pues el ciudadano del siglo XXI es exigente, informado y tiene a su disposición herramientas como la iniciativa popular para

² Vide. ESPAÑA. Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del servicio Público de Justicia. In: **Ministerio de Justicia**. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documentos/APL%20Eficiencia%20ProcesaI.pdf>. Consulta en: 2 noviembre 2023.

³ La Fundación Ecología y Desarrollo no fines de lucro, con el objetivo de promover el diálogo con los actores de la sociedad para impulsar objetivos mayores como el Programa Común para la Humanidad, los Objetivos de Desarrollo Sostenible y el Acuerdo de París.

formular propuestas en favor del interés colectivo de su barrio, plazas, áreas de ocio, áreas verdes, comunidad de vecinos, pueblos, etc. (Pedreño, 2014, p. 43).

Con la autorización restricta del legislador sobre la aplicación de la mediación en el ámbito administrativo con fundamento de los arts. 86 y 112 de la Ley 39/2015, y su previsión reglamentaria en vía Contencioso-Administrativa, art. 77, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a mi juicio, se ha producido un tímido avance por parte de los operadores jurídicos que utilizan estos dispositivos para mediar conflictos. La vía que permite alcanzar acuerdos entre el ciudadano y la AP, poco a poco se va abriendo y se superan reticencias de manera que se facilite la adecuación de las herramientas jurídicas a los conflictos del siglo XXI.

4. Conclusiones

La mediación en ámbito administrativo es una realidad que mismo que el legislador español y europeo no tenga contemplado de modo mas expreso por así decir, está encaminado para una vía con muy buenas posibilidades desde del punto de vista de la jurisdicción administrativa y del orden contencioso-administrativo. En el caso de la mediación en ámbito administrativo ambiental, no comparto la tesis favorable en este ámbito, y voy más allá, pues si está muy distante de una realidad práctica de acuerdos que resulten exitosos en materias de derechos no disponibles. De este modo, la Ley 30/2015, referente al procedimiento administrativo de las Administraciones Públicas, como la Ley 30/1992, del régimen Contencioso-Administrativo, permiten posibilidades de mediar conflictos entre particulares, Administraciones y conflictos interadministrativos, en este último caso, el conflicto podrá ocurrir entre dos o más administraciones de sectores públicos distintos, o sea, desde el nivel local hasta el ámbito de competencias de las Comunidades Autónomas.

En esta línea, si defiende, por lo tanto, una nueva legislación que enlace la mediación en ámbito administrativo, es decir, no basta que el legislador contemple en la legislación ordinaria o por alguna normativa complementar del sistema de justicia, es necesario cambiar los procedimientos administrativos que para una perspectiva más proactiva

y resolutive en comparativa con la conflictiva y judicializadora que está enraizada por las Administraciones Públicas. Dicho esto, la Ley del procedimiento Administrativo es un paso importante rumbo a perspectiva de la mediación para el futuro, pues fortalece el cambio de paradigma del propio derecho administrativo que en cierto modo está sobrecargado y desfasado de los sistemas de justicia en el siglo XXI.

De todas las cuestiones mencionadas sobre las posibilidades de aplicar la mediación administrativa y del orden judicial (intrajudicial), en conceptos jurídicos indeterminados, teniendo especial atención con materias como determinación de justo precio, valoración de bienes y derechos, responsabilidad patrimonial, contratación pública y con derecho privado en caso de sociedades empresariales, indemnizaciones, subvenciones y reintegro, etc., la mediación es una realidad que no hay vuelta en los procedimientos administrativos. Al investigar la viabilidad de la utilización de la mediación en vía administrativa, su aplicación en el ámbito de las Administraciones locales es imprescindible para alcanzar el nuevo concepto de gestión de conflictos de modo consensuado y con mejores herramientas de dialogo *inter partes*.

La sociedad es exigente en sus derechos, y las demandas judiciales tradicionales o el silencio administrativo, este último caso, la vía utilizada por el ciudadano para acudir a los tribunales o la mediación para conceder o otorgar un derecho que la Administración Pública no ha concedido a través de un acto administrativo expreso. Estos dos ejemplos clásicos de los sistemas de justicia ha mucho tiempo evidencian resquicios de insuficiente alcance de la vía judicial. A modo de conclusión, la sociedad exige y necesita que la Administración Pública utilice mecanismos eficaces, pacificadores de conflicto, diferentes en cuanto al abordaje, conducción y técnicas, austera de gastos, y esto es viable en la línea de la mediación como método de acceder a la jurisdicción especializada como es el caso de la administrativa y del contencioso-administrativa.

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.). **Tesoro 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, pp. 29-37.

CARBONELL, Xavier et al. Mediación en conflictos ambientales. *In*: CASANOVAS, Pompeo; MAGRE, Jaume; LAUROBA, Elena (Directs.) **Libro Blanco en Cataluña**. v. 1, 2011, pp. 753-796.

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

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: 2 noviembre 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: 2 noviembre 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: 2 noviembre 2023.

ESPAÑA. Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del servicio Público de Justicia. *In*: **Ministerio de Justicia**. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficial/es/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF. Consulta en: 2 noviembre 2023.

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

GIL-ROBLES, Álvaro. La mediación administrativa como alternativa. **Revista del Poder Judicial**. Madrid, n. 94, 2012, pp. 40-43.

MARTÍN, Nuria Beloso. Las generaciones futuras y la Naturaleza: ¿hay un deber de cuidado? Reflexiones desde el Eurocentrismo. **NOMOS. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará**. Dossiê temático. Cátedra Jean Monnet. Ceará, v. 39, n. 2, jul./dez., 2018, pp. 521-547.

MORAES, Germana de Oliveira. **Harmonia com a Natureza e Direitos de Pachamama**. Fortaleza: Edições UFC, 2018.

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: 2 noviembre 2023.

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

PEDREÑO, Remedios Mondéjar. **Los conflictos ambientales y su tratamiento a través de la mediación**. Madrid: Dykinson S. L., 2015.

PEDREÑO, Remedios Mondéjar. **Mediación ambiental**. Recursos y experiencias. Madrid: Dykinson S. L., 2014.

REDORTA, Josep. **Cómo analizar los conflictos**. La tipología de conflictos como herramienta de mediación. Barcelona: Paidós Ibérica S. A., 2009.

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, 2

O projeto de pesquisa “Ontem, hoje e amanhã: cartografia das políticas públicas brasileiras auto e heterocompositivas de acesso à justiça” pretende analisar as atuais políticas públicas (auto/heterocompositivas) de acesso à justiça, o modo como sua implementação e execução vêm sendo desempenhadas e avaliadas e quais são as perspectivas que se apresentam no pós pandemia, considerando a última década, no Brasil. A pesquisa é financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico-CNPq e Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul-FAPERGS. Em outubro de 2023 os integrantes do projeto participaram de um Evento realizado na Universidad de Burgos (UBU), na Cidade de Burgos, Espanha; o seminário nomeado “Acceso a la Justicia en la contemporaneidad” tratou de temas conectados aos objetivos do projeto e contou com vários professores, mestrandos e doutorados brasileiros e europeus. A presente obra é produto das reflexões ocorridas nesse seminário e conta com um conjunto de textos escritos em língua portuguesa e espanhola que abordam o acesso à justiça no Brasil e na Espanha, refletindo a respeito de suas convergências e dissonâncias, de suas principais conquistas e desafios.