



UNIFACS

UNIVERSIDADE SALVADOR

LAUREATE INTERNATIONAL UNIVERSITIES®

MESTRADO EM DIREITO, GOVERNANÇA E POLÍTICAS PÚBLICAS

CRISTIANE SANTANA GUIMARÃES

**POLÍTICA PÚBLICA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DA ADMINISTRAÇÃO:
PROPOSTA DE REDE INTERORGANIZACIONAL DE MEDIAÇÃO,
CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM**

Salvador
2020

CRISTIANE SANTANA GUIMARÃES

**POLÍTICA PÚBLICA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DA ADMINISTRAÇÃO:
PROPOSTA DE REDE INTERORGANIZACIONAL DE MEDIAÇÃO,
CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Governança e Políticas Públicas, Curso de Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas da Universidade Salvador UNIFACS, Laureate International Universities, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. José Euclimar Xavier de Menezes.

Salvador
2020

Ficha Catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas da UNIFACS Universidade Salvador, Laureate International Universities.

Guimarães, Cristiane Santana

Política pública de solução de conflitos da administração: proposta de rede interorganizacional de mediação, conciliação e arbitragem. / Cristiane Santana Guimarães. – Salvador: UNIFACS, 2020.

128 f. il.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Governança e Políticas Públicas, Curso de Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas da Universidade Salvador UNIFACS, Laureate International Universities, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. José Euclimar Xavier de Menezes.

1. Direito 2. Mediação. 3. Arbitragem. 4. Conciliação. I. Menezes, José Euclimar Xavier de, orient. II. Título.

CDD: 340

CRISTIANE SANTANA GUIMARÃES

POLÍTICA PÚBLICA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DA ADMINISTRAÇÃO:
PROPOSTA DE REDE INTERORGANIZACIONAL DE MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E
ARBITRAGEM

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Governança e Políticas Públicas da Universidade Salvador UNIFACS – Laureate International Universities, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre e aprovada pela seguinte banca examinadora:

José Euclimar Xavier de Menezes – Orientador _____
Pós Doutor em Filosofia Contemporânea na Pontifícia Università Lateranensi/Roma e em
Filosofia dos Direitos Humanos na Universidad de Salamanca
UNIFACS Universidade Salvador – Laureate International Universities

Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas _____
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)
Doutorando pela Universidade de Coimbra
Universidade Salvador – UNIFACS, Laureate International Universities

María Esther Martínez Quinteiro _____
Doutora Honoris Causa pela Faculdade de Direito - Fundação Universidade Federal de Mato
Grosso do Sul _ UFMS
Universidade de Mato Grosso do Sul (UFMS)

Salvador, _____ de _____ de 2020.

RESUMO

O presente estudo propõe uma política da administração estadual de tratamento adequado de conflitos em rede, que tem por objetivo a utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos – principalmente, a mediação, a conciliação e a arbitragem – a ser adotado pelo Poder Executivo, com a finalidade de alcançar a pacificação social e tornar qualificado o acesso ao judiciário, como outra porta de acesso à justiça, garantindo a cidadania administrativa e os direitos humanos, estruturantes da pacificação social. Partindo da perspectiva mais ampla para afirmar que tais métodos se inserem no novo paradigma jurídico que se apresenta para o século XXI e sob este farol o trabalho traz a lume a concertada compreensão das nações - autorizadas por marcos legais dos auto compositivos - da saída para prevenir e resolver os constantes antagonismos produzam agressões, opressões e, no seu extremo, genocídios. O estudo examina à luz da herança filosófica ocidental o conceito de justiça, a evolução epistemológica do princípio do acesso à justiça, para revisitar o direito de Acesso à Justiça, identificando mais uma dimensão, ainda não evidenciada em pesquisas, uma nova dimensão do Direito Fundamental de Acesso à Justiça. Propõe, ainda, uma arquitetura para resolução de conflitos na administração pública, à luz da doutrina mais atualizada da economia comportamental. O trabalho também examina programas e projetos em estados da federação brasileira, que se utilizam da mediação e da justiça restaurativa com os aportes teóricos bem estruturados e aplicados, fornecendo a juridicidade necessária para contribuir com efetivação dos direitos humanos.

Palavras-Chave: Solução. Conflitos. Política Publica. Administração. Mediação. Arbitragem.

ABSTRACT

This study proposes a policy of the state administration for the appropriate handling of network conflicts, which aims to use consensual methods of conflict resolution - mainly mediation, conciliation and arbitration - to be adopted by the Government, with the purpose of achieving social pacification and making qualified access to the Judiciary, as another gateway to justice, guaranteeing administrative citizenship and human rights, which structure social pacification. Starting from the broader perspective to affirm that such methods are part of the new legal paradigm that presents itself for the 21st century and under this light, the work brings to light the concerted understanding of nations - authorized by legal frameworks of self-composers - of the exit to prevent and to resolve the constant antagonisms produce aggression, oppression and, in its extreme, genocide. The study examines in the light of the western philosophical heritage the concept of justice, the epistemological evolution of the principle of access to justice, to revisit the right of access to justice, identifying yet another dimension, not yet evidenced in research, a new dimension of fundamental law access to justice. It also proposes an architecture for conflict resolution in public administration, in the light of the most updated doctrine of behavioral economics. The text also examines programs and projects in states of the Brazilian federation, which use mediation and restorative justice with well-structured and applied theoretical contributions, providing the necessary legality to contribute to the realization of human rights.

Keywords: Solution. Conflicts. Policy Publishes. Administration Mediation. Arbitration.

LISTA DE SIGLAS

ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
CASC	Câmara Administrativa de Solução de Conflitos
CBMA	Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem
CCAF	Câmara de Conciliação e Arbitragem
CEJUSC	Centro Judiciário de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CTN	Código Tributário Nacional
DETRAN	Departamento Estadual de Trânsito
EU	União Europeia
IMAB	Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LAI	Lei de Acesso à Informação
MASC	Meios Adequados de Solução de Conflitos
OEA	Organização dos Estados Americanos
OMC	Organização Mundial de Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
STF	Supremo Tribunal Federal
UFOB	Universidade Federal do Oeste da Bahia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 TRAÇOS HISTÓRICOS DOS MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	15
1.1 OBSTÁCULOS PARA O ACESSO À JUSTIÇA	18
1.2 SOBRE AS ONDAS RENOVATÓRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA.....	20
1.3 A REALIDADE BRASILEIRA E OUTROS OBSTÁCULOS APONTADOS NESTE ESTUDO	21
2 A DIRETIVA DA UNIÃO EUROPEIA E CARACTERÍSTICAS RELEVANTES NOS MODELOS DE AUTOCOMPOSIÇÃO DOS PAÍSES AMERICANOS.....	24
2.1 ESTADOS UNIDOS	32
2.2 ARGENTINA.....	35
2.3 BOLÍVIA.....	36
2.4 COLOMBIA.....	37
2.5 CHILE	38
2.6 EQUADOR.....	39
2.7 PARAGUAI.....	40
2.8 PERÚ	41
2.9 URUGUAI.....	41
2.10 VENEZUELA	42
3 OS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS GARANTEM O ACESSO À JUSTIÇA? UMA NOVA DIMENSÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: A ORDEM SATISFATIVA DAS PARTES.....	44
3.1 SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA	44
3.2 SOBRE UMA NOVA ORDEM SATISFATIVA DO ACESSO À JUSTIÇA	48
4 A ESCOLHA NO SISTEMA MULTIPORTAS E A EFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	55
4.1 VIÉS DA DISPONIBILIDADE SEGUNDO A DOCTRINA THALER E SUSTEIN	63
4.2 VIÉS DO <i>STATUS QUO</i>	64
4.3 VIÉS DO EXCESSO DE CONFIANÇA	65
4.4 O ESTÍMULO CERTO: UMA ALTERAÇÃO NO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE DISPUTA PADRÃO	68
4.5 OPORTUNIDADE DE MELHORAR A EFICÁCIA E A EFICIÊNCIA DAS INTERVENÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM CONTROVÉRSIA. OS CASES COMPORTAMENTAIS	69

5 DEIXAR DE FAZER MAIS DO MESMO - A JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUA APLICAÇÃO NA REDE INTERORGANIZACIONAL: UMA PROPOSTA DE EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA E DE DIREITOS HUMANOS.....	74
5.1 PROGRAMA MEDIAR. POTENCIALIDADE DE REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS	79
5.2 CENTRO DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	80
5.3 DIÁLOGO NAS ESCOLAS. SUA FALA MUDARÁ SEU MUNDO. O PAPEL DA LINGUAGEM E DA EDUCAÇÃO NAS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS	81
5.4 A OUVIDORIA COMO ESPAÇO DE TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS	85
6 MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS – MASC	88
6.1 A MEDIAÇÃO: MAIS UM INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	91
6.2 OS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS APLICADOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE À JURIDICIDADE.....	94
6.3 A RELEITURA DOS PRINCÍPIOS DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E DA PUBLICIDADE	98
6.4 PONDERAÇÃO ENTRE PUBLICIDADE E CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM.....	102
6.5 ARBITRABILIDADE TRIBUTÁRIA: SUA JURIDICIDADE NO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL	104
6.6 GALVANIZAÇÃO DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DA RELAÇÃO TRIBUTÁRIA .	106
6.7 EFETIVAÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA: NECESSIDADE DE EDIÇÃO LEGAL	107
6.8 TEMPORALIDADE DA INSTALAÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO.....	108
6.9 A VANGUARDA PORTUGUESA	109
REFERÊNCIAS.....	117
APÊNDICE A - Quadro Sintético: Aspectos Leais das Leis que Disciplinam a Autocomposição de países Americanos	124

INTRODUÇÃO

Qual o preço e a benefício de quem é conduzido o funcionamento atual de nossos sistemas jurídicos? Este tem sido um questionamento que costuma trazer inquietude a advogados, juízes e acadêmicos, tornando-se ainda mais perturbador quando enfoques criativos outros sobre o tema é validado no discurso sobre as possibilidades de acesso à justiça.

Pode ser hercúleo o trabalho de definição do que venha ser o “acesso à justiça”, desde logo permitindo sua multifacetação conceitual a depender do subsistema ao qual pertence o lugar de fala do indivíduo. Por outro lado, o termo auxilia a identificar a finalidade básica do sistema jurídico, ou seja, um *locus* onde o indivíduo reivindica direitos ou resolve litígios sob a tutela do Estado. Deve ser, por consequência, efetivamente acessível a todos e produzir resultados justos pelas instituições jurídicas de defesa da dignidade da pessoa humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria. Portanto, o acesso à justiça não é um fim em si mesmo, mas um modo de afirmação e efetivação dos direitos humanos, conquista civilizatória.

Mas o que pode ser mais perverso e injusto para a pessoa que vive na contemporaneidade, reconhecer-se plena de direitos, mas na precariedade de alcance do direito fundamental de acesso à justiça, porque as multiportas de acesso não lhe são conhecidas?

A efetivação do acesso à justiça, tendo como marco cronológico a década de setenta, pode ser compreendida a partir de três ondas, as quais estarão adiante mais precisamente descritas. Contudo, o enfoque do presente estudo, na temporalidade da terceira onda, pode ser observado a partir de regramentos postos em dimensões supranacionais e nacionais, *ex vi*, o artigo 8º, 1, da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos – São José da Costa Rica¹ e o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal², sendo correto afirmar que o movimento produzido por esta onda ainda não se esgotou, porquanto se identificou a necessidade de superação do obstáculo processual, fazendo com que a lei processual vigente fosse alterada para albergar mecanismos de solução de conflitos contemplados no pluralismo jurídico como alternativas ao procedimental para dirimir litigiosidades, a exemplo da mediação, da conciliação e da arbitragem, dentre outras iniciativas processuais que possibilitam a efetivação do acesso à justiça, além da jurisdição.

¹ Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

² A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

Watanabe (2019, p. 109), em sua obra *Acesso à Ordem Jurídica* pensa que o problema de acesso à Justiça não pode ser estudado nos acanhados limites dos órgãos judiciais existentes, porque não se trata de possibilitar acesso à instituição estatal, mas de acesso à ordem jurídica justa. Isto significa que o inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal é mais abrangente que o acesso ao Poder Judiciário, engloba a ameaça de direito, e segue uma gama de valores e direitos fundamentais do ser humano.

O acesso à justiça é direito humano e essencial ao completo exercício da cidadania. Mais que acesso ao poder judiciário, alcança o acesso ao aconselhamento, ao consultor, enfim, acesso à justiça social.

Assim, partindo da premissa desta amplificação do conteúdo semântico do acesso à justiça esculpido na Carta Magna e espreado no códex processual vigente, o presente estudo visa propor um modelo de rede de autocomposição de conflitos disponível no âmbito da administração pública, seja por controvérsia originada pelo cidadão, enquanto usuário dos serviços prestados pela administração pública direta e indireta, ou pela própria administração em face aos cidadãos, conflitos estes que demandem uma nova forma de relacionamento do cidadão com o Estado, em superação ao binômio autoridade - subordinado, resquício de um direito administrativo oitocentista, baseado em uma posição de supremacia da administração pública frente àquele, equivocadamente, denominado administrado. Uma política pública de solução de conflitos na administração pública torna-se algo necessário e obrigatoriamente preliminar à busca da solução no judiciário, sem embargos de outras tentativas de pacificação também possam ser tentadas durante o processo.

O resultado da investigação que suporta o presente estudo propõe uma política da administração estadual de tratamento adequado de conflitos que tem por objetivo a utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos – principalmente, a mediação, a conciliação e a arbitragem – no poder executivo e sob fiscalização deste, ou seja, requer a mudança da mentalidade dos operadores de direito e da própria comunidade em relação a esses métodos, com a finalidade de alcançar a satisfação das partes e tornar qualificado o acesso ao judiciário, como outra porta de acesso à justiça.

Por consequência, uma vez alcançado o resultado justo no conflito da administração pública, garantida estará a cidadania administrativa e a efetivação dos direitos humanos, estruturantes da pacificação social.

Portanto, tendo por objetivo investigar, em que medida a política pública de autocomposição de conflitos da administração pública pode contribuir para a pacificação social, o presente estudo encontra-se organizado em partes que permitem albergar aspectos que

encontram-se no entorno do objetivo principal e são de análise necessária para o alcance do objetivo principal.

O primeiro capítulo traz um breve histórico da evolução da mediação e outros métodos de resolução de conflitos para, em uma perspectiva mais ampla, afirmar que tais métodos se inserem no novo paradigma jurídico que se apresenta para o século XXI: mais informal, negocial e participativo, como veremos na sequência, aspectos presentes nas variadas normativas criadas para dar ênfase ao que se denomina de terceira onda de acesso à justiça, abordando a reforma dos procedimentos judiciais, a investigação de métodos alternativos e instituições de procedimentos especiais, a mudança de métodos e a simplificação do direito.

No ponto em que se conduz ao estudo sobre a diretiva da União Europeia e características da autocomposição de países americanos (capítulo 2) o trabalho traz a lume a concertada compreensão das nações que a saída para os conflitos – considerados endêmicos, de modo que deve se evitar que os antagonismos constantes produza agressões, opressões e, no seu extremo, genocídios - seja a via alternativa das soluções pacificadas, desde que não gere qualquer obstáculo ao acesso à justiça em seu sentido estrito, do princípio da inafastabilidade do poder judiciário.

Muito pelo contrário, o acesso à Justiça incluindo aí o sistema multiportas é o canal que permite aos membros da sociedade a consecução dos direitos humanos, e, por esta razão deve estar em contínuo aprimoramento, tendo o direito contemporâneo fincado o pé na realidade. Assim, o estudo revela as inconsistências de algumas legislações das Américas, trazendo enfoque sobre aspectos de relevo - a obrigatoriedade da mediação, confidencialidade, requisitos para ser mediador, efeitos do acordo e outros aspectos de interesse - e uma pesquisa mais abrangente sobre a autocomposição na Itália, único país da União Europeia que torna obrigatória a mediação.

O capítulo 3 perquire sobre a possibilidade dos métodos alternativos de solução de conflitos poderem realizar a justiça, proporcionar acesso à justiça e, ainda, resultar em uma solução calcada em um direito justo, decorrente do acordo entre as partes. Examina-se, pois, tais aspectos à luz da herança filosófica ocidental sobre o conceito de justiça, a evolução epistemológica do princípio do acesso à justiça e, ainda do direito justo larenziano, resultante do princípio fundamental do respeito recíproco. Ao final deste capítulo, o estudo propõe a revisitação ao direito de Acesso à Justiça, identificando mais uma dimensão, ainda não evidenciada em pesquisas, qual seja, a expressão satisfativa da Justiça como nova dimensão do Direito Fundamental de Acesso à Justiça.

Nos últimos anos, tendo sido constatado que a cultura do litígio firmou-se na sociedade brasileira, surgiu para os operadores do direito a necessidade de transformação do sistema jurídico. Muitas alterações legislativas foram propostas, Resolução do CNJ, Lei de Arbitragem, Novo Código de Processo Civil, Lei de Mediação, Nova lei de Arbitragem para incluir capítulo específico da arbitragem na administração pública, todo um aparato normativo para chancelar à sociedade a possibilidade de socorrer-se de outra porta, talvez mais eficiente que o Judiciário. A indagação que se faz no capítulo 4 é: estando apta, com todo o aparato normativo, o que impede a administração pública dar o giro necessário para a melhor governança dos conflitos por ela ou em sua função gerados? E porque os seus agentes geram, cotidianamente, na relação com os particulares, controvérsias que, em geral, são judicializadas?

Estudos da economia comportamental asseguram ser uma tendência de confiar em heurísticas e vieses cognitivos no processo de decisão, de modo a criar atalhos de menor esforço. Segundo esta teoria o homem é conduzido por dois sistemas de pensamento. O primeiro de avaliação básica, intuitiva e o segundo reflexivo, portanto mais demorado. Por óbvio, o cérebro lançará mão do sistema automático para as tomadas de decisão que se processa em segundos, rotineiramente.

Neste ponto, o estudo tem como aporte teórico como Richard Thaler e Cass Sustein, que propõem estímulos comportamentais para criar uma arquitetura de escolha, respeitando valores libertários ao implementar medidas que ajudem as pessoas a tomar as melhores decisões. Neste capítulo, também são apresentados *cases* mediados pela autora em laboratório em instituição pública, corroborando a teoria apresentada.

No capítulo 5, o estudo se debruça sobre a justiça restaurativa e a mediação aplicadas, se estendendo a narrativa a alguns programas e projetos em estados da federação brasileira, os quais contribuem para a efetivação dos direitos humanos, na medida em que contemplam o acesso à justiça de forma pacificada ou que propõem métodos de prevenção de conflitos na administração pública em sua “porta de entrada”, em delegacias, escolas e ouvidorias. Este é o modelo que bem integrado a uma rede inter organizacional, resultará em redução de demandas judiciais criminais, consoante se indicará das pesquisas sobre o *Programa Mediar* e demais soluções ora descritas, cujas modelagens podem ser absorvidas por uma rede, proposta neste estudo.

Neste tópico, o estudo pretende demonstrar o quanto é importante a utilização da mediação e da justiça restaurativa com os aportes teóricos bem estruturados e aplicados, de modo a sufragar o conflito através do diálogo, da empatia e do consenso.

Nos exemplos trazidos à conhecimento no referido capítulo, nos quais se utilizou do ferramental da mediação de conflitos, tendo a administração pública como parte, se confirmou a ideia de que é possível aproveitar os efeitos transformadores da discussão para aprofundar a nossa compreensão das escolhas políticas e para reconhecermos a legitimidade das reivindicações de outros. A deliberação e a comunicação são elementos chave da aceitação do outro e do respeito pelo outro e isto permite que os direitos se tornem mais que proteções universais.

O capítulo 6 do estudo apresenta os meios alternativos de solução de conflitos na administração pública, a juridicidade necessária na visão dos administrativistas contemporâneos; os princípios da indisponibilidade do interesse público e da publicidade e julgados que transformaram a concepção dos referidos princípios, em função de um novo modo de atuar da administração pública cooperante; de igual modo, o estudo analisa a arbitrabilidade tributária e os requisitos necessários para sua efetivação legal.

Tendo por escopo a busca da resposta ao problema descrito, em alguns momentos houve a escolha do método de abordagem dedutivo, a exemplo do que ocorreu nos capítulos 3 e 5, nos quais a pesquisa parte de aportes teóricos para predizer os fenômenos observados, numa conexão descendente e em outros casos o método indutivo foi utilizado a exemplo dos capítulos 4 e 6, trajetória de constatação particular, inclusive seguindo narrativas particulares às teorias numa tentativa de acoplamento, em conexão ascendente. O estudo se utiliza de procedimentos também de forma híbrida, seja em estudo de casos (método clínico); ou percebendo o objeto de fenômeno da mediação na administração pública de forma abstrata para alcançar sua concretude ou vice-versa (método estruturalista). O trabalho utiliza-se de fontes teóricas, baseado em pesquisa bibliográfica, documental e eletrônica, sendo, para tanto, revisados livros, teses, dissertações, monografias, artigos, *papers*, *sites* e jurisprudência sobre o tema, de modo a consolidar a resposta eventualmente a ser sustentada.

1 TRAÇOS HISTÓRICOS DOS MEIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Com a edição da Lei nº 9.307/96 que disciplinou a arbitragem, muitos centros de difusão das formas consensuais de solução de conflitos ganharam espaço. Várias Câmaras e Institutos de Mediação foram criados e, apesar de a Lei em referência não tratar de mediação, essas entidades estimularam também a prática desta como mais uma alternativa do sistema multiportas colocada à disposição.

Desde esta época o uso da mediação já se destacava em países de *common law*, a exemplo da Negociação de Harvard Law School (1970), além de outras experiências como a do Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil – IMAB³, que vem atuando na capacitação de mediadores e prestando serviços de mediação há mais de vinte anos.⁴

Embora muito antiga, a mediação, compreendida como sistema estruturado, munida de técnicas e aportes teóricos, surgiu no mundo contemporâneo, expandindo-se nos últimos 30 (trinta) anos, especialmente com leis que regulamentaram o seu uso no seio da cultura norte-americana. Com os denominados “alternative dispute resolution (ADRs), a doutrina europeia e latino-americana busca remediar a crise da excessiva litigiosidade, o que conduz os Estados Unidos às fontes alternativas de solução de conflitos na década de 70, aspectos também notórios na justiça brasileira. Goldberg (Northwestern University), Sander (Harvard University), Rogers (Ohio State University) e Cole (Ohio State University) enumeram as vantagens dos meios alternativos de resolução de conflitos: diminuir o número de processos e as despesas nos tribunais; reduzir as despesas e o tempo para as partes; fornecer solução rápida aos litígios que possam gerar males à comunidade ou a vida das famílias das partes envolvidas; aumentar a satisfação pública para com o sistema judiciário; incentivar a adoção das soluções que foram adaptadas às necessidades das partes; aumentar o cumprimento voluntário das soluções;

³ Em 10 de agosto de 2016 a Autora participou do X Seminário de Arbitragem e Mediação, realizado em São Paulo, por ocasião da comemoração dos 20 anos do IMAB.

⁴ Em retrospectiva, a cultura da mediação era identificada no seio de civilizações milenares como modelo eficaz de resolução de conflitos. Na antiguidade já remonta a sua existência aos “idos de 3.000 a. C, na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, a solucionar casos entre Cidades-Estados” (CACHAPUZ, 2003, p.24). Na Renascença, “cabia ao clero mediar conflitos familiares, criminais e disputas entre a nobreza.” (MOORE, 1998, p. 32).

Os chineses, influenciados por Confúcio (550-479 a. C.), “acreditavam ser possível construir um paraíso na terra, desde que os homens pudessem se entender e resolver pacificamente os seus problemas, dado que a harmonia natural das questões humanas não deveria ser desfeita por procedimentos adversariais ou com ajuda unilateral. A melhor e mais justa maneira de consolidar a paz seria através da persuasão moral, nunca através da coerção ou mediante outro tipo de poder.” (RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 64). Essas esparsas remissões apontam para a mediação como o mais antigo dos meios auto compositivos a utilizar-se de terceiros como facilitador entre as partes.

restaurar a influência dos valores de vizinhança e comunitários e proporcionar a coesão da comunidade; fornecer fóruns acessíveis às pessoas envolvidas no conflito; e ensinar o público a utilizar os meios/processos mais eficazes aos invés da violência ou da litigância para resolver conflitos. (GODBERG; SANDER, 2007, p. 8).

Existe um conceito de informalização da justiça em Pedroso, Trincão e Dias (2001, p. 32)⁵ que “privilegia formas de justiça mais ou menos espontâneas geradas no seio das comunidades, privilegiando meios da negociação e consenso...fazendo apelo à participação activa (sic) das partes e dos cidadãos na resolução dos seus conflitos” e que em cenário mundial, no direito comparado se verifica uma nuance de possibilidades, enquanto no Brasil somente se evidencia a mediação, conciliação e arbitragem.

A mediação de um conflito pode ser definida como a intervenção construtiva de um terceiro imparcial junto às partes nele envolvidas, conduzindo a negociação em etapas sequenciais, dirigindo o “procedimento”, mas abstendo-se de assessorar, aconselhar, emitir opinião e propor fórmulas de acordo, com vistas à busca de uma solução da disputa pelas próprias partes (OLIVEIRA, 2014).

No Brasil, o advento da Lei nº 13.140/2015 veio afastar de vez a ausência de normas regulamentadoras da mediação e, sob este aspecto, passou-se a disciplinar princípios norteadores e procedimento da mediação; a mediação judicial; a mediação extrajudicial (Capítulo I) e a possibilidade de utilização da mediação em conflitos envolvendo a administração pública (Capítulo II). A abordagem evolutiva dos meios auto compositivos se dará no Capítulo 4.

Não é por outro motivo que, após a edição da referida Lei, multiplicaram-se as ofertas de cursos de mediação; eventos que tratam da matéria e ocupam lugar na agenda forense⁶; além do impulso de alguns Estados a exemplo do Rio de Janeiro, ter apresentado um programa para mediar e conciliar conflitos do Estado, criando a Câmara Administrativa de Solução de Conflitos (CASC), que já inicia os trabalhos com conflitos relacionados ao DETRAN e Secretaria de Educação, bem como mostrando resultados expressivos com a Câmara de Saúde

⁵ Os autores classificam a desjuridificação, advinda da desregulação social, em: a) deslegalização (“não direito” estatal ou desnortativização jurídica no sentido amplo, despenalização ou desregulamentação administrativa); b) informalização da justiça (movimento ADR – justiça informal, desenvolvimento do paradigma do consenso, reparação e negociação da “justiça na comunidade”); c) desjudicialização (meios informais e recurso a não juristas nos processos em tribunal, transferência de competência de resolução de litígios para instâncias não judiciais).

⁶ A exemplo do I FORUM NACIONAL DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM realizado pela ASSOCIAÇÃO DE PROCURADORES DO ESTADO DA BAHIA, julho/2016, com a segunda edição já marcada para 2017 em Goiás.

criada em 2013, com cerca de 30 mil atendimentos, em média de 909/mês (dados de junho de 2016).⁷

Moraes, quando Ministro da Justiça, acenava com a possibilidade de engajamento para implantação de medidas que considerava de “grande impacto” para gerar confiança da sociedade nessa forma de solução de conflitos, dado que a população espera e confia, mesmo tardiamente, que a solução venha pelo protagonismo de Juiz. Nesse sentido, o Ministério da Justiça firmou termo de Cooperação com entidades no sentido de regulamentar situações nas quais os advogados públicos devem optar pela conciliação e mediação, embora as hipóteses venham nas leis sobre o tema. Na sua visão, a regulamentação interna proporcionará mais segurança para o agente público atuar em suas esferas de competência.⁸ Assim demonstra claramente que o impulso gerado pelas legislações são insuficientes para gerar confiança social na autocomposição:

[...] que a cultura de mediação e da conciliação não vai pegar no Brasil sem a implantação de medidas de “grande impacto”, que levem à sociedade a realmente confiar nesta forma de solução de conflitos. Isto porque, na avaliação dele, a população ainda prefere ver seus problemas resolvidos por um juiz.

De acordo com Schmidt⁹, presidente do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem/CBMA, é de extrema importância a participação do Poder Executivo nesse processo dado que o Brasil, possui cerca de 100 milhões de processos e, deste total, 20 milhões tem como parte órgãos do Poder Executivo, de modo que é preciso conhecer a natureza dos conflitos, transformá-los em consenso e utilizar a mediação de conflitos como instrumento de solução por meio do diálogo.

Com a ideia de ‘desalienação judicante’, não se pretende mitigar o relevante papel do Poder Judiciário, que continua tendo a função de dizer o direito e que atua como verdadeiro e legítimo guardião das garantias constitucionais. O que se pretende é oferecer novos mecanismos de resolução de conflitos que mostrem mais flexíveis às suscetibilidades das partes, que estimulem a criação de um ambiente de diálogo e que funcionem como fator de agregação social, preservando os relacionamentos entre as pessoas. Contrapõe-se a atuação cooperativa à competitiva; busca-se a postura não adversarial, colaborativa, no lugar da adversarial; busca-

⁷ Cf. matéria publicada pelo: Consultor Jurídico. **Setor Público deve adotar métodos alternativos de solução de controvérsias**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-31/administracao-publica-adotar-metodos-alternativos-solucao-controversias>. Acesso em: 29 jul. 2016, 12h48.

⁸ Cf. matéria publicada pelo: Consultor Jurídico. **Ministro da Justiça assina acordo para estimular mediação entre advogados públicos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-18/ministro-justica-aumentar-mediacao-advogados-publicos>. Acesso em: 18 de jun. 2016, 16h40.

⁹ *Ibidem*.

se, enfim, a realização do escopo social da jurisdição nos casos aos quais se aplicam para o âmbito do processo civil de resultados.

Dinamarco (2010, p. 836-837) enuncia sobre o impulso aos meios alternativos de solução de litígio:

Constitui tendência moderna o abandono do *fetichismo da jurisdição*, que por muito tempo fechou a mente dos processualistas e os impediu de conhecer e buscar o aperfeiçoamento de outros meios de tutela às pessoas envolvidas em conflitos. Os meios alternativos para solução destes ocupam hoje lugar de muito destaque na preocupação dos processualistas, dos quais vêm recebendo especial ênfase a conciliação e a arbitragem. Não visam a dar efetividade ao direito material, ou à *atuação da vontade concreta da lei* – isto é, não são movidos pelo escopo jurídico que por muitas décadas se apontou como a mola legitimadora do exercício da jurisdição do Estado. Mas, tanto quanto esta tem o *escopo pacificador* que é o verdadeiro fator de legitimidade da jurisdição mesma no Estado moderno. Por isso é que, ao se falar do direito substancial como portador dos critérios para a tutela *jurisdicional* e ao examinar as técnicas processuais capazes de efetivá-la em casos concretos, é preciso sempre ressaltar esses meios alternativos. Não importa se são ou não fiéis ao direito substancial, em cada caso: o importante é que sejam aptos a pacificar as pessoas e eliminar seus conflitos, fazendo-lhes justiça. Afinal, tudo que se interessa ao processualista moderno é o esclarecimento e agilização dos meios de *acesso à ordem jurídica justa*, num sistema em que é estrela de primeira grandeza a preocupação dos resultados.

1.1 OBSTÁCULOS PARA O ACESSO À JUSTIÇA

É imperioso que se destaque nesse tracejar histórico a importante contribuição ofertada por Cappelletti e Garth, no trabalho *Acesso à Justiça*, compêndio revisitado por todos os estudiosos do assunto, no qual são abordados três obstáculos (i) de ordem econômica; (ii) obstáculos relativos à desigualdade material das partes; (iii) obstáculos relativos aos entraves processuais.

O estudo realizado em 1988 traz indicadores dos obstáculos acima enumerados que atualmente foram superados ou minorados, outros ainda subsistem, a exemplo do obstáculo cultural comportamental, sobre o qual será trazido adiante no contexto da análise econômica comportamental.

O **obstáculo de ordem econômica** impede o pleno acesso à justiça quando é marcado pelo alto custo processual com as despesas processuais, honorários de sucumbência e honorários advocatícios contratuais e ainda pela intempestividade da prestação de tutela jurisdicional com grande prejuízo às partes.

A respeito desses dois aspectos de ordem econômica, a onerosidade do processo que invariavelmente tem como conseqüente o abandono do processo foi, no Brasil, mitigado pela instalação do Sistema de Juizados. Por outro lado, a intempestividade da tutela judicial, embora

haja o garante constitucional da duração razoável do processo administrativo e judicial (art. 5º, LXXVIII, da CF), a inútil burocracia cartorial (agora relativamente reduzida no processo digital), aliada à morosidade dos julgadores e o abuso do direito de defesa, são ainda indicadores de que o obstáculo econômico ao acesso à justiça ainda predomine nesta quadra, merecendo reavaliação do sistema de justiça. Neste ponto, cabe frisar que os estudos também conduzem ao entendimento de que, mesmo que se fulmine ou reduza a ação de um desses aspectos, outros sopesarão dado que as mencionadas barreiras de acesso se inter-relacionam.

O segundo obstáculo apresentado por Cappelletti e Garth (1988), diz respeito à **desigualdade material das partes**. Embora a Constituição Federal preveja a igualdade como direito fundamental, é inegável que na realidade vivida as desigualdades entre os polos processuais impedem o acesso à plena justiça e em embate processual, a defesa bem preparada e aparelhada prevalecerá. Isto significa dizer que nem sempre o melhor direito prevalece, acaso a defesa não o deduza com evidência e o consubstancie com o acervo probatório necessário ao convencimento do juízo. Os autores destacam que esta situação é patente na diferença de performance judicial entre litigantes eventuais (*shot players*) e litigantes habituais (*repeat players*), p. ex., um litígio entre cidadão e uma holding ou corporação. Para estes as vantagens residem (a) na maior experiência com litígios, planejamento e estratégias processuais; (b) em maior economia em escala pelo volume de casos; c) em desenvolver relação contínua e informal com membros do judiciário (muito evidente nos Juizados quando a parte litiga com empresas contumazes no consumidor, por exemplo); d) em diluir riscos da demanda no volume de casos; e) e, em poder testar estratégias para obtenção de resultado futuro mais favorável.

Apontam os aludidos autores um terceiro obstáculo, **os entraves processuais**. O processo deve ser visto sob o prisma instrumental com foco no próprio direito substancial tutelado. Não obstante a compreensão de que uma processualística avançada não acompanha o dinamismo das mudanças sociais, nem e as disrupções decorrentes dos movimentos socioeconômicos, ao longo das décadas este obstáculo sinalizado no estudo é o que mais evoluiu em relação aos demais no cenário nacional.

Em linhas gerais são esses os obstáculos apresentados por Cappelletti e Garth (1988), mas advertem que não se pode pensar na eliminação dos obstáculos uma a um porque as barreiras do acesso à justiça são inter-relacionadas e na busca de solução para uma deve ser avaliado o impacto sobre a outra.

1.2 SOBRE AS ONDAS RENOVATÓRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA

Diante do diagnóstico apresentado por Cappelletti e Bryant (1988), que enumerou as barreiras mais gerais de acesso à justiça, o estudo passou a apontar para cada problema soluções apresentadas no cenário de época emergindo, segundo os autores, a partir de 1965 (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 29-31). A primeira onda renovatória diante de problemas relacionados ao obstáculo econômico ao pleno acesso, a assistência judiciária gratuita, garantindo acesso aos demandantes de baixa renda, esculpida na regra do art. 5º, LXXIV da CF/88¹⁰ e também expressa na Lei 1.060/50, que estabeleceu regras a Assistência Judiciária no Brasil.

A segunda onda renovatória surge na salvaguarda dos direitos coletivos ampliando o ideal de acesso à justiça, mudando o instrumental processual, legitimidade ativa das partes, o papel do juiz no processo, tudo revisado para melhor adequação na tutela de direitos metaindividuais.

Nessa quadra, seguindo os traçar histórico podemos antever que a cada onda renovatória, surgiram respectivas leis disciplinadoras no Brasil, vimos o registro da Lei 1.060/50 e a própria Lei Complementar 80/94 da Defensoria Pública, regulando a assistência integral e gratuita, judiciária e jurídica aos hipossuficientes, atendendo à primeira onda; a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor instalando um sistema processual para tratamento das ações coletivas, correspondendo a leis da segunda onda renovatória na representação de interesses difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49)

Outra onda renovatória apontada no estudo relaciona-se às barreiras processuais indicadas acima como obstáculo ao direito fundamental de acesso à justiça. Os progressos obtidos com a primeira e segunda ondas, não podem nos fazer olvidar as limitações. Um novo enfoque representando maior amplitude no direito de acesso à Justiça, inclui a advocacia judicial e extrajudicial, privada e pública e, muito além disto, “...ele centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 68).

Assim a demanda subjacente de métodos que tornem mais efetivos os direitos substantivos forçou mais esta reflexão sobre o sistema judiciário, reconhecendo assim a necessidade de adaptação do código de processo civil ao tipo de litígio. Ou seja, conforme o caso, as barreiras de acesso podem ser mais evidentes.

¹⁰ Art. 5º LXXIV da CF/88: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”

Alguns litígios possuem em sua gênese maior importância social que outros, de modo que a alocação de recursos e aparatos mais custosos sejam melhor empregados neles que em causas de soluções mais rápidas. Outra consideração é a condição das partes que tendem a se envolver em litígios, a natureza da relação entre elas, fruto de um casamento ou sociedade por exemplo. Neste caso, a solução mais adequada seria a mediação ou outro mecanismo apaziguador, voltados à ótica da preservação do relacionamento.

Como reflexo desta terceira onda a Resolução 125/2010 do CNJ, as Leis 13.105/2015 (Novo CPC), a 13.140/2015 (Lei de Mediação), e a 13.129/2015 (alterou a Lei de Arbitragem 9.307/96), são exemplos do aparato normativo produzido por impulso da nova onda renovatória. O que nos leva sempre a lembrança da pergunta e à busca da resposta dentre os escopos específicos deste trabalho, porque diante de tanto aparato legislativo os métodos não são escolhidos pelas partes para solução dos conflitos; porque os métodos alternativos ainda não cumprem o direito fundamental de acesso à Justiça?

Enfim, resta aduzir que 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.

1.3 A REALIDADE BRASILEIRA E OUTROS OBSTÁCULOS APONTADOS NESTE ESTUDO

Nessa toada, a partir do marco legal da Lei n.13.140/2015, de 26 de junho de 2015 respeitada a sua *vacatio*, compreendeu-se que o Estado brasileiro deveria adotar uma postura compatível com a Administração Pública moderna, na medida em que já dispõe do ferramental normativo que representa um meio alternativo para compor conflitos, inclusive naqueles em que for parte o particular e a pessoa jurídica de direito público (art. 32, II, 13.140/2015), e, para tanto, se estabeleceu o dever de criar suas Câmaras com composição e funcionamento regulamentado por cada ente federado (§ 1º, art. 32, Lei 13.140/2015).

Também previu o tipo de conflito a ser submetido às Câmaras (§ 2º, do Art. 32). Outro aspecto de destaque deste Capítulo da nova legislação é o fato de que, ocorrendo o consenso, o acordo deve ser reduzido a termo para constituir um título extrajudicial. (§ 3º, do Art. 32). A regra traz ainda a possibilidade de autocomposição para os conflitos coletivos envolvendo políticas públicas (parágrafo único, do Art. 33 e Art. 32, III).

Ainda sobre inovações trazidas nesta Lei, frise-se a suspensão da prescrição quando instaurado o procedimento administrativo para resolução de conflito no âmbito da administração pública (art. 34) exceto, neste aspecto, as demandas tributárias.

É propósito deste trabalho, também, perquirir sobre a complexidade do conflito ou controvérsia, a possibilidade de sua transformação e como isto pode ser transposto para a autocomposição em que uma das partes é a administração pública, tendo em vista que é dentro das instituições que o antagonismo entre o justo e injusto se opera e como o Estado, munido deste potencial de autocomposição pode colaborar na efetivação os direitos humanos.

Tais direitos se encontram no plano institucional, como dito, e manifestam-se como a cabeça de Janus voltada a um só tempo para a moral e o direito continuamente entrelaçados com foco na dignidade humana e na justiça (HABERMAS, 2001, p. 149). Para que isso ocorra é necessário agir (LAFER, 1991, p. 22) apoiado por Arendt, ao enunciar que a “dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da consciência coletiva”.

Não há como negar a relação intrínseca entre Justiça, Direitos Humanos e Poder Judiciário, e este na posição de risco em que se encontra pela dificuldade em prestar tutela em tempo razoável, fazem com que os direitos humanos percam o vigor, se reduzam a promessas e os ideais neles cristalizados, previstos, afirmados, reafirmados e documentados, convertam-se em mera utopia.

O estudo pretende demonstrar a existência de outras vias de acesso à justiça para além da estruturação do poder judiciário, especialmente quando a parte envolvida é o Estado, uma das instituições que tem que ratificar todas as garantias dos direitos humanos, tendo como premissa de que entre eles não há hierarquia, estão interligados. Infringido um infringidos estarão todos.

Há de se observar sobretudo, dentre as barreiras mencionadas no estudos de Cappelletti e Garth (1988), não se identificou o que mais predominantemente pesa sobre todas elas e que em 1988, quando discutidas e estudadas, ainda não havia certa maturação para seu enfrentamento, qual seja, **a influência comportamental do “consumidor” dos serviços jurídicos**, como mais uma barreira de acesso à justiça, direito fundamental este que pode ser visto sob a ótica da dimensão satisfativa das partes, (assunto a ser abordado no Capítulo 3), quando as partes em conflito ou diante de uma controvérsia jurídica decidem, por heurísticas e vieses cognitivos, escolher a decisão adjudicada em detrimento de qualquer outra das múltiplas portas (assunto discutido no Capítulo 4), o que permite o entendimento neste estudo de que este é mais um obstáculo de acesso à justiça, adunado aos demais propostos nos estudos dos autores aqui parafraseados.

Apresentado um breve histórico da evolução da mediação e outros métodos de resolução de conflitos, confirmando que tais métodos se inserem no novo paradigma jurídico que se apresenta para o século XXI, mais informal, negocial e participativo (como veremos na sequência), características presentes nas variadas normativas criadas para dar ênfase ao que se denomina de terceira onda de acesso à justiça, o passo seguinte será investigar como alguns países estão lidando com os meios alternativos de composição de conflito e como a solução pacificada tem contribuído para reduzir a tempo do conflito, de modo a trazer paz social.

2 A DIRETIVA DA UNIÃO EUROPEIA E CARACTERÍSTICAS RELEVANTES NOS MODELOS DE AUTOCOMPOSIÇÃO DOS PAÍSES AMERICANOS

O discurso da solução pacificada é uníssono pelo mundo. Em manifestação recente, o Secretário-Geral da ONU António Guterres sinalizou que há sinais encorajadores com a prevenção e mediação de conflitos, referindo-se a aproximação entre Etiópia e Eritreia e o acordo firmado entre Grécia e Macedônia, asseverando que “a prevenção e a mediação de conflitos são duas ferramentas mais importantes à sua disposição para reduzir o sofrimento humano”¹¹, além do reconhecimento de que tais ferramentas são efetivamente utilizadas em paralelo com o poder judiciário, senão fazendo parte da própria estrutura do judiciário em alguns países, a exemplo da Arbitragem em Portugal.

Em países que lidam com altos índices de litigiosidade, ao incentivar o recurso à mediação facilita-se a resolução dos litígios e contribui para evitar a preocupação, a perda de tempo e os custos inerentes aos processos judiciais, permitindo, assim, que os cidadãos exerçam de forma eficaz os direitos que lhes assistem.

A institucionalização internacional, desencadeada a partir do surgimento da ONU, fez surgir vários organismos internacionais para discussão de temáticas próprias que compõem a agenda internacional, a exemplo dos direitos humanos, o sistema econômico internacional, a regionalização, cujos debates circunscrevem-se ao microcosmo de uma comunidade específica. Isso forcejou a criação de tribunais para julgamento de assuntos específicos no âmbito dessas organizações. São exemplos a Corte Europeia e a Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal Andino, o Tribunal Permanente do Mercosul e a Corte do Caribe.

A partir de 1990 outros tribunais com vocação universal foram criados. Assim é que foram instituídos o órgão de Solução de Controvérsia da OMC, em 1994, O Tribunal do Mar e o Tribunal Internacional Penal.

Essa multiplicação de órgãos jurisdicionais é fruto da miríade de estatutos e regras que foram criadas neste âmbito e, que passaram a comprometer a sociedade internacional no sentido do acesso à justiça:

[...] que o aumento do número de cortes internacionais é uma decorrência imediata da criação de normas jurídicas e que o primeiro fenômeno de desenvolverá em função dos avanços e retrocessos do segundo é algo temerário, que carece de comprovação fática. A jurisdicionalização, ao lado do crescente número de regimes internacionais, é um seguro indicador da jurisdicização. Porém, por se tratares de movimentos distintos, com causas e repercussões peculiares, não devem, frise-se, ser analisados como se constituíssem um único objeto de estudo. (LAGE, 2009, p.153).

¹¹ Fala do Secretário Geral da ONU, disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/06/1675971>. Acesso em: 24 jun. 2019.

Surge, diante desse horizonte, cenário muito similar ao do âmbito nacional, a problemática dos obstáculos do acesso à justiça tratada por Cappelletti, de que (i) desde que o sistema internacional é regido por normas do direito, devem existir mecanismo para sua aplicação nas disputas entre os diferentes atores (desigualdade material entre as partes); (ii) a incoerência da estrutura, porquanto construída de acordo com a lógica do ramos judicial de uma constituição nacional (entraves processuais), é o que se infere da citação de Menezes citando Christian Thomuscat (MENEZES, 2013):

[...] em especial, durante o século XX, os Estados têm, de vez em quando, concordado com procedimentos e estabeleceram mecanismos especializados, como têm entendido, de acordo com suas necessidades. Assim, um panorama tem sido posto em prática tão variada e “colorida como um jardim de flores. Embora os conflitos interestatais hoje permaneçam no centro do palco, mecanismos complexos para resolução de disputas envolvendo organizações internacionais, como está refletindo no art. 33 da Carta da ONU, destaca, ao mesmo tempo, as dificuldades inerentes ao sistema. Os Estados não são obrigados a escolher um método específico, desde que não tenham assumido compromissos legais a esse respeito. Para aceitar um ou outro procedimento é considerada uma decisão soberana.

A distinção entre conflitos jurídicos e outros conflitos tem consequência de que somente os litígios jurídicos são suscetíveis de um procedimento arbitral ou judicial, enquanto para os demais cabe um procedimento conciliatório, embora não impeçam que os conflitos jurídicos não possam previamente submeter-se a um procedimento de conciliação. (VERDROSS, 1963, p. 337)

Em 1907, a Convenção de Haia previu a concordância entre as nações (potências contratantes) para assegurar a resolução pacífica dos conflitos internacionais, de modo a prevenir o recurso à força nas relações entre Estados. Assim, no âmbito das relações internacionais, vez que não existe jurisdição compulsória, os desacordos entre Estados ou Organizações Internacionais, a solução pacífica das controvérsias é a única possível e aquela escolhida pela ONU.

Nessa toada a Carta da ONU, passou a estabelecer no Capítulo VI, art. 33º, a solução pacífica de controvérsias:

1. As partes numa controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, via judicial, recurso a organizações ou acordos regionais, ou qualquer outro meio pacífico à sua escolha.
2. O Conselho de Segurança convidará, se o julgar necessário, as referidas partes a resolver por tais meios as suas controvérsias.

De igual modo, a Carta da OEA, arts. 25 e 26:

Artigo 25. São processos pacíficos: a negociação direta, os bons ofícios, a mediação, a investigação e conciliação, o processo judicial, a arbitragem e os que sejam especialmente combinados, em qualquer momento, pelas partes.

Artigo 26. Quando entre dois ou mais Estados americanos surgir uma controvérsia que, na opinião de um deles, não possa ser resolvida pelos meios diplomáticos comuns, as partes deverão convir em qualquer outro processo pacífico que lhes permita chegar a uma solução.

Diante do breve quadro exposto, no âmbito das Cortes internacionais sejam elas criadas para atender interesses regionais ou Cortes *ad hoc*, bem como nas relações diretas entre Estados-soberanos, as estruturas normativas vêm efetivando os processos pacíficos para chegar a uma solução que agregue valor aos interesses subnacionais.

Na União Europeia (UE), a Diretiva Mediação é aplicável aos litígios trans fronteiriços em matéria civil e comercial, em que pelo menos uma das partes tenha domicílio num Estado-Membro distinto do Estado-Membro de qualquer das outras partes à data em que estas decidam, por acordo, recorrer à mediação ou em que a mediação seja ordenada por um tribunal. O principal objetivo deste instrumento jurídico consiste em incentivar o recurso à mediação nos Estados-Membros.

Para esse efeito, a diretiva estabelece cinco regras substantivas. Obriga os Estados-Membros a incentivarem a formação de mediadores e a garantirem uma mediação de elevada qualidade. Confere a cada juiz o direito de convidar as partes em litígio a recorrerem primeiro à mediação, se o considerar adequado atendendo às circunstâncias do caso. Prevê a possibilidade de os acordos obtidos por via de mediação serem declarados executórios se ambas as partes o solicitarem. O caráter executório pode ser estabelecido, por exemplo, mediante homologação de um tribunal ou certificação efetuada por um notário público. Assegura a condução da mediação num clima de confidencialidade. Neste sentido, dispõe que num futuro litígio entre as partes na mediação, os mediadores não podem ser obrigados a prestar depoimento em tribunal sobre o que ocorreu durante a sessão de mediação. Garante que as partes não percam a possibilidade de levar o caso ao tribunal, como resultado do tempo investido na mediação: os prazos de instauração da ação judicial suspendem-se durante a mediação (COMISSÃO EUROPEIA, 2018).

De Palo (2018), *Ombudsman at United National Funds and Programmes*, sustenta em seu mais recente trabalho em políticas públicas efetivas de mediação, para qual vários especialistas da União Europeia contribuíram, no artigo “Paradoxo da Mediação na União Europeia ao longo dos últimos dez anos: quando uma diretiva da EU não é suficientemente uma diretiva” que após dez anos de adoção da diretiva de mediação na EU continua muito longe de encorajar o uso da mediação e especialmente, alcançar uma “relação equilibrada” entre

mediação e “processos judiciais”, porquanto representa menos de 1% (um por cento) dos casos em litígios cíveis e comerciais na EU. Acrescenta em seus estudos que a melhor maneira, senão a única, para aumentar significativamente o número de disputas mediadas é exigir que os litigantes decidam se continuam ou não a empregar seus esforços na mediação (a chamada mediação com um *opt-out* fácil).

A ciência comportamental, assunto a ser abordado neste trabalho mais adiante, em particular, demonstrou há muito tempo, os limites de qualquer abordagem política baseada em modelos de “adesão”, como aqueles subjacentes a todas as formas de mediação voluntária.

A Itália, assegura De Palo, é o único Estado-Membro que adotou um modelo *opt-out* de mediação, aplicável a cerca de 15% de todos os casos cíveis e comerciais. Nesses casos, a mediação está desempenhando um papel muito significativo na resolução efetiva de disputas. Não é o caso dos 85% restantes, nos quais a mediação continua a ser “*opt-in*” e, como resultado, as mediações são extremamente raras.

Em outros Estados-Membros, as tentativas regulamentares renovadas de, simplesmente, encorajar a mediação têm uma maior chance de serem ineficazes (a exemplo do art. 3º do CPC brasileiro quando apenas “estimula” os operadores do direito ao uso dos meios adequados).

Vale indagar, a mediação hoje na Itália é judicial e obrigatória? No sistema europeu, a política de valorização da solução consensual de conflitos toma corpo com a edição da Diretiva 52, de 21 de maio de 2008 pelo Parlamento Europeu. Essa Diretiva é oriunda da recomendação fundamental lançada em 1998 (98/257/CE) e em 2001 (2001/310/CE), a qual obriga a cada Estado-membro refletir, inserir ou criar textos legais que contemplem os mecanismos de solução amigável dos conflitos, gerando uma série de alterações nos ordenamentos jurídicos de muitos países-membros (PAUMGARTTEN, 2016, p. 118).

A Diretiva corresponde a primeira intervenção geral com o intuito de promover a resolução alternativa de conflitos e conseqüentemente um melhor acesso à justiça, mais simples e mais rápido, consagrando a mediação nos casos civis e comerciais como o passo necessário no sentido de permitir o desenvolvimento e o funcionamento adequado dos procedimentos extrajudiciais de resolução de litígios. (PINHO; PAUMGARTTEN, 2011).

Resta (*apud* PINHO; PAUMGARTTEN, 2011) observa que a diretiva comunitária resignifica o sistema institucional de solução do conflito, que ao invés de negar a jurisdição, redefine suas fronteiras, ao adotar “como premissa o reconhecimento de que os procedimentos extrajudiciais alternativos são verdadeiros instrumentos facilitadores do acesso

à justiça”, e que cabe aos Estados-membros promoverem a implementação do instituto da mediação (PINHO; PAUMGARTTEN, 2011).

Ademais, a autora afirma que a adoção da mediação não se restringe a regulação de conflitos transnacionais dos membros da União Europeia, mas também para o cenário interno dos países, significando maior rapidez na solução das controvérsias, baixo custo a ser dispendido, expectativa de uma maior disposição das partes envolvidas no cumprimento espontâneo e na preservação da relação amigável entre os interessados (PINHO; PAUMGARTTEN, 2011).

O artigo 3º da referida Diretiva conceitua a mediação como

(...) um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu conflito com a assistência de um mediador, podendo este processo ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou ainda imposto pelo direito de um Estado-membro, excepcionando sua adoção em matéria tributária, administrativa e de responsabilidade civil do Estado. (PINHO; PAUMGARTTEN, 2011).

A Diretiva destaca ainda que: (i) a mediação deve ser voluntária, ressalvada a possibilidade de previsão de sua realização de forma obrigatória pelos Estados-membros, desde que não venha impedir o acesso à justiça; (ii) deve ser informal, dotando as partes de liberdade para organizar o procedimento a ser adotado na mediação; (iii) ausência de prazo, permitindo que a parte encerre a mediação a qualquer tempo, autorizando os tribunais a fixarem prazo máximo para sua duração; (iv) devem os tribunais adotar a mediação quando oportuno, bem como cada Estado-membro promoverá a formação e capacitação dos seus mediadores; (v) a normatização pelo ordenamento interno dos países no sentido de dar executoriedade aos acordos obtidos na mediação e ainda assegurar a confidencialidade da mediação, inclusive relativamente à publicidade de informações para instrução de processo judicial, salvo quando esteja envolvido interesse de menor ou a execução do acordo mediado, situações em que será possível divulgar as informações. (PINHO; PAUMGARTTEN, 2011).

O Parlamento Italiano editou a Lei nº. 69 de 18 de junho de 2009 que dispõe sobre matérias relacionadas ao desenvolvimento econômico, alterando o Código de Processo Civil em seu artigo 60. Além de instituir a mediação como meio de resolução de conflitos, delega ao Governo no prazo máximo de seis meses a partir da entrada em vigor da referida lei, a edição de um decreto legislativo destinado a regulamentá-la no âmbito civil e comercial no ordenamento italiano. (PINHO; PAUMGARTTEN, 2011).

Nesse sentido, o Governo Italiano editou o Decreto Legislativo n°. 28 de 4 de março de 2010, a fim de regulamentar a mediação na Itália, seguindo as regras gerais pré-estabelecidas por aquela lei (PINHO; PAUMGARTTEN, 2011):

- a) a mediação deveria ser contemplada no decreto legislativo como meio de solução de litígios envolvendo direitos disponíveis; deveria ser instituído um registro dos organismos de mediação mantido pelo Ministério da Justiça;
- b) a possibilidade de a Ordem dos Advogados e demais conselhos profissionais instituírem órgãos de mediação;
- c) a possibilidade de nomeação de peritos pelo mediador, caso entenda por necessário; a previsão regulamentada dos honorários dos mediadores, a ser majorado em caso de celebração de acordo;
- d) previsão do dever conferido ao advogado de informar seu cliente sobre a possibilidade de mediação antes da instauração do processo judicial;
- e) a previsão de vantagens fiscais para a celebração de acordo;
- f) possibilidade de condenação do vencedor no processo judicial ao reembolso das despesas em favor do vencido, caso tenha recusado na ocasião da mediação, proposta feita pelo mediador, cujo conteúdo corresponda inteiramente à decisão judicial;
- g) vedação a que a mediação tenha duração superior a quatro meses[26];
- h) garantia de imparcialidade, neutralidade e independência do mediador e ainda a previsão de que o acordo tenha eficácia executiva revestido de título executivo para fins de hipoteca judicial.

Ademais, ponderam os autores que “é inegável que o principal objetivo da reforma é usar a mediação como mais um instrumento para resolver uma grave crise na justiça civil, utilizando-a como instrumento de diminuição da carga de trabalho dos juízes”, contudo consideram equivocado este entendimento, pois considerando o esse panorama de abarrotamento do judiciário italiano, o decreto supramencionado traz a figura da mediação obrigatória, além da mediação facultativa e da mediação consensual (PINHO; PAUMGARTTEN, 2011, online).

Sem prejuízo dos demais tipos, a mediação obrigatória é a mais polêmica, sendo utilizada como condição de admissibilidade do processo judicial, “colocando-se em desalinho como muitos juristas italianos vem sustentando, à garantia do acesso à justiça”. Nesse sentido, consoante o artigo 5º do Decreto Legislativo 28/2010 (PINHO; PAUMGARTTEN, 2011, online).

[...] qualquer pessoa que pretenda levar uma ação à um Tribunal versando sobre matéria elencada no rol de litígios enumerados, deverá previamente experimentar o processo de mediação nos termos deste Decreto, ou ao procedimento de conciliação previsto no decreto Legislativo n. 179 de 08 de outubro de 2007 ou ainda ao procedimento estabelecido nos termos do artigo 128 da lei consolidada em matéria bancária e crédito referida no decreto n. 385 de 1 de setembro de 1993 e alterações posteriores.

Ou seja, passou-se a exigir a mediação prévia a partir de 20 de março de 2011, doze meses após a publicação do decreto. O entendimento de que a mediação prévia é uma barreira

à via judicial, tem gerado estarcimento por parte da comunidade jurídica italiana. A polêmica está no fato de o artigo 60 da Lei n. 60/2009 prever que:

[...] a instituição da mediação visando a reconciliação, devendo tal regramento geral ser alcançado sem prejuízo ou redução do acesso à justiça, enquanto que o Decreto Legislativo 28/2010, num sentido inverso, tem estabelecido em muitos casos, a mediação como condição de admissibilidade da demanda (art. 5º), situação não prevista na Lei supra, e também em contraste com esta lei na medida em que a mediação não teria o condão de impedir o acesso à justiça. (PINHO; PAUMGARTTEN, 2011).

Em resumo, os argumentos contra a obrigatoriedade da mediação se referem principalmente ao fato de se tratar de um possível obstáculo ilegítimo ao acesso à justiça, podendo retardar o processo por quatro meses, período máximo determinado pelo Decreto Legislativo para o exercício da tentativa de mediação.

Além desta preocupação por parte da doutrina italiana, há entendimento por parte dos advogados no sentido da redução da demanda do mercado, principalmente em causas menores, tendo em vista que o Decreto Legislativo 28/10 em seu artigo 4º, §3º impõe a estes profissionais “a obrigação de informar ao cliente sobre a possibilidade ou necessidade de submissão a mediação prévia nos casos em que este requisito é condição de admissibilidade da ação. Há também no tocante a “possíveis problemas de estrutura e a logística que demandará organizar uma rede de órgãos permanentes, situados no território nacional, havendo a possibilidade de desperdício de recursos principalmente na fase inicial;” (PINHO; PAUMGARTTEN, 2011).

Sob outra perspectiva, “militam aqueles que entendem que a experiência demonstra que a tentativa prévia de acordo não impede o acesso à justiça, que só é adiada ante o interesse das partes em se submeterem a um procedimento mais rápido e menos dispendioso.” (PINHO; PAUMGARTTEN, 2011).

Diante disso, algumas associações profissionais ingressaram com ação em face do Ministério da Justiça e do Ministério do Desenvolvimento Econômico perante o TAR Lazio que decidiu, em 2011, não serem infundadas as dúvidas suscitadas acerca de alguns dispositivos do decreto legislativo n. 28/2010 tais como a excessiva delegação constante no artigo 5º e que a mediação enquanto fase de pré-julgamento, traduzindo condição de admissibilidade da ação, impede efetivamente o acesso à justiça.

A espera de ouvir o pronunciamento da Corte Constitucional acerca da validade de alguns dispositivos do decreto, algumas associações de advogados italianos vem solicitando a não aplicação do instituto pelos tribunais, argumentando que o juiz, a pedido de qualquer uma das partes pode admitir o pedido, recusando-se a aplicar o artigo 5º do decreto por ser incompatível com a Carta Europeia dos Direitos do Homem.

Ademais, “o artigo 13 do Decreto prevê a inversão do princípio da sucumbência se a decisão judicial coincidir integralmente com o conteúdo da proposta feita pelo mediador e refutada pela parte, sendo então vencida no julgamento.” (PINHO; PAUMGARTTEN, 2011,).

A regra pode ser interpretada em seu viés mais polêmico, “de conteúdo intimidatório contra o advogado e às próprias partes e parece conferir à mediação um valor estritamente paraprocessual e não de facilitador de um acordo pelas partes.” (PINHO; PAUMGARTTEN, 2011).

Esta situação delicada para a comunidade jurídica italiana ainda aguarda pronunciamento do Tribunal Constitucional acerca do tema.

Note-se que o entendimento do Parlamento Europeu, conforme o parágrafo 2º do artigo 5º da diretiva comunitária é no sentido de permitir aos Estados-membros a utilização da mediação de forma obrigatória ou a sujeite a incentivos ou sanções, tanto antes como após iniciado o processo judicial, desde que isso não impeça as partes de exercerem seu direito de buscar o sistema judicial.

Ademais, afirma Gartten, que o Parlamento Europeu percebe que:

[...] o mecanismo de mediação exigido na lei italiana que condiciona a admissibilidade da demanda judicial em alguns casos especificamente identificados, não tem sido bem recebido pelos operadores jurídicos, que tem impugnado o decreto, mas ressalta que em outros países aonde tornou-se a mediação obrigatória como na Bulgária e na Romênia, tem contribuído para uma disputa rápida, reduzindo a duração excessiva de uma demanda judicial. (PINHO; PAUMGARTTEN, 2011).

A autora, em resumo, posiciona-se no sentido de que “procura se justificar o uso da mediação obrigatória a partir de sua capacidade de reduzir o número de processos. O argumento é equivocado e maléfico, eis que tal providência em nada contribuirá para a pacificação” (PINHO; PAUMGARTTEN, 2011).

De fato, é preciso um novo modelo mental dos operadores de direito na Itália ou em outros países de matriz *civil law*, quando rechaçam a obrigatoriedade da mediação, podem estar a impedir saídas para a crise da litigiosidade, utilizando discursos legítimos, mas que conduzem ao *status quo*. Wolkhart (2018, p. 516) sustenta que a mesma *cegueira* que não permite enxergar determinados malefícios de posturas e políticas aparentemente inofensivas, “subvalorizam” no sistema penal os casos de corrupção e favorecimento pessoal, quando comparados com crimes violentos clássicos, como o homicídio ou o latrocínio, diz, ainda, Wolkhart (2018, p. 516):

O mesmo ocorre no sistema processual. Quase todas as abordagens do Princípio do Devido Processo Legal (ao menos em países de *civil law*) partem de princípios

absolutos de justiça, atrelados a garantias fundamentais a serem preservadas a qualquer custo, **ainda que esse custo seja uma ineficiência sistêmica e uma tragédia não cooperativa que prejudique toda a sociedade.** (grifos nossos).

Em nosso sentir, contraditório, ampla defesa e outras derivações do devido processo legal são importantes não porque têm valor absoluto, mas sim pela sua contribuição para que o sistema de justiça funcione de modo mais efetivo, trazendo o maior conforto e bem-estar possível para o maior número de pessoas. Se a mediação obrigatória revela maior índice de satisfação na situação do conflito, não se compreende razoável, impedir o seu implemento, desde que não seja impeditivo de buscar a última *ratio*, da via judicial.

O acesso à Justiça é o canal que liga os membros da sociedade à consecução dos direitos humanos, razão pela qual deve estar em contínuo aprimoramento; deve ser ininterruptamente pensado e repensado; construído e reconstruído, a fim de que a efetividade de tais direitos seja transportada do anseio à realidade.

O caminho perseguido pela Comunidade Europeia de inclusão e validação da autocomposição em sua estrutura de governança como modelo de resolução de conflitos, além de influenciar os países membros a estabelecerem suas diretrizes internas no mesmo sentido para opção por modelos de mediação, obrigatória ou voluntária, nos fornece elementos para, , proceder uma análise a seguir, no âmbito estrito proceder a verificação das legislações da América do Sul e estadunidense, de modo a reconhecer o valor do aparato normativo de cada país e identificar que tipo de influência a opção auto compositiva brasileira se faz apropriar ou deixa irradiar no âmbito transnacional americano. A partir deste ponto, este estudo sobre o modelos de autocomposição destes países concentra informações sobre (i) as leis específicas de mediação, conciliação e arbitragem; (ii) obrigatoriedade; (iii) confidencialidade da mediação ou conciliação, (iv) requisitos do mediador (v) efeitos do acordo; (vi) e aspectos interessantes e muito específicos da legislação desses países.

2.1 ESTADOS UNIDOS

Pode-se dizer que os EUA é o berço da mediação moderna. Os primeiros *Quakers* praticaram estas técnicas nos conflitos conjugais. Depois, os imigrantes chineses criaram a Associação Chinesa de Socorros Múltiplos no século XIX para resolver questões familiares ou comunitárias. Na década de 60, a mediação aparece nos meios acadêmicos, profissionais e no judiciário. O auge da ADR (*Administrative Dispute Resolution*) foi resultado de um processo em razão do grande incremento das demandas judiciais.

Sander, na Conferência Nacional no Estado de Minnesota expõe sobre os reflexos sociais da desqualificação da administração do judiciário, apresentou estudo da volumetria ascendente de processos nas varas federais, a alcançar um milhão de apelações em 2010, apresentando o Tribunal Multiportas como alternativa para evitar o crescimento dos ajuizamentos. Na década de 90, o Congresso estadunidense aprova o uso da ADR¹² (Administrative Dispute Resolution) nas agências federais e o Negotiation Rulemaking Act¹³ normativa para regular o uso da negociação na criação de regras administrativas, denominadas comumente de “reg neg”, regras negociadas com objetivo de evitar procedimentos adversariais desde o nascedouro da legislação, ou seja, no momento da elaboração normativa.

Dunlop, Secretário do Trabalho e presidente da Gerald Ford, introduziu pela primeira vez as ideias de envolver formalmente os interesses afetados nas negociações sobre regulamentos federais na década de 70 (COGLIANESE, 1997, p. 1255-1350) e, em 1982, Harter (1982), especialista em direito administrativo, em artigo desenvolvido denominado *Regulamentos de negociação: uma cura para o mal estar*, desenvolveu a ideia de Reg Neg. A Agência de Proteção ambiental e o Departamento de Transporte dos Estados Unidos foram as primeiras agências a experimentar a criação das regras negociadas. Para evitar preocupações com a legalidade, o Congresso dos Estados Unidos promulgou a Lei de Regulamentação Negociada de 1990, a Lei Reg Neg, incentivando o uso e aprimoramento do processo informal de regulamentação. Hoje, esta Lei foi incorporada à Lei de Procedimentos Administrativos.¹⁴ Acreditando na eficácia de Reg Neg, o Presidente Clinton incentivou as agências a usarem a abordagem na Ordem Executiva nº 12.866 e em um Memorando Presidencial subsequente. Atualmente, a elaboração de regras por negociação é exigida nos termos da Lei de Ensino Superior e da Lei de Assistência e Autodeterminação dos Nativos Americanos.

O objetivo da inclusão deste capítulo na Lei de Procedimentos Administrativos Federal é estabelecer uma estrutura para a elaboração das regras negociadas, uma modelagem que incentive as agências ao uso de criação de regras menos procedimentais, mas sem intenção

¹² Cf. em: <https://www.adr.gov/pdf/adra.pdf>. Acesso em 10. abr. 2020.

¹³ Cf. em: <https://www.ams.usda.gov/sites/default/files/media/Feb82011IntrotoNR.pdf>. Acesso: 10. abr. 2020.

¹⁴ Administrative Procedure Act, at 5 U.S.C. §§ 561-570 "5 U.S.C. §§ 561-570". SUBCHAPTER III—NEGOTIATED RULEMAKING PROCEDURE Prior Provisions A prior subchapter III (§ 571 et seq.) was redesignated subchapter V (§ 591 et seq.) of this chapter. Amendments 1992—Pub. L. 102–354, § 3(a)(1), Aug. 26, 1992, 106 Stat. 944, redesignated subchapter IV of this chapter relating to negotiated rulemaking procedure as this subchapter. § 561. Purpose The purpose of this subchapter is to establish a framework for the conduct of negotiated rulemaking, consistent with section 553 of this title, to encourage agencies to use the process when it enhances the informal rulemaking process. Nothing in this subchapter should be construed as an attempt to limit innovation and experimentation with the negotiated rulemaking process or with other innovative rulemaking procedures otherwise authorized by law. (Added Pub. L. 101–648, § 3(a), Nov. 29, 1990, 104 Stat. 4970, § 581; renumbered § 561, Pub. L. 102–354, § 3(a)(2), Aug. 26, 1992, 106 Stat. 944).

limitativa de inovação e experimentação do processo de elaboração de regras negociadas de outros procedimentos Reg Neg autorizados por lei.

No modelo americano de autocomposição não existe uma única Lei sobre Negociação, Mediação ou Arbitragem, federal ou estadual. Ao contrário, são dispersas, setorizadas, ainda mais que cada Estado tem sua autonomia para legislar. Contudo, o Estado da Califórnia conta com o *Mediation Code*, o qual compila todas as normas de mediação.

Além disso, os códigos de conduta profissionais são próprios das associações que têm por objeto congregar entidades que prestam serviços de mediação, a exemplo da *Models of Standard of Practice for Family and Conduct for Mediators*¹⁵, cujas considerações éticas concentram-se em padrões de confidencialidade, conflito de interesses, competência, imparcialidade, consentimentos informados, autodeterminação das partes, publicidade e honorários. Os mediadores estadunidenses podem ser voluntários (centros comunitários), profissionais (atuam em Câmaras privadas) e os que atuam nas Cortes, as quais possuem equipe própria. A justiça de apelação federal tem seu próprio programa de mediação, sendo obrigatória para as partes. Nos Estados Unidos há mediação mercantil, escolar, familiar, trabalhista, empresarial, civil (discriminação, em especial), controle de animais e meio ambiente, seguros, para relações entre funcionários do Estado, criminal).

Em estudo realizado no Estado de Minnesota pelo Center for Restorative Justice & Peacemaking University of Minnesota, denominado National Survey of Victim-Offender Mediation Programs in the United States¹⁶, alguns dados são dignos de nota. Sobre os números de casos encaminhados ao programa de mediação, (i) a sua faixa etária, casos juvenis é de 136, entre 900 encaminhamentos; casos adultos referidos aos programas é de 74%, dentre 1.672 casos. Destes casos referenciados no programa, (ii) a espécie criminal 33% em média casos criminais e 67% representam casos de contravenção.7%. Sobre (iii) as fontes de referência do estudo são oficiais de justiça, juízes e processo judicial e, afinal (iv) sobre os tipos de ofensas mais comuns são vandalismos, ataques menores e roubo e um número reduzido de outras infrações relacionadas à propriedade e outras ofensas violentas.

A tabela informativa deste estudo indica, ainda, o momento do processo que há maior frequência em que a mediação criminal ocorre. “O ponto mais comum no processo de

¹⁵ Padrões de Conduta da American Bar Association.

¹⁶ National Survey of Victim-Offender Mediation Programs in the United States https://www.ncjrs.gov/ovc_archives/reports/restorative_justice/restorative_justice_ascii_pdf/ncj176350.pdf

justiça no qual a sessão de mediação ocorre é na fase “diversion”¹⁷ antes de qualquer descoberta formal de culpa.... As mediações ocorrem no nível pós-julgamento e no nível de pré-disposição em 28% das respostas. Em 7% dos programas, a mediação ocorre em vários pontos; em uma porcentagem menor (3%) de programas, a mediação ocorre antes de qualquer envolvimento do tribunal.”¹⁸

Tabela 1 - Momento Processual de Maior Frequência de Mediação

Table 6: Point in the Justice Process at Which Mediation Occurs		
Point in Justice Process	Number of Responses*	Percentage of Total Responses (N=207)
Diversion	71	34
Post-adjudication but pre-disposition	57	28
Post-disposition	57	28
At various points	15	7
Prior to court	7	3

* Many programs identified more than one point in the justice process.

Fonte: National Survey of Victim-Offender Mediation Programs in the United States (2000, p. 8-9).

Nos EUA, a mediação gera alta estatística de resolução de conflitos, vantagens da redução de custos e de resoluções integrativas das partes.

2.2 ARGENTINA

A iniciativa de Mediação na Argentina teve sua gênese no Programa Nacional de Mediação, elaborado por uma comissão formada pelo Executivo e Judiciário, de onde surge o decreto 1480/92. Atualmente a Lei 26.589/2010, **regulamentada** pelo Decreto nº 1.467/2011 normatizam a autocomposição no país. A mediação Argentina é obrigatória, antes de judicializar, à exceção dos processos de execução, de despejos e outros procedimentos. Contudo, se as partes não chegam a um acordo e apresentam a demanda ao juízo, e este entender pertinente, pode encaminhar novamente o processo à mediação. De fato, não há vulneração à

¹⁷ Diversion é uma fase anterior à persecução penal, mas também em sede da polícia que permite que os infratores iniciantes sejam tratados fora do sistema judicial e evitem obter um registro criminal, enquanto ainda assumem a responsabilidade por seus crimes.

¹⁸ Cf. National Survey of Victim-Offender Mediation Programs in the United States.

vontade das partes se a mediação for obrigatória como ocorre em muitos países. Contudo, o que não faz sentido é que se retorne à mediação, uma vez que já tenham decidido superar a oportunidade de resolver o conflito por meio desta ADR. Também é obrigatória a presença do advogado das partes na mediação argentina, o que, para muitos, tem o reflexo da onerosidade e também da desnecessidade, dado que o mediador argentino deve ser graduado em direito e pode garantir a segurança jurídica do processo, impedindo que as partes cheguem a um desiderato que contrarie o direito e os bons costumes.

Para atuar como mediador argentino exige-se título de advogado com 3 (três) anos de matrícula; ter capacitação regulamentada; estar aprovado em exame de idoneidade e ser inscrito no Registro Nacional de Mediação. Há instâncias de mediação gratuita vinculados ao Ministério de Segurança e Direitos Humanos e centros de mediação pública.

A confidencialidade é também princípio da mediação, sem necessidade de ser pactuada, mas existem casos em que se pode vulnerar a confidencialidade, por expressa vontade das partes por exemplo.

Seguindo este esquema argentino de obrigatoriedade da mediação antes de judicializar o conflito, segundo a lei acima indicada, com total incentivo e independência nas mediações pré-processuais, torna visível o contraste com o procedimento brasileiro, há muito criticado pelos portenhos, dado que na Argentina “o instituto é utilizado “fora dos tribunais”, em espaços extrajudiciais¹⁹, de forma a dissociar completamente uma mediação de um *juicio* (um processo judicial).” (LUPETTI, 2015). A mediação realizada dentro dos tribunais, após a judicialização, como acontece no Brasil, no espaço do litígio, em nada constrói em termos de diálogo e busca de alternativas de solução de conflitos.

2.3 BOLÍVIA

Na Bolívia os auto compositivos foram estabelecidos na Lei 1.770/1997, Lei de Arbitragem e Conciliação, embora tenha sido regulamentada somente em 29/11/1995 pelo Decreto Supremo (DS 28.471/2005), esta lei foi revogada por Evo Morales pela Lei 708 de 25 de junho de 2015. A nova lei de 2015 disciplina princípios (boa-fé, celeridade, cultura da paz, economicidade, finalidade, flexibilidade, idoneidade, igualdade, imparcialidade, independência legalidade, oralidade e voluntariedade) e matérias excluídas da conciliação e arbitragem (a

¹⁹ ARTICULO 19 - Audiencias de mediación. El trámite de mediación se desarrollará en días hábiles judiciales, salvo acuerdo en contrario de las partes intervinientes y el mediador, el cual se instrumentará por escrito. Es obligación del mediador celebrar las audiencias en sus oficinas; si por motivos fundados y excepcionales tuviera que convocar a las partes a un lugar distinto, debe hacer constar tal circunstancia en el acta respectiva, además de consignar los fundamentos que justificaron la excepción.

propriedade de recursos naturais, titulação outorgada sobre reservas fiscais, tributos e privilégios, contratos administrativos, acesso ao serviço público, questões que afetam a ordem pública, funções de Estado, questões que não sejam objeto de transação, questões que tenham sido decididas em decisão judicial definitiva, questões sobre estado civil e capacidade das pessoas). Excluem-se, ainda, expressamente, as matérias trabalhistas e de seguridade social, acordos comerciais e de integração entre Estados, porque se regem por marcos próprios e contratos de financiamentos externos com organismos financeiros internacionais.

A lei prevê a conciliação e arbitragem como meios de solução de conflitos e a conciliação nos órgãos judiciais, mas indica a negociação, a composição amigável e a mediação como meios acessórios para acompanhar a conciliação “independentes ou integrados a ela” (art. 22, da Lei 708/2015). A mediação é voluntária e as partes podem ser representadas nestas sessões por representantes com poderes expressos, aspecto que atinge a personalidade própria dos auto compositivos (art. 25, da Lei 708/2015)

Também estabelece sigilo de informações “conhecida e produzida no procedimento”, para todo procedimento entre o Estado seja parte do procedimento de conciliação e arbitragem. A confidencialidade nos procedimentos entre partes privadas é preservada e os documentos ali produzidos não possui valor probatório, mas pode ser flexibilizada, quando a informação compromete o interesse do Estado e quando há indícios de prática delitativa (art.8º, da Lei 708/2015).

A ata de conciliação vincula as partes desde sua assinatura e sua exigibilidade é imediata com qualidade de coisa julgada, exceto nos casos estabelecidos em lei que exigirá a homologação do juízo específico. No caso de cumprimento do acordo de conciliação seguirá à execução forçosa, ante a autoridade judicial (art.35, da Lei 708/2015).²⁰

2.4 COLOMBIA

A grande desvantagem da autocomposição colombiana reside na pluralidade de instrumentos normativos que tratam do assunto, especificamente da conciliação. A Lei 640 de 5 de janeiro de 2001 modifica regras existentes antes do milênio, relativas a conciliação, cujas disposições mais impactantes, residem: na obrigação de conciliar antes de judicializar, e deve ser feito pessoalmente à exceção da parte encontrar fora do território nacional, quando a parte pode eleger um terceiro com poderes para conciliar; facultatividade da presença de um

²⁰https://www.procuraduria.gob.bo/ckfinder/userfiles/files/PGEWEB/_MarcoLegal/Otras_normas/Ley_708.pdf.

advogado, exceto nas conciliações contenciosas administrativas; ser o mediador advogado, assistente social, psicólogo e psicopedagogo, sendo que os dois últimos só atuam como co-mediadores; possibilidade de colaboração da autoridade policial para “citar” as partes envolvidas no procedimento de conciliação; imprescindível a presença do Ministério Público na conciliação no contencioso administrativo; a ata de acordo deve ser homologado pelo juiz e as provas produzidas neste procedimento podem ser solicitadas por ele; os artigos 27 a 35 da Lei 1395/2010 estabelecem os conciliadores, delegados regionais e a presença do Ministério Público e Defensoria Pública, presenças exigidas em cada matéria, sob pena de anulação da conciliação; são matérias passíveis de conciliação como requisito de procedibilidade para requerimento judicial, (I) a cível, com exceção dos processos expropriatórios, divisórios e os que demandem a citação de pessoas indeterminadas, (II) a de família e, (III) a contenciosa administrativa.

Existem matérias previstas em leis esparsas que permitem a conciliação, a exemplo a insolvência de pessoa natural (lei 1380/2010); Lei 1564/2012, Código de Processo, que torna a conciliação um requisito obrigatório para iniciar o processo judicial.

Acaso não haja acordo deve ser acostada à demanda judicial cópia do procedimento com certificação expedida pelo conciliador ou por centros de conciliação. O acordo alcançado tem valor de título executivo e efeito de coisa julgada (art. 37, parágrafo 2º da Lei 640/2001)

2.5 CHILE

O Chile estabeleceu o modelo de mediação para dirimir conflitos familiares, conforme a Lei 19.947/2004 e a conciliação como obrigatória na maioria dos procedimentos do processo civil, consoante a Lei 19.334/94²¹. Os auto compositivos se desenvolvem ainda mais no país, quando os Tribunais de Família são criados (lei 20.286 de 15 de setembro de 2008)²², atribuindo a um conselheiro técnico a avaliação e a pertinência de distribuir o procedimento para uma mediação ou aconselhar a conciliação entre as partes e suspende-se o procedimento judicial, no

²¹ Art. 262. En todo juicio civil, en que legalmente sea admisible la transacción, con excepción de los juicios o procedimientos especiales de que tratan los Títulos I, II, III, V y XVI del Libro III, una vez agotados los trámites de discusión y siempre que no se trate de los casos mencionados en el artículo 313, el juez llamará a las partes a conciliación y les propondrá personalmente bases de arreglo.

²² De la conciliación Artículo 67.- Solicitada la separación, sea que la demanda se presente directamente o de conformidad al artículo 29, o el divorcio, el juez, durante la audiencia preparatoria, deberá instar a las partes a una conciliación, examinando las condiciones que contribuirían a superar el conflicto de la convivencia conyugal y verificar la disposición de las partes para hacer posible la conservación del vínculo matrimonial.

caso em que houver lugar para os auto compositivos. O artigo 106 da Lei 19.968/2004, estabelece a mediação obrigatória antes de judicializar a demanda.

O procedimento judicial de separação ou divórcio não segue adiante, acaso as partes não sejam instadas a uma conciliação, quando serão examinadas as condições de superação do conflito familiar e a disposição do casal em conservar o vínculo matrimonial. A conciliação terá ainda por objetivo, quando em curso o desejo de separação, acordar as medidas concernentes aos alimentos, a guarda dos filhos e o exercício do pátrio poder.

Se a mediação finaliza em acordo, a ata é enviada ao tribunal para homologação e terá força executivo. Por outro lado, sem acordo retomará o fluxo do processo judicial, se já aberto (art. 197, da Ley 20.286/2008)²³.

2.6 EQUADOR

A lei de Arbitragem e Mediação (RO/45 de 1997) e Codificação da Lei de Arbitragem e Mediação (RO 417/2006) regulam a composição de conflitos no Equador, especialmente a Mediação que se inicia a pedido das partes, por uma delas ou por previsão expressa em cláusula compromissória entre as partes em submeter-se à mediação. Pode, ainda, o juiz da causa, de ofício ou a pedido da parte, encaminhar o conhecimento do conflito a sessão de mediação – por derivação processual.

A mediação tem caráter confidencial, mantendo reserva as partes e mediadores, de modo que as cláusulas de possível acordo não sejam objeto de conhecimento no procedimento arbitral ou judicial. Contudo, as partes podem de comum acordo renunciar a confidencialidade (art.34, da Ley 2006-014/ 2006).

Interessante destacar que, embora a lei expresse a conciliação e mediação como sinônimos, a atuação do conciliador e mediador são distintas. Nesta lei também se regulam as mediações comunitárias, contudo em casos de violência familiar não se admite arbitragem ou mediação.

As atas que constam acordo, têm efeito de sentença e firmam a coisa julgada.

A Lei quando trata da administração do Poder Judiciário no Equador, apresenta a mediação, a arbitragem e outros meios alternativos de solução de conflitos como um princípio de serviço público à comunidade²⁴, portanto reconhece o mediador, ao arbitro ou conciliador

²³ Ley 20286/2008 Introduce Modificaciones Orgánicas Y Procedimentales A La Ley N° 19.968, Que crea los Tribunales De Familia.

²⁴ Art. 17 - PRINCIPIO DE SERVICIO A LA COMUNIDAD - La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de

uma função com “múnus público” que possui responsabilidades tal como os povos indígenas exercem suas autoridades. Ocorre que na legislação deste país não se encontra regramento ou definição de instituto do serviço público, mas a constituição do país assegura que o serviço público se orientarão a fazer o efetivo bem estar e assim se estruturam com fundamento nos princípios da solidariedade e da prevalência do interesse público sobre o particular (art, 85 e 226 da Constituição Federal do Equador).

De igual modo, os centros de mediação são “*locus*” de realização do serviço comunitário de solução de conflitos no tocante aos indígenas, negros e afroequatorianos, como disposto no art. 83 da Constituição do país. Assim, tudo que é ausente na lei se encontra estabelecido nos centros de mediação (art. 56, da Ley 2006-014/ 2006).²⁵

2.7 PARAGUAI

A Lei 1879/2002 do Paraguai disciplina a mediação e arbitragem neste país e tem como objeto facilitar plataformas válidas para que o cidadão tenha um maior número de caminhos de acesso à Justiça. As mediações são realizadas com matérias que derivam de uma relação contratual suscetíveis de transação. O procedimento de mediação tem caráter confidencial e a garantia de que o mediador não pode ser chamado a testemunhar ou atuar em juízo com as mesmas partes.

O acordo realizado entre as partes tem efeito de coisa julgada desde o momento que o juiz o homologue e se a discussão judicial estiver pendente o juiz da causa para decidir será o competente para homologar, terminando o processo.

Exige-se do mediador no Paraguai a reconhecida honorabilidade, capacitação e imparcialidade, sempre guiados pelos princípios da imparcialidade, equidade e justiça. O requisito prévio para o exercício da mediação é ter capacitação em curso desenvolvido por um centro de mediação.²⁶

derechos humanos vigentes y las leyes. El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades. En los casos de violencia intrafamiliar, por su naturaleza, no se aplicará la mediación y arbitraje.

²⁵ Ley 2006-014/ 2006. Art. 59.- Las comunidades indígenas y negras o afroecuatorianas, las organizaciones barriales y en general las organizaciones comunitarias podrán establecer centros de mediación para sus miembros, aun con carácter gratuito, de conformidad con las normas de la presente Ley. Los acuerdos o soluciones que pongan fin a conflictos en virtud de un procedimiento de mediación comunitario tendrán el mismo valor y efecto que los alcanzados en el procedimiento de mediación establecido en esta Ley. Los centros de mediación, de acuerdo a las normas de esta Ley, podrán ofrecer servicios de capacitación apropiados para los mediadores comunitarios, considerando las peculiaridades socio-económicas, culturales y antropológicas de las comunidades atendidas.

²⁶ : http://www.apcs.org.py/Marcolegal/Ley_1879_02.pdf.

2.8 PERÚ

A Lei nº 26.872/1997 modificada pelo Decreto Legislativo 1.070/2008 e o Decreto Supremo 006/2010 regulam a conciliação peruana. A conciliação extrajudicial é obrigatória antes de iniciar o processo judicial e sobre direitos disponíveis das partes, tendo como principal foco a mediação familiar e trabalhista, sendo que esta última somente pode se realizar nos centros de mediação. A lei também enumera as matérias não conciliáveis. A confidencialidade é uma marca, excetuando-se os casos em que se tornem conhecidos indícios de fatos delituosos. O acordo levado a êxito constitui título executivo. Para o exercício da conciliação o mediador deve estar capacitado e vinculado a um centro de conciliação e com a inscrição ativa como mediador no Ministério da Justiça, além de não ter antecedentes penais e cidadania plena.²⁷

2.9 URUGUAI

A conciliação no Uruguai, reconhecida como etapa precedente ao processo judicial, com assento Constitucional desde 1830²⁸ até a atual. Assim a conciliação é regra, cujas exceções são estabelecidas no dispositivo que trata de Juizados de Família, Art. 69, da Lei 15750/85²⁹ (Lei Orgânica da Magistratura e dos Tribunais). São as exceções à conciliação constitucional do Uruguai:

Nas questões atinentes ao nome, estado civil e capacidade das pessoas e as relações pessoais e patrimoniais entre os membros da família legítima e naturais fundadas em sua qualidade como tal, tais como: a) Reivindicações e respostas de filiação legítima e natural e posse do estado civil. b) Ações relacionadas ao casamento e à situação dos cônjuges; separação de corpos, divórcio, anulação do casamento. c) Regime de pensão alimentícia e visitação. d) Tutela, tutela, administração da propriedade das crianças, suspensão, limitação, perda e restituição da autoridade parental. e) Emancipação, habilitação da idade e licença para dispor bens. f) O dissenso irracional dos pais para o casamento. g) Adoção e legitimação adotiva. h) Declaração de incapacidade, curatela e ausência. i) Regime matrimonial da bens. j) O processo sucessório.

²⁷ <http://www.osce.gob.pe/htmls/conciliacion/leyconciliacionextraj.htm>

²⁸ Constituição Federal do Uruguai de 1830 atualizada em 1967. Artículo 107. Se establecerán igualmente Jueces de Paz para que procuren conciliar los pleitos que se pretendan iniciar; sin que pueda entablarse ninguno en materia civil y de injurias, sin constancia de haber comparecido las partes a la conciliación. E ainda prevê o art 255 - No se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha tentado la conciliación ante la Justicia de Paz, salvo las excepciones que estableciere la ley

²⁹ Lei 15.750/85. En las cuestiones atinentes al nombre, estado civil y capacidad de las personas y a las relaciones personales y patrimoniales entre los miembros de la familia legítima y natural fundadas en su calidad de tales, como: a) Las reclamaciones y contestaciones de filiación legítima y natural y de posesión de estado civil. b) Las acciones referentes al matrimonio y a la situación de los cónyuges; separación de cuerpos, divorcio, nulidad del matrimonio. c) Las pensiones alimenticias y régimen de visitas. d) La guarda, tutela, administración de los peculios de los hijos, suspensión, limitación, pérdida y restitución de la patria potestad. e) Emancipación, habilitación de edad y venia de disposición de bienes. f) El irracional disseno de los padres para contraer matrimonio. g) Adopción y legitimación adoptiva. h) Declaración de incapacidad, curatela y ausencia. i) Régimen matrimonial de bienes. j) El procedimiento sucesorio.

O Acordo nº 7664 do ano de 2009, pelo qual se aprovou a Regulamentação da Organização e Funcionamento dos Centros da Mediação, reconhecendo a principal finalidade dos Centros de Mediação, a sua atuação em comunidades com pouco ou nenhum acesso à jurisdição, como uma válvula social em lugares críticos, indicando os Centros de Mediação como local ideal "para fornecer um serviço que permita uma primeira abordagem ao sistema de justiça para os habitantes de bairros populosos no centro da cidade e com poucos recursos econômicos"³⁰

Neste país também se acontecem mediações privadas nos Centros de Mediação autorizados pela Suprema Corte de Justiça, especialmente em conflitos de diversas origens família, trabalho e da comunidade.

2.10 VENEZUELA

Na Venezuela existe larga tradição no uso dos mecanismos de autocomposição possuindo assento constitucional desde a Constituição de 1819, replicado na Constituição da República Bolivariana da Venezuela (1999) e que dispõe a promoção legal do uso dos institutos da mediação, conciliação e arbitragem e outros meios alternativos para solução de conflitos (art. 258) e estabelece que os meios alternativos em todo o sistema jurídico estão integrados com as garantias constitucionais (art. 253). Não existe lei específica de conciliação ou mediação na Venezuela, de modo a estimular a autocomposição em outras áreas, além da familiar, embora a base constitucional o permita.

A conciliação é regulada em Leis esparsas, no Código de Procedimiento Civil (art. 257-262); no Código de Comercio, na Ley Orgánica del Trabajo, na Ley Orgánica de Procedimiento Penal e na lei Orgánica de Protección de la niñez y la adolescência.

Nas conciliações familiares são habilitados a intervir como Conciliadores os Comitês de Proteção social à criança e adolescentes dos Conselhos Comunitários, os Defensores, os Conselhos de Proteção da Criança e Adolescente do MP e os juízes de mesma competência.

A mediação familiar pode ser finalizada com acordo total ou parcial a ser homologada pelo juízo.³¹

³⁰ Informe Sobre Estado Actual de la Mediación en Uruguay. Avances y Acciones Futuras. Disponível em: <http://www.maparegional.gob.ar/accesoJusticia/documents/verDocumento.html?idDocumento=76>. Acesso em: 21 abr. 2020.

³¹ Cf. Ley sobre procedimientos especiales em matéria de protección familiar de niños, niñas e adolescentes, art. 44.

Isto posto, com o estudo comparado apresentado ratifica-se a ideia de que o acesso à Justiça é o canal que liga os membros da sociedade à consecução dos direitos humanos, e o contínuo aprimoramento resta demonstrado nas variadas e sucessivas legislações dos países estudados. Dos modelos estudados, o caminho perseguido pela União Europeia, mais especificamente a Itália, a Argentina, Colômbia, Chile (matéria de família), Equador (por derivação), Peru e Estados Unidos (nos juízos de Apelação), estes países desenvolveram em sua estrutura de governança opção por modelos de mediação obrigatória, aspecto que deixa irradiar no âmbito transnacional e nos permite refletir a opção do legislador brasileiro em somente recomendar aos operadores do direito o “estímulo” à autocomposição.

3 OS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS GARANTEM O ACESSO À JUSTIÇA? UMA NOVA DIMENSÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: A ORDEM SATISFATIVA DAS PARTES

Garantir a justiça através de qualquer dos meios adjudicatórios ou auto compositivos na sociedade contemporânea (globalizada e líquida) é tarefa complexa, se tomada a Justiça como uma possibilidade idealizada nos termos perfeitos da Paideia, que tinha como objetivo a educação do homem individual e do cidadão grego, como fundamenta Jaeger (2003, p. 147): “A essência de toda a verdadeira educação ou paideia é a que dá ao homem o desejo e a ânsia de se tornar um cidadão perfeito e o ensina a mandar e obedecer, tendo a justiça como fundamento”.

No ponto que se encontra o presente estudo, avançar às questões instrumentais da utilização dos métodos de resolução de conflitos, sem, de fato, perquirir sobre a satisfação dos interesses humanos em conflito, a busca da justiça ou de uma decisão mais justa, seria ultrapassar um estágio sem ao menos refletir sobre o fim último de toda a vida humana, sobre a busca do ser humano digno, livre e feliz como sói acontecer nos termos da atual constituição brasileira, contudo princípio eudaimônico. Como predizia Aristóteles (1996, p. 118), o fim último de toda vida humana é a felicidade:

Se há então, para as ações que praticamos alguma finalidade que desejamos por si mesma, sendo tudo mais desejado por causa dela, e se não escolhemos tudo por causa de algo mais (se fosse assim o processo prosseguiria até o infinito, de tal forma que nosso desejo seria vazio e vão), evidentemente tal finalidade deve ser o bem e o melhor dos bens.

3.1 SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA

Com o propósito de compreender, se dentre as “dimensões” de Acesso à Justiça hoje conhecidas e aqui destacadas, do direito fundamental de acesso à Justiça, se evidenciam a aplicação do **valor da Justiça** estudado pela doutrina e filosofia, ou há uma superação do direito para incluir nova dimensão, sob a ótica da satisfação das partes, como **expressão da Justiça**, a “dimensão da satisfação das partes”, uma nova onda do conceito de Acesso à Justiça.

A evolução da concepção do termo “Acesso à Justiça” muito se equivale à evolução dos direitos e garantias fundamentais. Não se pode confundir justiça com jurisdição.³² Durante a ascensão da doutrina liberal burguesa, em que o individualismo prevalecia, o Acesso à Justiça era visto como acesso à proteção judicial, como direito formal da pessoa de propor ou contestar uma ação. Para o sistema liberal econômico, a justiça existia somente para quem poderia pagá-la, de forma que a igualdade era apenas formal (RUIZ; SENGIK, 2013).

Nesse sentido, como resultante dos reflexos dos direitos fundamentais contidos na Constituição (art. 5º, XXXV), uma década e meia depois de sua promulgação, este é o entendimento que se extrai de Bedaque (2003, p.71):

Acesso à Justiça ou mais propriamente acesso à ordem jurídica justa significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de **pleitear a tutela jurisdicional do Estado** e de **ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado**. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo equo, correto, justo. (grifos nossos)

No âmbito da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu Preâmbulo, já constava que o Brasil se trata de um Estado Social Democrático, em que é assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais e à justiça, numa sociedade harmônica com solução pacífica das controvérsias.

O art. 3º dessa Lei Maior também prevê como um dos *objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade justa. Além desses conteúdos, o legislador constitucional, ao preocupar-se com os Direitos e Garantias Fundamentais, Direitos e Garantias Individuais e Coletivos, prevê consoante já salientado, o *Acesso à Justiça*, conforme se vê do inciso XXXV do art. 5º, que também é conhecido por *Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição*.

A Carta Magna brasileira, ao proclamar em seu art. 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, tornou o direito e garantia de *Acesso à Justiça*, um *direito fundamental*, de maneira que se pressupõe que todos,

³² João Batista Lopes (2005, p. 68-69), acerca da jurisdição e, especialmente, sobre a natureza jurídica da jurisdição, ensina que “Alguns autores sustentam que ela é poder, função e atividade. Tecnicamente, porém, a jurisdição não se confunde com poder, na medida em que ela é mais precisamente manifestação do poder. Por outras palavras, a jurisdição emana do poder e, assim, com ele não se confunde. Em rigor técnico, nem mesmo se poderia falar em separação de poderes (Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário), já que o Poder é uno, só havendo divisão de funções. Como manifestação do poder, a jurisdição tem de ser exercida por órgãos especialmente criados para tanto (juízos e tribunais) razão por que se fala da função jurisdicional a eles confiada e da atividade jurisdicional concretizada. Assim, a jurisdição deve ser vista como manifestação do poder, como função e como atividade”.

indistintamente, possuem o **direito de postular, perante os órgãos do Poder Judiciário, a tutela jurisdicional adequada e efetiva**, respeitando-se, por óbvio, as garantias do devido processo legal e, principalmente, o seu consectário, o *princípio do contraditório e da ampla defesa* e, ainda, as normas de ordem processual aplicáveis à espécie.

Não obstante a compreensão do regramento acima de que o Acesso à Justiça significava a inafastabilidade da jurisdição, em Martins se conferem os reflexos das primeira e segunda ondas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11) a **alterar a ideia do Acesso à Justiça**, quando o autor comenta que entre os séculos XIX e XX, a ótica de prevenção e de não efetivação do direito causava uma distorção no direito de Acesso à Justiça, sendo dever do Estado disponibilizar meios à solução dos conflitos de interesses e pacificação. *In verbis*:

O dever de assegurar o Acesso à Justiça não se limita a simples possibilidade de distribuição do feito, ou a manutenção de tribunais estatais à disposição da população, mas engloba um complexo sistema de informação legal aos hipossuficientes jurídicos, **o patrocínio de defesa dos interesses daqueles econômica e financeiramente desprotegidos** que possibilitem a igualdade de todos e, acima de tudo, **uma justiça célere em prol do jurisdicionado**. (MARTINS, 1999, p. 19, grifos nossos).

Contudo é em Watanabe que ocorre uma superação conceitual do direito fundamental, quando este afirma que a problemática de Acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes, pois não se trata apenas de possibilitar o Acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa; afirma, também, que há de se exigir uma nova postura mental para enfrentamento do Acesso à Justiça, agora na perspectiva do consumidor, do destinatário das normas jurídicas e nas respectivas instituições, ou seja do povo; isto conduz a um direito substancial, ajustado à realidade social, ou seja, o autor trata de acesso à ordem jurídica justa, conforme escreve:

Há que se preocupar, outrossim, com o direito substancial, que, sobre ser ajustado à realidade social, deve ser interpretado e aplicado de modo correto. Já se disse alhures que, para a aplicação de um direito substancial discriminatório e injusto, melhor seria dificultar o Acesso à Justiça, pois assim **se evitaria o cometimento de dupla injustiça**. (WATANABE, 1988, p. 128-135, grifos nossos).

Assim é que em razão de novos paradigmas do direito em seus postulados, métodos, teorias e práticas, muito em função de sua relação com a história e a sociedade o que se percebe na trajetória evolutiva de seus paradigmas estruturais que a nova compreensão de Acesso à Justiça transcende de acesso à tutela jurisdicional, de acesso ao poder judiciário para acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.

Isto porque a incapacidade da solução adjudicada resolver os conflitos na contemporaneidade, leva à busca de um **sistema colaborador do modelo tradicional, surgindo os métodos para processuais como alternativa**, não somente para o descongestionamento dos tribunais, mas como forma perene e não violenta de solução conjunta do conflito, retirando a dependência social da busca pela solução jurisdicionada. **Não se trata do fim da jurisdição**, contudo de incentivo à consciência do **papel constitucional do judiciário**, cuja concepção moderna aproxima-se da ideia de que o estado social de direito deve promover a justa solução dos conflitos, prestando tutela adequada em tempo razoável.

Na linha de argumentação de Watanabe, entre as décadas de 1980 (promulgação da CF) a 2010 (edição da Resolução 125 do CNJ), o conceito de Acesso à Justiça foi resignificado, para sair de “mero acesso aos órgãos judiciários perseguindo a proteção contenciosa dos direitos para, constituir acesso à ordem jurídica justa”, no sentido de que este judiciário deve estar estruturado para atender e ouvir os cidadãos sobre os problemas impeditivos da sua cidadania ou, ainda, a respeito de suas controvérsias com outrem. Atinge uma outra “dimensão” de Acesso à Justiça.

O autor considera que nessa nova “dimensão” de Acesso à Justiça, o papel do Judiciário não se deve limitar à solução dos conflitos de interesses, entregando uma sentença (método da adjudicação), contudo cabe-lhe utilizar todos os métodos de solução consensual, e de forma ativa, com a organização de serviços de qualidade com a integração da **mediação e conciliação** ao instrumental do Judiciário (Resolução 125/2010 do CNJ), não de forma eventual, **mas como meios hábeis para o correto exercício da judicatura.**

Importante papel teve a Resolução 125/2010 na construção da nova dimensão do Direito Fundamental de Acesso à Justiça no Brasil, porquanto instituiu uma Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, a qual, na visão de Watanabe, assentou a ideia de que o Acesso à Justiça, é acesso à ordem jurídica justa, ainda porque, neste regramento maior contempla a declaração de que os jurisdicionados têm direito à solução dos conflitos pelos métodos mais adequados à sua solução, em especial os consensuais. Além disto, os órgãos do Judiciário têm a obrigação de oferecer esses serviços, criando em todo o país os CEJUSCs, com seções destinadas à fase **pré-processual** (antes da judicialização), outra para solução na fase **processual** (após a judicialização) e a terceira **de cidadania** para informação e orientação aos jurisdicionados sobre problemas jurídicos.

Mas se Justiça é “obra coletiva” em Nalini, parafraseado por Watanabe, deve haver participação das partes e de todo o sistema de justiça e não somente nos serviços prestados na solução de conflitos de interesses do Estado.

Nesse sentido, a Lei 13.140/2015 disciplina atuação para o sistema de justiça, quando passa a “estimular” a mediação extrajudicial, bem como o Novo CPC (2015), com todo o aparato principiológico da cooperação assegura a promoção da solução consensuada de conflitos (artigos 3º e 165). Isto leva à reflexão sobre o aspecto da “dimensão” do Acesso à Justiça revelada por Watanabe, o da ordem jurídica justa, causa e consequência de todo o processo de novos regramentos, se ela se basta para a formação de uma nova mentalidade para o giro de 360º (trezentos e sessenta graus), além dos muros do **paternalismo estatal**, rumo a uma nova dimensão de Acesso à Justiça, exercitada por quem é o seu maior destinatário, como a responsabilidade de exaurir-se na **cultura de pacificação**, através das soluções amigáveis dos conflitos de interesses. A nova dimensão de Acesso à Justiça, a mais contemporaneamente virtuosa, exigirá a **auto responsabilização** do indivíduo para a solução do conflito. Porque Justiça é “obra coletiva” leva à ressignificação do direito fundamental, uma outra “dimensão” do direito fundamental de Acesso à Justiça, o **Acesso à Ordem Jurídica Satisfativa**.

3.2 SOBRE UMA NOVA ORDEM SATISFATIVA DO ACESSO À JUSTIÇA

Uma vez conceituado o Acesso à Justiça no seu sentido mais atual (multiportas) proporcionado por qualquer dos métodos auto e hetero compositivos, podemos infirmar que o justo seria um valor resultante da aplicação dos métodos? Poderíamos considerar que houve justiça quando uma das partes vence uma disputa em solução prestada pelo judiciário? (no qual não se procedeu a construção de solução pacificada ou no qual os mecanismos para solução de conflitos foram descartados). Houve justiça quando foi retirado do conflito a sua melhor parte, a capacidade de gerar soluções construtivas? Mais ainda, a busca da justiça é o que deseja as partes envolvidas no conflito? A busca da justiça é o fim último do princípio fundamental do Acesso à Justiça? Não há como resistir ao enfrentamento filosófico diante da necessária busca de resposta a tais questões.

É tarefa do trabalho, na tentativa de buscar resposta a essas questões, destacar alguns conceitos filosóficos acerca da Justiça do passado – aristotélico, platônico, kantiano, kelseniano, para compreender dentre as dimensões reconhecidas do direito de acesso à justiça, a sua dimensão contemporânea.

A vida do homem grego consistia na busca da finalidade, no encontro do *Thelos*, o qual se alcançaria com a prática das virtudes. *Thelos*, é, portanto, o bem supremo, este da narrativa do próprio Aristóteles, condicionado à prática das virtudes, sob a ótica da razão

teleológica. Este fim último, a felicidade, é uma atividade conforme a excelência, ou seja, a felicidade é a ação humana em conformidade com as virtudes, que possuem dois extremos, o excesso e a falta.

Segundo Aristóteles, ninguém é virtuoso por natureza, mas como resultante de práticas reiteradas boas, nas quais desenvolve uma disposição da alma para o agir excelente.

As virtudes, para ele, estão segmentadas em virtudes de instrução (intelecto, sabedoria, inteligência, discernimento) e do hábito, *éthos* (liberdade, moderação, justiça).

A justiça é a maior das virtudes e se difere das demais por ser superior, porquanto se manifesta na consolidação do bem supremo, quando visa o bem em si mesma e do outro. As virtudes, para Aristóteles, possuem dois extremos: cabe à razão mantê-las na equidistância destes extremos (v.g: excesso - justiça e falta - injustiça), de modo a levar à excelência, quando no equilíbrio alcançando o bem supremo e a felicidade.



A justiça é a disposição da alma e, graças a ela, as pessoas agem. *Contrario sensu*, também a injustiça o é, e as pessoas agem injustamente. Seguindo o conceito de justiça aristotélico, como virtude que é, ela se particiona em universal e particular. O justo universal é o cumpridor da lei, das normas e princípios. A particular corresponde a uma parte da virtude e divide-se em distributiva, a que se observa na distribuição da *pólis* (bens, responsabilidades, deveres). Justo na distribuição aos cidadãos, sendo o, injusto o desigual e justo, o proporcional. “Dar a cada um o que é devido, na medida de seus méritos”. A justiça corretiva, visa o restabelecimento do equilíbrio rompido entre os particulares. A aplicação da justiça corretiva fica a critério do julgador. Para Aristóteles, o juiz personifica a justiça; ir ao juiz é ir à justiça.³³

Define, Platão, a Justiça como ideia, norteadora de conduta, consolidadora do direito e da lei (Justiça entidade) e determinada e norteada pela lei (Justiça como virtude).

³³ Outros conceitos de justiça em Aristóteles: *Justiça Política* que é a justiça emanada e praticada dentro de um grupo, de modo que, se as pessoas não são iguais em um grupo não estarão elas sujeitas à justiça política, mas pode estar contida em outro tipo de justiça especial e genérica. A justiça política se divide em legal, àquela criada pelo legislador e natural a que transcende a vontade humana, possuindo forma e conteúdo iguais e qualquer lugar, enfim, universalista, “como o fogo que queima aqui e na Pérsia”. Assim as pessoas da *polis* formam grupos excludentes dos estrangeiros, escravos, menores e mulheres. *Justiça doméstica* é a justiça que se opera no âmbito da casa, com filho, mulher.

A Justiça surge como virtude universal e traz harmonia ao conjunto societário, portanto a ideia de justiça está ligada à *polis*. A ideia de Justiça em Platão se confunde com o próprio estado, um Estado real, o grego.

Na perspectiva platônica, na linha de que o homem é a medida de todas as coisas (Protágoras), Platão está convencido de que a justiça é medida do homem. “Dar a cada um o que é devido” e o devido está na medida de capacidade de cada indivíduo dentro das funções da *polis*.

Hans Kelsen identifica dois tipos de normas de justiça. A metafísica oriunda de uma instância transcendente, para além do conhecimento humano experimental e é nesta categoria inclui-se a norma de justiça de Platão, para quem a ideia do Bem absoluto, longe do racional, contém a de Justiça. As outras estatuídas por ato humano, a partir da atividade experimental, admitindo, ainda, normas do tipo racional postas pela instância transcendente, pois o seu conteúdo as transforma em racionais e não a sua origem, como o caso das normas de justiça retributiva. (KELSEN, 1998). Assim é que Kelsen critica a fórmula do *suum cuique*, resumida na máxima “dar a cada um o que é seu”, porque dar o que é seu, não é decidido pela mesma norma, mas por uma ordem normativa válida e por isso toda norma positiva lhe serve de correspondente, porquanto o valor de justiça são estabelecidos no momento de sua aplicação, então não é a fórmula que diz o que é direito “seu”, mas a ordem social capitalista ou comunista, autocrática ou não acolhida em determinada sociedade.

Essa possibilidade de defesa de qualquer ordem social dada como justa – por corresponder à fórmula “a cada um aquilo que é seu” – explica sua aceitação geral, mostra, porém, ao mesmo tempo não ter qualquer valor como definição de justiça se por seu intermédio for necessário determinar um valor absoluto, que não pode ser idêntico aos valores apenas relativos que são garantidos por uma ordem moral ou jurídica positiva. (KELSEN, 1998, p. 14).

De igual modo Kelsen critica a regra de ouro, que é a aplicação do princípio da igualdade, sintetizada na máxima “não faças aos outros o que não queres que te façam a ti”. Segundo ele se a regra for interpretada literalmente, leva a situação de exclusão da punição de um infrator, com resultados sociais desastrosos, *in verbis*:

No entanto ocorre com demasiada frequência que um homem sinta prazer em causar dor aos outros. Se isso é uma violação à regra de ouro, surge a questão, como devemos nos comportar contra um tal violador da regra? Esta é exatamente a questão da justiça. Se ninguém causasse dor a outrem e se todos só dessem prazer uns aos outros, não haveria absolutamente nenhum problema de justiça. Se tentarmos, porém, aplicar a regra de ouro ao caso de sua violação, constataremos de imediato que ela conduz a consequências absurdas. Ninguém deseja ser castigado, mesmo que tenha cometido

um crime. Assim – de acordo com a regra de ouro -, não podemos castigar criminosos. (KELSEN, 1998, p. 18).

Essa regra cria uma ilusão de que os homens entraram em acordo recíproco em suas condutas e, por conseguinte não haveria qualquer conflito social. Contudo, fato é que os homens jamais acertam no seu juízo sobre o que seja subjetivamente bom, ou seja o que é subjetivamente bom para si, não é exatamente para outrem. O certo seria tratar os outros como devemos querer que nós próprios sejamos tratados e então se perguntaria como quer ser tratado? Para Kelsen uma ordem normativa deve prescrever como queremos ser tratados e o que é devido a cada um. Essa norma positivada preencheria o conteúdo desta fórmula de justiça (KELSEN, 1998, p. 21).

O imperativo categórico de Kant representa o resultado de sua filosofia para a questão da justiça e significa que o comportamento humano é bom e justo se for determinado por normas, que o homem ao agir, podem e devem esperar que sejam obrigatórias para todos, “age sempre de tal modo que a máxima do teu agir possa por ti ser querida como lei universal” (FERRO, 2018) – o imperativo categórico. Ainda sobre isso indaga Kelsen, quais seriam essas normas que deveríamos esperar genericamente obrigatórias? E a essa questão o imperativo categórico, assim como as demais, segundo Kelsen, também não responde pouco adianta para solução do problema da justiça, porque na verdade, todo regulamento de qualquer ordem social “é compatível com esse princípio, uma vez que expressa, unicamente, que o homem deve agir de acordo com normas gerais.” (KELSEN, 1998, p. 21)

Kelsen conclui que o princípio de moral e justiça Kantiano, constitui de igual modo que a fórmula do *suum cuique* e a regra de ouro, uma fórmula vazia de conteúdo, a ser preenchido por uma dada ordem social, a exemplo da ordem jurídica positiva:

Por isso o imperativo categórico – da mesma forma que o princípio “a cada uma aquilo o que é seu” ou da regra de ouro – pode servir de justificação- e assim foi utilizado – para toda e qualquer ordem social em geral e para todos e qualquer regulamento em particular. Essa possibilidade explica por que essas fórmulas, apesar e exatamente por causa de sua total falta de conteúdo, ainda hoje são aceitas como respostas satisfatórias à questão da justiça, e provavelmente ainda o serão no futuro. (KELSEN, 1998, p. 19).

Partindo de um ponto de vista positivista relativista, Kelsen considera a validade do direito positivo como independente da validade da norma de justiça. Se volta o autor de Praga para o problema da justiça. Para ele, a justiça é uma ideia irracional ou racionalmente incognoscível, no sentido da impossibilidade de reconhecimento de uma justiça absoluta para um conhecimento racional.

Nenhuma outra questão foi tão passionalmente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres – de Platão a Kant – meditaram tão profundamente. E, no entanto, ela continua até hoje sem resposta. Talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resinado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva, deverá apenas tentar perguntar melhor. (KELSEN, 1998, p. 1).

Qual pode ser o conceito de Acesso à Justiça, a fim de ser uma determinante para que os esforços direcionados ao pleno Acesso, preditos pelo Constituinte, repisados por doutrinadores e redimensionados por Watanabe, seja um princípio fundamental a ser perseguido e efetivado: o acesso a uma nova ordem jurídica justa.

E se o aparelhamento de toda o sistema judiciário voltado para servir à solução consensuada, durante o conflito, antes e depois do processo não forem suficientes para que as partes elejam a sua fórmula de solução do conflito e, então por sponte própria, decidirem a solução adjudicada de início? Esta é a realidade no Brasil e na maioria dos países da América (vide capítulo 2). Isto significa, então que as partes não desejam a justiça, mas apenas vencer? Significa, também que para vencer e obter o bem da vida pleiteado e consectários, a parte sempre abrirá mão de sua responsabilidade de optar por uma solução sua, deixando que terceiros decidam. Ela quer que outro diga o que é justo por ela? E se esta decisão não lhe for favorável, então não se fez justiça? Estaria a parte satisfeita?

Sob fundamento da igualdade e respeito recíproco ao outro, Larenz legou uma das mais importantes aberturas ético-jurídicas da Pós – Modernidade descritas no último capítulo do seu Direito Justo, quando destaca o modo de vigência dos Princípios. O modo de vigência dos princípios do Direito positivo – que dependem do seu estabelecimento por algum tipo de autoridade e o modo de vigência dos princípios do Direito Justo, que independe de autoridade mas se impõem pelo fato de serem justos, por derivarem diretamente do *princípio fundamental do respeito recíproco* (MOREIRA NETO, 2016, p. 36).

Sob a invocação deste princípio matriz, todos os demais desdobramentos dele derivados, a começar com os *direitos fundamentais* - como o que ora é posto a análise, o direito de Acesso à Justiça na sua concepção mais contemporânea, admitidas as multiportas – antes considerado apenas meio de defesa contra o Estado, são hoje catapultados a elementos indispensáveis ao Estado Democrático de Direito e “integrativos” do sistema de justiça.

Assim, quando um conflito é posto à solução pacificada, utilizando um dos métodos auto compositivos e a solução é construída dialeticamente pelas partes envolvidas em total operacionalidade continuada do *respeito recíproco*, erigindo-se daí a paz jurídica e a justiça, a decisão delas emanadas pode ser por elas (as partes) considerada como a mais justa.

Acontece que para o agir comunicativo, cooperar, ouvir, comunicar, convergir, elegeer soluções, encontrar pontos em comum, equilibrar o ambiente, são todos elementos que podem emergir do respeito recíproco entre partes no processo de conflito, quando em comunicação não violenta e é este estado mental, virtuoso, estágio da mudança cultural, que as multiportas com suas estruturas já estabelecidas na nova ordem jurídica justa deve encontrar para que ocorra a expressão da justiça entre as partes envolvidas, a expectativa satisfativa da justiça, o Acesso Justiça, como acesso à dimensão satisfativa da justiça.

Assim, o estágio pós *ordem jurídica justa*, da qual caminhamos à superação exige da sociedade pacificada, um elemento essencial no processo do conflito que é a busca da satisfação da vontade das partes, o que pode ser visto como expressão da Justiça e não a própria justiça de *per si*. Como dito por Platão conhecemos o mais próximo da coisa, o mais próximo do real.

Sob o pilar do respeito recíproco uma outra “dimensão” do direito ao Acesso à Justiça pode ser compreendida, no sentido de que as partes em conflito passam também a compor o sistema de justiça, atuando de forma cooperada para concretizar, cada uma, a sua expectativa de satisfação da justiça. Um novo paradigma, o da ótica e atividade daqueles que se põem em conflito, pode resignificar na contemporaneidade o direito fundamental de acesso à Justiça.

Nesta nova dimensão, aquele paternalismo estatal, no qual se preconiza todo um agir do judiciário para que o cidadão obtenha estrutura ótima voltada à solução de conflitos, abre espaço para que as partes exerçam seus arbítrios, primordialmente em posição de respeito recíproco, para eleição da melhor solução criativa. O momento do protagonismo das partes a elegeer dentre todas, a solução consensuada, permitindo, assim, em total auto responsabilidade, o surgimento da melhor expressão da Justiça, a satisfativa de suas vontades. Esta sim, será a ordem mais justa, aquela que independe da autoridade, na lição de Larenz; a mais justa, pois deriva do pilar do respeito recíproco entre os envolvidos no conflito e, agora, plenamente satisfeitos com a opção delineada a partir do consenso. Estamos falando do Acesso à Justiça, sob o paradigma de uma nova dimensão, a da satisfação das partes expressão da Justiça.

Insta salientar, sobretudo com relação a Administração Pública quando esta é uma das partes, a adequação da satisfação das partes (enquanto ideia de expressão da justiça), aderente da filosofia do consenso de uma democracia participativa, respeitadora da vontade da pessoa. Importante que o poder administrativo recorra à conduta dialógica, a mecanismos integrativos da colaboração dos interessados no procedimento decisório.

A efetividade da Constituição, no que tange também ao direito fundamental de acesso à justiça, se encontra refém da Administração Pública, porquanto o Direito administrativo é a Constituição em movimento, sem ensejar complexos de inferioridade ou superioridade na relação com o particular.

Assim a satisfação da parte (administração pública) pode ser aferida na medida em que sua atuação busca em situação de solução pacificada o resultado ótimo para a sociedade, em exercício da cidadania administrativa, sem que isto resulte para a outra parte envolvida no conflito prejuízo tamanho que imprima a necessidade da busca de reparação. Diga-se, afinal, a título de exemplo, que os acordos endoprocedimentais, celebrados em fase anterior à decisão final unilateral, permitem a Administração Pública integrar a vontade dos interessados na modelagem dos efeitos de uma decisão unilateral de conteúdo discricionário, fazendo-a preceder de um ato bilateral, resultando assim os atos consensuais.

4 A ESCOLHA NO SISTEMA MULTIPORTAS E A EFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A mediação tem provado ser superior à judicialização em casos de sua adequação e, mesmo assim, as pessoas preferem esta última em detrimento da primeira, conforme estudos dos pesquisadores Watkins, Sustein e Thaler referenciados neste trabalho.

Não é tarefa simples identificar a origem desta predileção. Contudo, é de conhecimento público e notório e bem repisado por Cury (2002, p. 95), que se tem início desde a época do bacharelismo do século XIX:

Como consequência, o período entre nós foi marcado por uma cultura jurídica formalista, retórica, individualista e juricista e foi nesta junção do individualismo político do formalismo legalista que se moldou, ideologicamente, o principal perfil da nossa cultura jurídica: o bacharelismo liberal.

Deste modo, o perfil cultural forense estruturou-se na sociedade brasileira pela cultura do litígio, com profissionais aptos a movimentar a máquina do judiciário diante de demandas postas por sua clientela, sem a oferta preliminar de soluções simples e conciliatórias para solução do conflito posto. Aliado a este preocupante aspecto, é de se observar que, ao longo das décadas, a Fazenda Pública utilizou-se dos incontáveis recursos jurídicos para postergar o momento da entrega do quanto determinado na primeira tutela jurisdicional. A justiça gratuita presente nos juizados, sem qualquer limite de alçada mínima, também pode ser considerada um fator de incremento do volume ações de pequeno valor, em razão da facilidade em que se toma a decisão pela judicialização de questões, as quais em outros países, é rotineiramente resolvida pela negociação, conciliação ou mediação.

Nas últimas décadas, especialmente a partir de 2010, tratou o sistema jurídico atual de fomentar novos modelos de resolução de conflitos para acompanhar as mudanças sociais que velozmente criam novas formas de negócios, em função da tecnologia e da economia compartilhada, que por sua vez, geram conflitos não solucionáveis através do modelo arcaico do sistema de justiça então vigente, produzindo mais insatisfação social e conflitos intergeracionais. Esse influxo também foi constatado nos Estados Unidos na década de 70, tendo como solução a criação da teoria de um novo sistema de justiça *multidoors* em 1976, preconizado por Sanders³⁴.

Nessa toada, em 1996 foi editada a resolução e sancionadas as leis: a Resolução do CNJ 125/2010, a Lei nº 9.307/96(Lei de Arbitragem), a Lei nº 13.105/15 (o Novo Código de

³⁴ O conceito de *multidoors*, ou seja, múltiplas portas é usual nos estudos dos meios auto compositivos podendo ser encontrado em diversos artigos e compêndios sobre o assunto.

Processo Civil) e a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), legislações que parametrizam contributos comportamentais, orientadas à utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, com o destaque para esta última Lei de Mediação que trouxe capítulo específico para regular a autocomposição na administração pública, bem como a alteração da Lei de Arbitragem (Lei nº 13.129/2015) que, de igual modo, passou a disciplinar a aplicação do meio heterocompositivo na esfera pública.

Assim, indagamos: com todo o aparato normativo acima indicado, (re) significado para a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, especialmente no que tange às controvérsias da administração pública, **o que mais impede a administração pública dar o giro necessário para a melhor governança dos conflitos por ela ou em sua função gerados? Por que os seus agentes geram, cotidianamente, na relação com os particulares, controvérsias que, em geral, são judicializadas?**

Kahneman e Twersky (1974, p. 1124-1131), em estudos da economia comportamental asseguram ser uma tendência de confiar em heurísticas e vieses cognitivos no processo de decisão, de modo a criar atalhos de menor esforço. Segundo esta teoria o homem é conduzido por dois sistemas de pensamento. O primeiro, de avaliação básica, intuitiva e o segundo reflexivo, portanto mais demorado. Por óbvio, o cérebro lançará mão do sistema automático para as tomadas de decisão que se processa em segundos, rotineiramente.

Segundo os autores, o processo de pensamento estará submetido a alguns “vieses cognitivos”, a inércia, a procrastinação, o enquadramento (*framing*) da informação, a influência das normas sociais e a disponibilidade.

Tomando como ponto de partida esses vieses, a economia comportamental afasta a aplicação dos paradigmas clássicos aplicados ao direito, a exemplo da racionalidade plena, porquanto tem como certa que as decisões humanas não decorrem apenas dos princípios de oferta e demanda ou de custo benefício, de modo que se põe em questão sobre o fato de que um cidadão em controvérsia com o Estado, mesmo tendo à sua mão informações entre o valor e a utilidade da mediação para solução de seu problema, por falhas cognitivas derivadas de heurística ou de vieses comportamentais, opte pela judicialização.

Assim, mesmo tendo à mão as facilidades estruturais para negociação direta, conciliação e mediação, apesar de possuir a informação do custo benefício do método mais barato e rápido de solução de conflitos, há uma contumácia social na preferência da porta do judiciário, dentre as *multidoors*.

Para enfrentar a complexidade do debate, o trabalho busca justificativa no aparato teórico da economia comportamental, balizando-se nas obras de Sustain e Thaler (2009, p. 83),

que propõem a **teoria do paternalismo libertário** como estímulos comportamentais voltados a arquitetura da escolha. Nos casos concretos adiante apresentados, a presença no cenário jurídico das mencionadas legislações autorizativas da mediação na administração pública indicam carecer de mais regulação que definam designs, dentro dos quais o mediando possa ter sua situação subsumida naquela arquitetura, de modo a reduzir o contraste como ocorreu entre as situações apresentadas. Em um caso, no qual o estímulo comportamental foi utilizado para contemplar a mediação finalizada em acordo entre as partes e, outro, em que, embora com todas as informações postas e favoráveis à resolução de seu problema, com cerca de 90% (noventa por cento) de benefícios obtidos no acordo, a medianda, ainda assim, preferiu judicializar. Preliminarmente ao conhecimento dos casos, torna-se necessário o aprofundamento teórico da economia comportamental aqui suscitada.

Sob qualquer aspecto que surja o conflito, seja ele a proteção à saúde ou a regulação dos mercados financeiros, os debates políticos tendem a ser estruturalmente semelhantes e duas filosofias opostas surgem consistentemente: o paternalismo e o libertarianismo.

Os Paternalistas argumentam que parte do papel do governo é obrigar as pessoas a se comportarem de maneira ideal. (THALER; SUSTEIN, 2009, p.5). O governo, segundo os paternalistas, está na melhor posição para determinar quais ações individuais são melhores para a comunidade como um todo – particularmente, em áreas como resolução de disputas, onde o governo já desempenha um papel integral. Os paternalistas, portanto, tenderiam a se sentir confortáveis com os programas de **mediação obrigatória** convertendo um processo voluntário, ideal, em um processo compulsório.

Esse argumento é balizado por Hill (2007):

Anti-paternalists note correctly that there is no priori reason, from a libertarian perspective, to privilege the future self over the present self. Anti-anti paternalists could respond that engaging in activities now which will limit options later limits autonomy . But this argument assumes without justification that autonomy is measured by the future, rather than present, self. It also assumes that autonomy is importantly of the physical and mental ability to make choices at a point in time.³⁵

O contra-ponto do “anti paternalismo” vem de Watkins (2010, p.6) quando diz que,

For mediation fans, the advantage of the compulsory system is obvious: parties mediate more often. Yet this practice comes with at least three substantial costs. First, when mediation is seen as part and parcel of the litigation process, as mandatory mediation often is, parties and mediators tend to unnecessarily focus on legal issues.

³⁵ Os antipaternalistas observam corretamente que não há razão a priori, de uma perspectiva libertária, para privilegiar o eu futuro sobre o eu presente. Anti-anti-paternalistas poderiam responder que se engajar em atividades agora, o que limitará a autonomia. Mas esse argumento assume sem justificativa que a autonomia é medida pelo futuro, e não pelo presente. Também pressupõe que a autonomia é importante da capacidade física e mental de fazer escolhas em um determinado momento.

This robs disputing parties of the opportunity to come up with creative, extralegal resolutions. Second, oftentimes judges serve as mediators in these mandatory sessions only to turn around and adjudicate the same case if the parties do not reach a settlement. This dual role presents serious impartiality problems because the mediator/judge and the disputing parties will suffer from role confusion in both the mediation and adjudication stages. Third, there is the broader question as to whether mandatory mediation is an oxymoron. Some argue that because self-determination is at the heart of mediation, compulsory participation is perverse and can translate into undue pressure to settle³⁶.

Por seu turno, os Libertários argumentam que os mandatos do governo não podem produzir resultados ótimos. Como o governo opera fora do mercado, suas decisões políticas nunca podem alcançar a eficiência, a flexibilidade e a inovação que o mercado produz. Segue-se que, como o livre mercado depende basicamente de uma escolha individual irrestrita, os serviços governamentais, incluindo resolução de disputas, deveriam ser tão limitados quanto possíveis de ser e inteiramente não obrigatório. (WATKINS, 2010).

The Anglo-American adjudication system therefore suits libertarians nicely. Private lawyers do most of the work and the system only enforces a select group of rights. If adjudication is not optimal for some disputing parties, they are free to select some other private dispute resolution method³⁷. (WATKINS, 2010, p.9).

O sistema judicial atual estadunidense, portanto, atende bem aos libertários. Se a adjudicação pelo juiz não é ideal para algumas partes em disputa, elas estão livres para selecionar algum outro método privado de resolução de disputas. Em seus estudos, Thaler e Sunstein (2009, p. 5) argumentam que as posições libertárias e paternalistas são falhas porque ambas se baseiam em falsas suposições sobre o comportamento humano e por este motivo os pesquisadores desenvolveram uma terceira via, o paternalismo libertário.

³⁶ Tradução nossa: Para os fãs de mediação, a vantagem do sistema compulsório é óbvia: as partes mediam com mais frequência. No entanto, esta prática vem com pelo menos três custos substanciais. Primeiro, quando a mediação é vista como parte integrante do processo de litígio, como a mediação obrigatória geralmente é, partes e mediadores tendem a se concentrar desnecessariamente em questões legais. Isso retira das partes em disputa a oportunidade de chegar a resoluções criativas e extralegais. Em segundo lugar, muitas vezes os juízes atuam como mediadores nessas sessões obrigatórias apenas para julgar o caso se as partes não chegarem a um acordo. Este duplo papel apresenta sérios problemas de imparcialidade, porque o mediador / juiz e as partes em disputa sofrerão confusão de papéis nas etapas de mediação e adjudicação. Terceiro, há a questão mais ampla sobre se a mediação obrigatória é um oxímoro. Alguns argumentam que, como a autodeterminação está no centro da mediação, a participação compulsória é perversa e pode se traduzir em pressão indevida para resolver o problema.

³⁷ Tradução nossa: O sistema anglo-americano de adjudicação veste-se de brandos libertários. Os advogados privados fazem a maior parte do trabalho e o sistema só impõe um seleto grupo de normas. Se a adjudicação não é ideal para algumas partes litigantes, eles são livres para selecionar algum outro método de resolução privada.

A maior parte da teoria econômica do século XX, segundo Thaler e Sunstein (2009, p. 6-7), supunha a compreensão do homem a partir da dimensão econômica, cunhado pelos especialistas como *homo economicus*³⁸, os *Econs*.

A economia não estuda o conjunto da natureza do homem tal como é modificada pelo estado social, nem a conduta do homem na sociedade. Preocupa-se unicamente com o homem como um ser que deseja possuir riqueza, e que é capaz de apropriar-se da eficácia comparativa dos meios para obter esse fim³⁹. Nesta visão, os Libertários acreditam que os agentes do mercado são *Econs*, enquanto os paternalistas acreditam que os reguladores do governo são *Econs*.

Mas o campo da economia comportamental revela que vivemos em um mundo não de *Econs*, mas de *homo sapiens*, segundo Watkins, Thaler e Sunstein.⁴⁰ Enquanto *Econs* são maximizadores de utilidade racional que tomam decisões ótimas sempre que lhes são apresentadas informações perfeitas, os Humanos são humanos. Devido a vieses irracionais e erros cognitivos, eles previsivelmente deixam de fazer escolhas ótimas mesmo quando têm todos os fatos. Isto resta bem explorado, na narrativa do caso a seguir, quando em mediação tributária, totalmente favorável à parte, ela prefere o não acordo, sob o viés do excesso de confiança.

Muitos dos vieses relacionados pelos autores aqui referenciados, especialmente na obra - Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness - afetam a formação de crenças, decisões de negócios e financeiras e o comportamento humano em geral.

Algumas classificações foram estabelecidas na referida obra, a exemplo: efeito de ambiguidade — tendência de evitar opções nas quais a falta de informações faz com que a probabilidade pareça "desconhecida"; ancoragem ou focalismo — tendência a confiar demais, ou "ancorar-se", em uma referência do passado ou em uma parte da informação na hora de tomar decisões; tendência de confirmação — tendência do observador de procurar ou interpretar informações de forma que estas confirmem pré-concepções próprias; viés atencional — tendência de prestar atenção a estímulos emocionais dominantes em seu ambiente e

³⁸ A noção de Homo Economicus passou a ser associada à definição do agente econômico. Em 1906, Pareto utilizou o termo no seu Manual de Economia Política, e este jogo de palavras (o Homo Economicus seria uma nova espécie, depois do Homo Sapiens) passou a construir um dos pressupostos da economia neoclássica.

³⁹ Este conceito é normalmente remetido para uma sugestão da obra de Adam Smith: “Não é da bondade do homem do talho, do cervejeiro ou do padeiro que podemos esperar o nosso jantar, mas da consideração em que eles têm os seus próprios interesses.” (SMITH, 1993, p. 95).

⁴⁰ “But the Field off behavioral economics reveals that we live in a world not of Econs but of homo sapiens, or “Humans”. Thaler e Sunstein, em obra mencionada neste artigo (pp. 6-8), usam o substantivo apropriado "humano" para se referir ao ator contrário ao ator econômico, um postulado pela economia comportamental, uma prática continuada neste trabalho. (WATKINS, 2010, p.8).

negligenciar dados relevantes ao fazer julgamentos de correlação ou associação; escalada irracional de compromisso - persistir em uma decisão/ação que gera prejuízo, por já ter investido muito nessa decisão, apesar das evidências do erro; cascata de disponibilidade — um processo de autorreforço no qual uma crença coletiva ganha mais e mais plausibilidade por meio da crescente repetição no discurso público (ou "repita algo mil vezes e ele torna-se verdadeiro"); efeito adesão — a tendência de fazer (ou acreditar) em coisas, porque muitas outras pessoas fazem (ou acreditam) na mesma coisa; viés da crença — efeito onde a avaliação da consistência lógica do argumento é influenciado pela credibilidade da conclusão.

Fincados nesse instrumental do comportamento humano, Thaler e Sunstein desafiam a narrativa libertária. Sendo o mercado livre e este é composto por seres humanos, não por *Econs*, segundo eles não teria sustentação científica afirmar que o mercado é repositório último da eficiência. Ao contrário, dada a irracionalidade previsível dos seres humanos, é provável que ocorram falhas de mercado, sempre que os seres humanos estejam sujeitos a preconceitos ou erros ao realizarem escolhas de livre mercado. Contudo, eles também desafiam a vertente do paternalismo. Uma vez que afirmam que o governo deve ter um papel na criação do comportamento ideal, os paternalistas não reconhecem que, também o governo é composto de humanos, não por *Econs*.

Assim, se todas as políticas governamentais são construídas por não *Econs*, estariam elas sujeitas a desvios irracionais distorcidos e erros cognitivos mantidos pelos formuladores de políticas.

Em relação ao complexo de influências que estão sujeitas as políticas públicas desde sua formulação, bem aprofundada por Boneti (2007, p. 23) em sua obra Políticas Públicas Por Dentro, vindo ao encontro da ideia dos autores americanos, destaca-se a gama de interesses envolvidos como condicionantes de uma política, o momento histórico, a representação política dos agentes definidores da política, que em sua maioria representam a classe dominante, o vínculo desta política com a sociedade civil, de modo que são interesses das mais variada gêneses e que de modo algum podem ser vistos como escolha racional de um Econ. Este aspecto muito se adequa às argumentações postas quando trazidas para o escopo do estudo, dado que uma política de resolução de conflitos pode ser gestada a partir dos interesses governamentais em reduzir demandas, contudo pode conflitar com interesses de mercado, de classes ou de órgãos classistas a quem sempre interessou a manutenção da judicialização excessiva.

Em síntese, a crítica de Thaler e Sunstein ao libertarianismo e ao paternalismo leva à seguinte conclusão: os não *Econs* sofrem de preconceitos irracionais ou erros cognitivos, o governo deve intervir para corrigir esses preconceitos e erros, a fim de criar um comportamento

mais ideal. **Mas o governo deve intervir de tal maneira que os preconceitos irracionais e os erros cognitivos dos não *Econs* no mercado, não sejam simplesmente substituídos pelos vieses irracionais e erros cognitivos dos não *Econs* no governo.** Como os formuladores de políticas podem alcançar este objetivo aparentemente impossível?

Em Nudge os autores introduzem um conceito que, paradoxalmente, denominam “paternalismo libertário” (THALER; SUSTEIN, 2009, p. 5). A ideia é simples: é possível respeitar os valores libertários de livre escolha ao implementar medidas que ajudem paternalmente as pessoas a tomar melhores decisões. O paternalismo libertário é libertário na medida em que preserva o poder do indivíduo de escolher. Mas é paternalista porque permite ao governo orientar as pessoas para decisões “melhores”. Para realizar este terceiro caminho, o paternalismo libertário “estimula” os tomadores de decisão em direção a escolhas ótimas, alterando o contexto no qual eles encontram opções – a “arquitetura de escolha”. Uma escolha padronizada é o caminho, considerado pelos autores uma via inevitável na seara pública ou privada e especialmente para o sistema legal:

We have emphasized that default rules are inevitable - that private institutions and the legal system cannot avoid choosing them. In some cases though not all, there is an important qualification to this claim. The choice architect can force the choosers to make their own choice. We call this approach "required choice" or "mandated choice"...We believe that required choice, favored by many who like freedom is sometimes the best way to go. But consider two points about that approach. First, Humans will often consider required choice to be a nuisance or worse, and would much prefer to have a good default [...] Second, required choosing is generally more appropriate for simple yes- or-no decisions than for more complex choices. (THALER; SUSTEIN, 2009, p. 88-89)⁴¹.

O paternalismo libertário expressa-se exclusivamente por meio de alterações na arquitetura de escolha. A arquitetura de escolha adequada facilita a tomada de decisões corretas. Um formulador de políticas paternalista libertário deveria primeiro perguntar o que determinado cidadão ou grupo deseja, numa construção muito similar à preconizada alhures por Boneti quando escreve sobre políticas públicas vista de dentro. O formulador de políticas determina então quais vieses irracionais e /ou erros cognitivos fazem com que a pessoa faça escolhas que não atinjam o objetivo ideal declarado.

⁴¹ Tradução nossa: Enfatizamos que as regras padrão são inevitáveis - que as instituições privadas e o sistema jurídico não podem evitar escolhê-las. Em alguns casos, embora não em todos, há uma importante qualificação para essa afirmação. A arquitetura de escolha pode forçar os selecionadores a fazer sua própria escolha. Chamamos essa abordagem de "escolha necessária" ou "escolha obrigatória" ... Acreditamos que a escolha necessária, favorecida por muitos que gostam de liberdade, às vezes é o melhor caminho a percorrer. Mas considere dois pontos sobre essa abordagem. Primeiro, os humanos frequentemente considerarão a escolha necessária como um incômodo ou pior, e preferirão muito mais ter um bom padrão. Segundo, a escolha requerida é geralmente mais apropriada para decisões simples de sim ou não do que para escolhas mais complexas.

Importante destaque e que corrobora com o mecanismos para redução de vieses cognitivos, encontra-se bem descrito no diagnóstico do IPEA que se tornou livro Brasil em Desenvolvimento, no qual a equipe de mais de cem pesquisadores realizam avaliação de programas governamentais e apontam erros e acertos em processo de autodiagnóstico da políticas públicas do país. No diagnóstico uma das recomendações cinge-se à melhor articulação para evitar a sobreposição de ações. Na área da juventude, por exemplo, há 19 programas, projetos e ações do governo federal. Há distorção ainda na criação de políticas para minorias e de secretarias especiais. De acordo com a publicação, os acordos firmados pelas secretarias com os ministérios normalmente são descumpridos no nível gerencial: "A tendência dessas secretarias é a de requerer orçamentos próprios cada vez maiores, de forma a contornar a dificuldade encontrada em fazer com que os ministérios atuem adequadamente sobre determinados temas." (IPEA, 2012, p. 25). A tendência é que as secretarias passem a ser órgãos executores de políticas, e não mais gestores de ações transversais. Diante do estudo em que diversas opções são geradas, os designers podem atuar no sentido de, diante do conhecimento científico posto à disposição, conduzir o tomador de decisão à melhor alternativa. Fazer mais do mesmo revela comportamento contumaz em optar por erros não mais justificados e m detrimento da nação.

Sendo correto afirmar, de modo, que todos podem fazer nudges⁴² ou nudging, contanto que leve em consideração três características: persuasão; projetos e o conhecimento científico.

Assim, o formulador de políticas altera a arquitetura de escolha dentre as opções a fim de facilitar a escolha da escolha próxima à ideal, de modo a reduzir os vieses e erros apresentados. O resultado é que a pessoa mantém a sua autonomia decisória, mas passa a ter uma chance significativamente melhor de alcançar seus próprios objetivos graças ao estímulo comportamental fornecido pela arquitetura de escolha alterada. O fato de a pessoa reter sua capacidade de escolher livremente, reduz o risco dos próprios vieses irracionais e erros cognitivos.

Mesmo quando os tomadores de decisão têm informações perfeitas, asseguram Thaler e Sunstein, os vieses irracionais e erros cognitivos levam a decisões abaixo do ideal, à luz da literatura econômica comportamental e à teoria da escolha.

Com base nesse aporte teórico, resulta a explicação de que forma os vieses irracionais e erros cognitivos em relação aos métodos de resolução de disputas, fazem com que a mediação

⁴² Termo frequentemente utilizado para denominar a ação dos design thinkers, ou aquele que cria na arquitetura de escolhas, o nudge é um estímulo dado para que ocorram determinadas escolhas.

possa ser, ao mesmo tempo, louvada, bem divulgada e ainda, assim, subutilizada. As pessoas, em grande maioria sujeitam-se ao viés de disponibilidade irracional, ao viés do status quo e ao erro cognitivo de excesso de confiança quando eles precisam decidir entre mediação e adjudicação. Esses vieses e erros significam que a participação na mediação ou em métodos auto compositivos não aumentarão, através da disseminação simples de informações sobre os benefícios da mediação – mesmo a informação estando perfeita, nem sempre pode superar vieses irracionais e erros cognitivos. Os vieses e erros distorcivos podem ser mitigados ou mesmo remediados por meio de uma alteração na arquitetura de escolha em torno da decisão de mediar ou julgar.

4.1 VIÉS DA DISPONIBILIDADE SEGUNDO A DOUTRINA THALER E SUSTEIN

Quando pessoas encontram uma idéia repetidas vezes, tendem a atribuir uma importância irracional a essa ideia em seus processos de tomada de decisão. Esse fenômeno é chamado de “viés de disponibilidade”. Para ilustrar o significado deste obstáculo ao comportamento mais próximo do ideal, Thaler e Sunstein (2009, p. 121) historicam sobre os primeiros dias de viagens aéreas comerciais quando os corretores vendiam apólices de seguro de vida nos aeroportos. Naquela época, os viajantes sofriam de um viés de extrema disponibilidade dos viajantes, causada por notícias de acidentes de avião – eles estavam muito mais familiarizados com a idéia de desastres aéreos do que com os idéia de não-desastres de avião, assim facilmente foram conduzidos à ideia de que os acidentes aéreos aconteceriam com frequência e, por este motivo, compram rapidamente as apólices dos corretores. Por outra via, uma pessoa Econ calcularia suas chances de morte dividindo o número de acidentes de avião que viu no noticiário no ano passado por uma quantidade estimada de vôos bem sucedidos durante o mesmo período e, assim, consideraria o seguro de vida em vôos uma compra extremamente abaixo do ideal.

As pessoas não dotadas do cientificismo idealizado de Econ, provavelmente, sofrem do viés de disponibilidade ao decidir mediar ou litigar. Eles estão muito mais acostumados com os métodos de resolução baseados em direitos, a exemplo da adjudicação do que métodos de resolução baseados em interesses, como a mediação. As notícias, os meios de comunicação de massa e, até mesmo anúncios, elevam a judicialização ou o método adjudicado, v.g, o estudo

da doutora Regina Mugayar Guedes⁴³. Contrariamente, resoluções consensuais que preservam relacionamentos, distribuem recursos eficientemente ou satisfazem necessidades emocionais subjacentes não são nem públicas, nem tão atrativas.

O viés de disponibilidade distorce a capacidade do ser humano de tomar uma decisão ideal ao escolher entre mediação e adjudicação. Isso é particularmente verdadeiro quando revelado na opção de busca pela mediação em um contexto anexo ao tribunal, como a pré-mediação em fase judicial. As partes interessadas sentem-se mais familiarizadas com o processo de adjudicação, porque ao longo das décadas este modelo foi introjetado, através dos meios de comunicação e, portanto, estarão menos propensas a participar de um processo novo e relativamente desconhecido, independentemente de receberem ou não boas informações sobre os benefícios potenciais da mediação. De igual modo, as partes em disputa preferem o julgamento por terceiro à mediação, simplesmente porque a adjudicação é culturalmente difundida.

Segundo Kahneman (2012, p. 175), estudantes de políticas públicas observaram que a heurística da disponibilidade ajuda a explicar porque questões são muito proeminentes na mente do público, enquanto outras são negligenciadas. As pessoas tendem a estimar a importância relativa das questões pela facilidade com que são puxadas da memória – e isso é amplamente determinado pela extensão da cobertura da mídia. Tópicos mencionados com frequência ocupam a mente, mesmo quando outros fogem à consciência. Por sua vez, o que a mídia decidiu cobrir corresponde à opinião que eles têm sobre o que se passa na cabeça do público (KAHNEMAN, 2012, p.184-185).

4.2 VIÉS DO *STATUS QUO*

Outro viés demonstrado em “Nudge” é o do *status quo*. As pessoas, em geral, se opõem à mudança. Ao decidir entre um padrão e uma alternativa, eles tendem a escolher a opção padrão. Mesmo quando armados com informações perfeitas que mostram uma alternativa

⁴³ A doutora em Psicologia Social pela UK Universidad Argentina John F. Kennedy– Buenos Aires); mediadora judicial do TJRJ (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro) traça um panorama onde a mídia está envolvida com os processos de judicialização, traçando alguns eixos: “O primeiro diz respeito à forma em que a mídia constrói sua linguagem: apropria-se dos discursos do judiciário e dos mecanismos processuais para delinear a sua própria expressão. A linguagem dos jornais muitas vezes reproduz a linguagem jurídica, assemelhando-se aos relatórios e autos dos processos judiciais. Este discurso judicializado acaba por refletir e introduzir uma lógica judicializada de compreender os fatos, uma visão de mundo judicializante e um horizonte em que jaz o paradigma judicial. Assim, acaba por ocorrer um grave empobrecimento na interpretação dos fatos, já que outros saberes permanecem em segundo plano, com raros debates transdisciplinares. Conseqüentemente, o discurso popular fica carregado de signos jurídicos, ainda que seus respectivos conteúdos tenham sido esvaziados e resignificados, incorporando-se ao dito senso comum.” (GUEDES, 2017, p.10).

para ser melhor que um padrão, muitas vezes selecionam o padrão por causa desse viés irracional.

Como prova desse fenômeno, denominado por “viés do status quo”, Thaler e Sunstein (2009, p. 35) demonstram em seus estudos a quantidade extraordinária de planejamento que os executivos de televisão colocam para determinar a ordem na qual os programas são transmitidos. Como esses executivos entendem o viés do *status quo*, eles sabem que às 20h, o público do programa continuará a assistir irracionalmente ao canal até às 21h, em vez de explorar alternativas em outras estações. O sucesso do programa das 21h depende, portanto, do sucesso do programa das 20h. O que torna a decisão de continuar assistindo o mesmo canal às 21h é o pequeno custo de explorar alternativas.

Para optar por um conteúdo alternativo, talvez superior, em outros canais é pressionar um botão no controle remoto ou consultar um horário de televisão, esforço mínimo. O Econ calcularia rapidamente que a possibilidade de um programa melhor justifica este custo minúsculo, uma pessoa comum permanece no mesmo canal e, irracionalmente, opta por não mudar segundo a tese dos autores.

Nessa toada, intercambiando ao escopo do estudo, os seres humanos estarão, provavelmente, sujeitos ao viés do *status quo* quando decidem entre mediação e adjudicação. Nos Estados Unidos, a adjudicação é, ainda, o processo padrão de resolução de disputas. Afinal, a maior parte do mundo conhece a mediação como um método alternativo de resolução de disputas. No Brasil após a nova disciplina do Código de Processo Civil⁴⁴, os meios auto compositivos estão na condição de serem estimulados pelos operadores de direito, mas não é um padrão, até o momento.

4.3 VIÉS DO EXCESSO DE CONFIANÇA

Um terceiro viés trazido pelo autores Thaler e Sunstein (2009, p. 31) é o de que os seres humanos tendem a ser excessivamente confiantes⁴⁵ sobre suas chances de sucesso. Eles acreditam que suas chances pessoais são melhores do que aquelas situadas de maneira semelhante no lado oposto. Por exemplo, Thaler e Sunstein destacam um estudo de empreendedores que foram solicitados a avaliar sua probabilidade de sucesso. A maioria

⁴⁴ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos **deverão ser estimulados** por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (grifos nossos)

⁴⁵ THALER, Richard H. ; SUNSTEIN, Cass S. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. New York: Penguin Group, 2009. p.31-32.

respondeu que sua chance de sucesso era de 90%, mas que outros empreendimentos em circunstâncias semelhantes, representavam apenas 50% de probabilidade de sucesso.

Esse fenômeno está bem documentado na literatura de resolução de disputas. Tanto os demandantes quanto os réus optam rotineiramente por julgar por causa do otimismo irrealista sobre suas chances de ganhar. Essas decisões subótimas para julgar muitas vezes levam a perdas espetaculares para as pessoas, excessivamente confiantes. O problema do excesso de confiança é tão prevalente, nos Estados Unidos, que, na mediação (pré-mediação) anterior ao procedimento processual, os mediadores gastam um tempo extraordinário esclarecendo às partes em disputa para ter certeza de que entendem que tipo de exigências o juiz fará para decidir a seu favor e se a situação pessoal deles adequa a tais exigências.

Essa confiança errônea provavelmente torna difícil para uma pessoa leiga, às questões do mundo jurídico, selecionar um método adequado de resolução de sua demanda. A fim de induzir as partes em conflito a selecionar a mediação sobre a adjudicação, um advogado na mediação deve fornecer evidências de que a mediação não é apenas melhor do que a adjudicação; na realidade, melhor do que adjudicação no mundo de fantasia otimista do qual as partes obtêm suas expectativas de sucesso. Assim, fornecer à parte confiante demais informações perfeitas sobre os benefícios e desvantagens de vários procedimentos de resolução de disputas não pode induzi-la a tomar uma decisão ideal. O humano superconfiante precisa de mais do que informação perfeita para fazer uma boa escolha.

Como apresentado acima, a decisão entre mediação e adjudicação⁴⁶ é provavelmente distorcida por vieses irracionais e erros cognitivos. Essas distorções significam que a decisão está madura para um ajuste na arquitetura de escolha, a fim de obter resultados mais otimizados. Nudge, Thaler e Sunstein apresentam uma série de alterações na arquitetura de escolha, visando a otimização nas decisões.

Este item considera a adequação de alguns ajustes de arquitetura de escolha e revela que compensar os preconceitos e erros envolvidos na decisão de mediar ou julgar é bastante espinhoso para concluir que uma mudança no método de resolução de disputa padrão é o melhor ajuste para produzir decisões ótimas pelas partes em conflito.

⁴⁶ Resolução 125/2010 do CNJ. Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13). Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16).

Os estímulos potenciais para opção entre mediação e adjudicação seriam aqueles nos quais a pessoa percebe que há um erro de expectativa ou permite um mapeamento a priori. No primeiro caso, os sistemas de decisão devem ser projetados para esperar esse erro e alertar os humanos sobre o erro o mais rápido possível. É o que ocorre com a mensagem “aperte o cinto” que os carros dão aos motoristas quando eles falham irracionalmente, por terem tomado a decisão sub-ótima de não colocar o seu cinto. Ou as mensagens “olhe para a direita” pintadas na rua em todos os principais cruzamentos de Londres para ajudar os turistas a evitarem ser atingidos pela direita enquanto erroneamente procuram o tráfego que se aproxima à sua esquerda. Ambos são exemplos de sutis estímulos à alteração de suas decisões e permitem aos humanos a superar suas próprias irracionalidades e erros imediatamente após tomarem uma decisão sub-ótima com base nessas irracionalidades e erros.

Um estímulo similar de “erro de expectativa” na decisão entre mediação e adjudicação, provavelmente, seria ineficaz. O estímulo pode se manifestar como uma advertência depois que uma queixa é apresentada informando às partes que a adjudicação é frequentemente uma má escolha e que eles devem considerar a mediação. Mas o sucesso de apertar o cinto de segurança e as passadas de “esperar erros” na faixa de pedestres de Londres depende de um Humano perceber imediatamente que sua decisão foi abaixo do ideal. Devido ao erro de excesso de confiança em particular, as partes em conflito demoram a admitir que sua decisão em optar pela via judicial foi a errada. Uma mensagem de “erro de expectativa” no contexto de resolução de disputas, portanto, falharia em aumentar o uso ideal da mediação.

A arquitetura de boa escolha permite, ainda, que os seres humanos “mapeiem” a conexão entre uma escolha particular e seu bem-estar após essa escolha. Nas sorveterias a variedade de sabores é muitas vezes espantosa. Como alguém pode saber se o sabor A é melhor que o sabor B? Para ajudar a resolver esse problema, muitas sorveterias permitem que os clientes experimentem sabores, uma degustação, antes da compra para melhor “mapear” a relação entre sua escolha de sabor e seu bem-estar após essa escolha.

Não existe uma possibilidade óbvia de “mapeamento” para decisões de resolução de disputas. Em contraste com a amostra grátis na sorveteria, nenhum programa pode dar às partes em disputa um sabor realista do processo de adjudicação. Mesmo os esforços direcionados à educação sobre o funcionamento do sistema legal não podem replicar os riscos, as emoções e a pressão envolvidos na adjudicação real. E quando as partes entram no processo, sair não é fácil. Somente *players* contumazes no sistema de adjudicação são capazes de mapear a relação entre sua escolha para julgar e seu eventual bem-estar. Não há como prover as partes em conflito com

um sabor realista do processo de adjudicação, portanto um ajuste na arquitetura de escolhas através do mapeamento é inviável.

4.4 O ESTÍMULO CERTO: UMA ALTERAÇÃO NO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE DISPUTA PADRÃO

Para certos tipos de conflitos, a mediação deve substituir a adjudicação como o processo padrão de resolução de disputas como é oferecido pelo sistema de cortes nos EUA⁴⁷.

Para que os autos caminhem ao julgamento, uma parte teria que recusar o processo de mediação. Esta é simplesmente uma versão reversa do esquema padrão de adjudicação atualmente em vigor. Das diferenças que Thaler e Sunstein discutem em *Nudge*, uma mudança no processo de resolução de disputa padrão é a alteração da arquitetura de escolha com maior probabilidade de produzir decisões ótimas entre as partes em conflito. Especificamente, essa inovação atenuará o viés de disponibilidade, o viés de *status quo* e o erro de excesso de confiança que provavelmente levam a decisões abaixo do ideal para julgar em vez de mediar.

Os padrões são poderosos. Por causa do difundido e irracional viés do *status quo*, os Humanos selecionam padrões não necessariamente porque são ótimos, mas porque não requerem um ato afirmativo. Assim, quando uma alternativa se torna um padrão, os Humanos automaticamente se comportam de maneira diferente. Para ilustrar, Thaler e Sunstein examinam um estudo de 2003 sobre doação de órgãos (THALER; SUNSTEIN, 2009, p. 34). Os participantes foram convidados a imaginar que eles se mudaram recentemente para um novo estado. O primeiro grupo foi informado de que a lei estadual exigia que os residentes optassem por se tornarem doadores de órgãos. Os 42% optaram por se tornarem doadores de órgãos. O segundo grupo foi informado de que a lei estadual presumia que os residentes consentissem na doação de órgãos, a menos que eles optassem por sair do Estado. Surpreendentemente, 82% tornaram-se doadores de órgãos ao recusar a exclusão. Em ambos os cenários, tudo o que era necessário para aceitar ou recusar era o clique de um mouse de computador.

Uma troca de padrão é a melhor alternativa de arquitetura de escolha para decisões de resolução de disputas, pois neutraliza os vieses e erros que afligem as partes em conflito. Primeiro, conforme observado, quando a mediação se torna a escolha padrão, o viés do *status*

⁴⁷ O programa de ADR compulsório de Delaware para reclamações inferiores a US \$ 100.000 adotou recentemente esse incentivo de troca padrão. Antes dessa mudança - as partes tinham que escolher afirmativamente arbitragem ou mediação. Provavelmente devido ao erro de excesso de confiança e ao viés de disponibilidade, as partes escolheram esmagadoramente a arbitragem sobre a mediação. Tal como ocorre no Brasil. Mas agora a mediação é o processo padrão. Uma vez que essa nova política tenha a chance de criar raízes, as estatísticas sobre o uso de mediação devem fornecer um teste conveniente para a eficácia desse ajuste de arquitetura de escolha. (EDELMAN, 1984, p. 134-150).

quo funcionará a seu favor. As partes em conflito vão, sem pensar, mas otimamente, selecionar a mediação sobre a adjudicação simplesmente porque isso não exigirá um passo afirmativo. Em segundo lugar, a mediação como padrão atenuará o viés de disponibilidade à medida que as partes se familiarizam com a ideia de ir à mediação, em vez de judicializar. Em terceiro lugar, a mediação mitigará os efeitos do erro de excesso de confiança, pois orientará as partes para longe da adjudicação baseada em direitos e para a mediação baseada em interesses. As partes litigantes terão menos probabilidade de se engajar em cálculos errôneos sobre suas chances de sucesso na adjudicação se não considerarem a adjudicação como a principal arena para a resolução de disputas.

Os sistemas judiciais devem fornecer mediação como padrão de resolução de disputas para as partes mais afetadas por vieses e erros de decisão. Como demonstrado no exemplo de mapeamento supra, demandantes contumazes, como advogados especialistas, são mais capazes de mapear a relação entre a seleção de um determinado método de resolução de disputas e bem-estar final, a fim de superar vieses e erros. Por outro lado, as partes profissionais muitas vezes têm pouca capacidade de prever se a escolha do método de resolução de disputas atenderá às suas necessidades. Os casos de duplo lucro, portanto, parecem ser os mais maduros para um regime de mediação-como-padrão.

Este não é um movimento sem custos. Se a mediação substituir a adjudicação como um padrão de resolução de disputas para determinados casos, mudanças significativas serão necessárias no sistema judicial. Os tribunais precisarão de mais mediadores e mais espaço para as sessões. Mas também devemos ter em mente os custos inerentes em deixar a adjudicação como o método padrão de resolução de disputas. Como Thaler e Sunstein apontam, é impossível para o governo evitar a estruturação da escolha. A questão é se vamos impor os resultados abaixo do ideal da arquitetura de baixa escolha nos seres humanos individuais ou se nós, como sociedade, absorveremos os custos incidentais de estimular os seres humanos para decisões ótimas através de arquitetura de escolha mais cara.

4.5 OPORTUNIDADE DE MELHORAR A EFICÁCIA E A EFICIÊNCIA DAS INTERVENÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM CONTROVÉRSIA. OS CASES COMPORTAMENTAIS

Como uma das vias que oportunizam o estímulo para autocomposição de conflitos (art. 3º do CPC) em processo já judicializados nos Sistemas de Juizados, portanto de menor complexidade jurídica, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia tem apoiado, desde 2016, em

fase de laboratório, a realiação de Mediações na área fiscal, especialmente no que tange conflitos decorrentes de lançamentos de ITCMD e o IPVA.

Os casos aqui apresentados foram judicializados nos Juizados de Fazenda Pública de Salvador. Em tentativas de mediação pós ajuizamento para redução dos custos dos serviços jurídicos, além da real solução do conflito sem a interferência do juízo, os Autores das demandas aqui denominados Juliet e Jack foram convidados a mediar na Representação Fiscal da Procuradoria Geral do Estado da Bahia. A narrativa dos casos será acompanhada das soluções apresentadas, inferindo-se os vieses comportamentais e o estímulo dado pela nova arquitetura preordenada por reiteradas decisões judiciais, bem como a necessidade de resolução de conflito padrão da mediação para os casos.

Janet teve seu veículo clonado em 2013 e em razão disso teve imputada contra si notificações de trânsito e pontuações em sua carteira. Em julho de 2017 recebeu autorização do órgão de trânsito para troca de placa. Em dezembro do mesmo ano passou a ter novos problemas com notificações, inclusive em uma das autuações o carro novamente clonado foi detido com o condutor Antonio da Silva, porém liberado. Requer em juízo que liminarmente lhe seja liberado o pagamento do IPVA e Licenciamento anual do seu veículo sem as multas; seja novamente determinada a troca de placa; sejam os réus (Estado, Detran e Antônio) condenados a pagar danos morais.

Convidada à Sessão de Mediação com a Administração Pública, o Estado e o DETRAN concordaram com os pedidos da autora inclusive com atendimento em 48 horas. Ou seja, Janet teria troca de placa, a retirada dos pontos da carteira e a emissão dos boletos de pagamento do IPVA e Licenciamento sem as multas, sem custos pela troca da placa e o bloqueio de circulação do veículo clonado.

Porém Janet insistia que o Estado ali representado fizesse vir à nova sessão de mediação o Antônio da Silva, sendo-lhe explicado que considerando o fato da clonagem, ato criminoso aquela não seria a instância para tutelar aquele seu interesse (nem na mediação, ou no juízo por ela escolhido). Também lhe foi informado que o resultado da tutela judicial seria exatamente a mesma que a administração em ato revisional estaria provendo, só que meses após à referida sessão de mediação. Enfim, que o Juízo da Fazenda Pública também não teria competência para conduzir a questão criminal como era de seu desejo.

Restou evidente que Janet desejava a condução coercitiva do autor das clonagens muito mais que as soluções trazidas pela administração, embora estas resolvessem o seu problema. As mediadoras em validação de sentimento detectou o animo de vingança da própria autora, que insistia em afirmar que o resultado do processo judicial seria mais efetivo porque

levaria o autor das clonagens para cadeia e o Estado e DETRAN seriam penalizados pela demora na solução de seu problema.

No segundo caso, Jack alienou o veículo em 1999 sem a efetiva transferência no DUT e foi surpeendido por cobranças do Estado de IPVA em 2011, 2012 e 2013, pagando-as. Requer em juízo a devolução dos valores pagos, a transferência do bem para o proprietário atual, o bloqueio do veículo. Jack se fez acompanhar de advogada na sessão de mediação para colaboração nas alternativas de solução do conflito.

Neste caso, o contributo de advocacia das partes, traquejadas na mediação foi de grande importância para a resolução do conflito. Conhecendo das reiteradas decisões nos Juizados da Fazenda Pública, que em casos similares (i) não condena o Estado ou o DETRAN, bem como (ii) exclui da relação o adquirente, sob o argumento da falta de legitimidade de estar naquele juízo, , orientou bem a advogada do mediando, dentro deste “frame” estabelecido em reiteradas decisões, pela realização do acordo na mediação. O DETRAN transferiu o veículo para o atual proprietário do bem, conforme informado no processo judicial,, ao tempo em que Jack abriu mão da restituição de valores pagos a título de IPVA ao Estado (Fazenda Pública) nos períodos de 2011 a 2013.

Verifica-se da análise do primeiro caso que além da precária informação, Janet sucumbiu a todos os erros cognitivos decorrentes dos vieses comportamentais acima apresentados, a diponibilidade de optar por outra alternativa de solução, o excesso de confiança em que seria vencedora no processo judicial, a preferência pelo *status quo*.

Decerto Juliet teria muito mais vantagens na aceitação do que lhe foi ofertada na sessão de mediação e, neste caso, se fosse esta alternativa padronizada não haveria como hesitar na escolha. Apesar de toda arquitetura ter sido desenhada em seu favor ela não soube discernir como Econs, mas com o Humano, em face do seu rancor, emoção validade em sessão de mediação, em face da demora do Estado em resolver a questão da clonagem e punir o infrator. Em casos como o apresentado, verifica-se o valor da utilização da abordagem do paternalismo libertário na construção de uma arquitetura própria da administração pública com o estímulo comportamental adequado à melhor opção na solução de conflitos, para quem, assim como Janet, não se encontra na condição de escolha (por heurística ou erros cognitivos) este caso a mediação como método e opção padronizada seria ideal, de modo que pudesse, através do facilitadores/mediadores, se contruir para alcançar a melhor arquitetura para a escolha da Janet.

No caso Jack, além de muito bem informado e orientado dos desdobramentos na esfera judicial, a opção pela mediação proporcionou a resolução em menor tempo e satisfação do autor/mediando.

Repita-se, em face dos casos apresentados, uma troca de padrão é a melhor alternativa de arquitetura de escolha para decisões em resolução de disputas, pois neutraliza os vieses e erros que afligem as partes em conflito.

Diante dessa lógica é prioritária a mudança das crenças incutidas na sociedade para vencer a inércia provocada pelo problema coletivo. A solução não será a de incentivos nem punições, mas a constatação da necessidade de desenvolvimento de alternativas de regulação de comportamento não limitadas ao modelo do principal-agente. Em vez disso devem ser buscadas soluções propulsoras de mudanças na percepção dos cidadãos sobre a mediação.

O paternalismo libertário é caracterizado pela rejeição do sistema de regulação baseado no comando e controle, consistindo na formulação de políticas preservadoras da liberdade de escolha, embora tornem legítimo o exercício do poder de influência dos arquitetos de escolhas no comportamento das pessoas. Este paternalismo propõe a utilização dos “nudges”, expressão dos autores Thaler e Ssutein, ou seja, os estímulos de comportamento. Para os autores, os estímulos consistem em qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de alterar de maneira previsível a conduta humana, sem proibir nenhuma opção ou oferecer incentivos econômicos.

Assim as descobertas da economia comportamental podem ser vistas como oportunidade de melhorar a eficácia e a eficiência das intervenções do Estado, notadamente pela internalização da potencial irracionalidade do público afetado e, por esta razão, emerge o paternalismo libertário, enfim, conceituado pelos autores:

[...] nós sustentamos que o paternalismo libertário fornece a base para entender e repensar inúmeras áreas do direito contemporâneo, incluindo aqueles aspectos relacionados ao bem-estar do trabalhador, com a proteção ao consumidor e da família. Nossa ênfase é no fato de que, em muitos domínios, faltam às pessoas preferências claras, estáveis e bem ordenadas. O que elas escolhem é um produto dos efeitos do enquadramento, pontos de partidas e regras de *default* estando o preciso significado “preferências”, obscuro. (THALER; SUSTEIN, 2009, p. 254).

Ainda sobre o pragmatismo na tomada de decisão e o estudo da neurociência, acrescenta Wolkart (2018, p. 493):

De forma geral, identificamos que, nas discussões difíceis que normalmente antecedem a tomada de decisões jurídicas complexas e o desenho de políticas públicas, argumentos exclusivamente valorativos ou principiológicos são um passe livre intelectual, um atalho preguiçoso, instintivo, às vezes, autoritário, e, simplesmente, deixa de lado o que realmente importa: a realidade. Pessoas não vivem argumentos. Vivem a vida.

Quando se trata da busca do que é melhor para a sociedade, ao menos no que se refere ao desenho de políticas públicas, não há fórmulas mágicas. O aumento do bem-estar social e a utilização de métodos científicos teóricos e empíricos, todavia, são premissas inafastáveis.

5 DEIXAR DE FAZER MAIS DO MESMO - A JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUA APLICAÇÃO NA REDE INTERORGANIZACIONAL: UMA PROPOSTA DE EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA E DE DIREITOS HUMANOS

Temos afirmado na construção deste estudo, na linha dos autores com os quais dialogamos, que é preciso trabalhar o acesso à justiça como uma demanda universal, não restrita àqueles que dispõem de meios financeiros para reivindicar seus direitos, investigando, assim, as barreiras existentes para além da falta de recursos financeiros, que dizem respeito principalmente aos significados sociais construídos e à dificuldade de compreender um problema como um problema legal ou, ainda, compreender que alguns problemas não precisam se tornar uma demanda judicial. É preciso considerar o nível de (des)conhecimento de direitos e deveres e da linguagem de direitos. Daí porque, apesar de já existirem pesquisas que envolvam vitimização ou experiência com a justiça, como as documentadas no presente trabalho, é necessário incorporar a essas medidas outras dimensões como a disposição ou não de acessar a justiça, outros mecanismos de gestão e formas de solução dos conflitos, no âmbito civil e penal, além do conhecimento de direitos (e deveres).

Os processos de modernização econômica e social e as grandes transformações tecnológicas têm trazido novas formas de conflitividade social e quando normas são produzidas para sua regulação, estes conflitos se juridificam e aumentam a litigiosidade, crescendo em ritmo exponencial. Na maioria dos sistemas jurídicos atuais, esta é uma grande questão: problemas que geram conflitos e que são levados à solução adjudicada, ou seja, uma solução da modernidade (tratamento do conflito jurídico centrado nos sistemas formais de justiça de Estado; um sistema em que o Estado – juiz é o protagonista, nem tão pronto a dar solução ao conflito).

Nesse sistema existe um postulado. Cada conflito significa um caso judicial, o que se requer o aumento constantes de juízes e oferta de jurisdição. Se aumenta o número de juízes e se oferta mais jurisdição, a demora na conclusão dos casos diminui, contudo faz aumentar o volume de litigiosidade e o nível de satisfação novamente se torna difícil de alcançar. Este fenômeno ocorreu, por exemplo, quando os Juizados de Fazenda Pública foram criados com a consequente migração de processos destinados a ele oriundos das varas comuns, não obstante esta não tenha sofrido a tão esperada desjudicialização. Por conseguinte, Fazer Mais do Mesmo não alcança o objetivo principal de acesso à justiça.

Quando enfrentamos alhures o significado de justiça, de justo e de acesso à justiça pudemos verificar que não há uma precisa definição quanto aos dois primeiros, mesmo porque não existe uma linearidade filosófica, especialmente no que diz respeito à aplicação dos

conceitos relacionados ao tempo/espço vivido por quem os perscruta, contudo o acesso à justiça tem sofrido mutações conceituais, conforme se observa a linha evolutiva do Estado Absolutista em direção ao Estado Social Democrático, desta contemporaneidade.

Nos estados liberais dos século XVIII e XIX, o direito de obter proteção judicial significava o direito do indivíduo, porquanto embora o acesso à justiça constituísse um “direito natural”, estes não necessitavam de uma ação estatal para proteção, dado que anteriores ao Estado, apenas uma posição passiva do Estado. No sistema “*laissez faire*”, a justiça era obtida por quem pudesse arcar com seus custos, porquanto a igualdade entre indivíduos era apenas formal, não material.

A partir da luta dos movimentos sociais, a exigir reflexões sobre a visão individualista dos direitos e reafirmações refletidas nas “declarações dos direitos”, típicas daqueles séculos, o movimento voltou-se para o reconhecimento dos direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos, assim é na esteira do que propõe Cappelletti e Garth (2002, p. 4-5):

Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição francesa de 1946, são antes de tudo os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito aos acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. [...] 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 mais além dos tribunais e utilizar os 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 estado pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.** (grifos nossos)

De acordo com Fabiana de Oliveira e Luciana Cunha, sob aporte teórico de Albiston e Sandefur, argumentam que é preciso deixar de pensar políticas públicas de acesso à justiça como políticas de combate à pobreza unicamente, e voltar o olhar para a sociedade como um todo, visando entender como as pessoas pensam e agem sobre suas experiências potencialmente judicializáveis, enquadrando o acesso à justiça como uma questão universal, em vez de uma preocupação limitada a grupos estigmatizados (excluídos ou hipossuficientes).

Segundo as articulistas, esses autores defendem que a investigação dos determinantes das barreiras de acesso deve considerar não apenas variáveis socioeconômicas,

mas também os significados sociais construídos em torno da reivindicação de direitos, como a identidade estigmatizada dos requerentes ou a dificuldade de compreender um conflito como um problema legal, passível de solução jurídica. (OLIVEIRA; CUNHA, 2016, p. 324).

Ainda sobre a mensuração do acesso à Justiça no Brasil, as ditas autoras, apoiando-se em Junqueira na obra “Acesso à justiça: um olhar retrospectivo”, classifica as pesquisas sobre o tema, acesso à justiça no Brasil em dois eixos: o que enfoca o acesso coletivo à justiça, no início da década de 1980, e o que investiga formas estatais, não estatais e mecanismos informais de resolução de conflitos individuais, sobretudo a partir da instalação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas em meados da década de 1980. Junqueira (1996, p. 389-402) afirma que o campo de estudos de acesso à justiça nasce no país com a preocupação de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso tanto em função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como em razão da histórica marginalização socioeconômica dos setores subalternizados e da exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós 64.

Eliane Junqueira (1996)⁴⁸ referencia Boaventura de Sousa Santos, quando este tratou das dificuldades de acesso à justiça enfrentadas por moradores da favela carioca do Jacarezinho, destacando o fato de que essas dificuldades levavam à existência de uma pluralidade normativa, com as regras de um direito local (informal) convivendo com o direito estatal (formal) na maneira como os moradores resolviam seus conflitos.

Não por outra razão, uma nova onda de acessibilidade à justiça, retoma na década de setenta nos Estados Unidos, através dos tribunais multiportas e, no Brasil, a partir da década de noventa como reflexo dos impulsos sociais, que inspiram a Magna Carta e que, por sua vez espalha em todo sistema jurídico, estimulando alterações legislativas voltadas ao acesso à justiça pela Arbitragem (Lei 9.307/96), Resolução CNJ (125/2010), Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e nova Lei de Arbitragem (13.129/2015).

Mauro Capelletti e Bryant Garth (1988, p. 30) fala de esforços impactantes para incremento do acesso à justiça nos países ocidentais, em ondas, a primeira onda da assistência judiciária aos pobres; a segunda onda de representação de interesses difusos (de interesses coletivos ou grupais diversos daqueles dos pobres, com foco sobre o papel dos tribunais e reflexões sobre noções básicas do processo civil, visto como processo de interesses individuais) e a terceira onda sobre uma concepção mais ampla de acesso à justiça, e o que tange ao enfoque

⁴⁸ JUNQUEIRA, E. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996.

o ministro destaca os métodos alternativos para decidir causas judiciais, o juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos – este último apenas o autor que não aceite uma proposta de conciliação oferecida à Corte pela outra parte, quando, após o julgamento, se comprove ter sido razoável essa proposta. A penalidade é o pagamento pelo autor dos custos de ambas as partes.

Sob este aspecto, da moderna processualística a afirmar os direitos humanos, especialmente no que tange à esfera criminal surge o movimento da Justiça Restaurativa que amplia o espectro de análise do evento, para identificar as necessidades geradas pelo crime e os papéis dos envolvidos evento lesivo, para além do Estado e do ofensor, incluindo até mesmo, os membros da comunidade.

O modelo pelo qual sempre se conduziu a lógica do direito criminal; o sistema penal a partir deste mecanismo agiu para produzir mais e mais ações penais em resposta ao anseio popular de reparação do dano. Ocorre que isto se perfaz à luz de uma lógica perversa, quando a justiça criminal não corresponde aos anseios sociais, porquanto produzem mais violência. Em resumo, os serviços do sistema de justiça criminal estão centrados nos ofensores e no castigo correspondente ao ato lesivo praticado.

O volume de demandas da justiça criminal e das falhas do sistema prisional, caótico, pelo não atingimento de seus princípios de ressocialização, diante do qual aprisionados, condenados ou não, estão sujeitos à sua própria sorte, olvidam-se princípios caros ao Estado Social Democrático, a exemplo da dignidade da pessoa humana e da duração razoável do processo, este tão bem reproduzido na máxima de Einstein quando traduz a relatividade, para compreender a verdadeira pena processual, que encerra a demora indevida:

[...] quando um homem se senta ao lado de uma moça bonita, durante uma hora, tem a impressão de que passou apenas um minuto. Deixe-o sentar-se sobre um fogão quente durante um minuto somente – e esse minuto lhe parecerá mais comprido que uma hora. Isso é relatividade. (EINSTEIN, 2002, p.100).

Esse é o tempo no processo irrazoável do processo no Brasil, não somente o penal: tempo sentado na chapa quente do fogão.

A Justiça Restaurativa, como proposta de novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime, surge com um olhar diferenciado nesta seara do direito. Em oportunidade de assinatura do Protocolo de Cooperação para Difusão da Justiça Restaurativa, Ricardo

Lewandowski⁴⁹ asseverou que a transição entre os séculos XX e XXI propugnada por Norberto Bobbio em “A era dos direitos”, o mundo passou a viver com o Poder Judiciário assumindo papel fundamental. Ele lembrou que o século XIX, com o triunfo das revoluções liberais, foi o século do Poder Legislativo, “o grande órgão de expressão da vontade do povo”. Já no século XX, acrescentou, em função das revoluções e das guerras, o Poder Executivo se tornou o mais apto a enfrentar os grandes desafios da época. “Mas o século XXI é o século do Poder Judiciário”.

Data venia, é mister asseverar alguns contornos da melhor processualística à fala do Ministro para imprimir a ideia de que o século XXI é o século do acesso à justiça, inobstante não se olvidar a importância de se prestar a melhor e mais efetiva jurisdição por nossos tribunais, esta não é a única forma de acesso à justiça, como veremos e estamos a vivenciar através das experiências adiante relatadas e que fomentam a efetivação das garantias fundamentais, a proteção e validação dos direitos humanos.

Em funcionamento há cerca de 10 anos no Brasil, a prática da Justiça Restaurativa tem se expandido pelo país. Conhecida como uma técnica de solução de conflitos que prima pela criatividade e sensibilidade na escuta das vítimas e dos ofensores, tem iniciativas cada vez mais diversificadas e já coleciona resultados positivos.

Em São Paulo e Rio de Janeiro, a Justiça Restaurativa tem sido utilizada em dezenas de escolas públicas e privadas, auxiliando na prevenção e na diminuição do agravamento de conflitos. No Rio Grande do Sul, juízes aplicam o método para auxiliar nas medidas socioeducativas cumpridas por adolescentes em conflito com a lei, conseguindo recuperar para a sociedade jovens que estavam cada vez mais entregues ao caminho do crime. No Distrito Federal, o Programa Justiça Restaurativa é utilizado em crimes de pequeno e médio potencial ofensivo, além dos casos de violência doméstica. Na Bahia e no Maranhão, o método tem solucionado os crimes de pequeno potencial ofensivo, sem a necessidade de prosseguir com processos judiciais.

Contudo, o método se torna muito mais expressivo, em termos de resultados quando a Justiça Restaurativa é utilizada na porta de entrada de conflito sociais, ou seja em delegacias e nas escolas. Este é o modelo que bem integrado a uma rede interorganizacional, resultará em redução de demandas judiciais criminais, consoante se indicará das pesquisas sobre o Programa

⁴⁹ Cf. CNJ. **O século XXI marca a era dos direitos e do poder judiciário afirma Ricardo Lewandowski.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61987-o-seculo-xxi-marca-a-era-dos-direitos-e-do-poder-judiciario-afirma-ricardo-lewandowski> Acesso em: 30 maio 2019.

Mediar e demais soluções ora descritas, cujas modelagens podem ser absorvidas pela Rede Interorganizacional, proposta neste estudo.

5.1 PROGRAMA MEDIAR. POTENCIALIDADE DE REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

O Programa Mediar desenvolvido pela Polícia Civil do Estado do Rio grande do Sul (RS) tem como premissa a justiça restaurativa, seguindo orientação da ONU de sua aplicação pelas Autoridades Policiais. Os registros de ocorrências policiais daquele Estado, em 2016 alcançaram 1.418.864 (um milhão quatrocentos e dezoito mil, oitocentos e sessenta e quatro), sendo que 511.487 (quinhentos e onze mil, quatrocentos e oitenta e sete) eram casos passíveis de mediação dos conflitos⁵⁰.

A Resolução ONU 2002/2012, na 37^a Plenária estimula os Estados Membros a implementarem programas de justiça restaurativa na área criminal, entendendo esta como resposta ao crime, protagonizando as partes afetadas pelo crime e não o Estado persecutor ou julgador, de modo a respeitar a dignidade e igualdade entre as pessoas na medida em que promove a harmonia social quando propõe a restauração das vítimas, ofensores e comunidades, colocando em evidência a dignidade e a igualdade entre as pessoas⁵¹.

Segundo a Resolução da ONU, totalmente conforme com o direito pátrio, a vítima e o ofensor não podem ser compelidos a participar do processo restaurativo ou aceitar os resultados do processo, e nesse sentido os facilitadores atuam de forma imparcial com respeito à dignidade das partes. Às parte também têm direito à assistência jurídica no processo restaurativo⁵².

São marcos legais do Projeto Mediar, a Resolução 125/2010 e a 225/2016 do CNJ, esta última dispondo especificamente sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa do Poder Judiciário; a Portaria 168/2014 da Polícia Civil do Rio Grande do Sul (RS) que implementa o projeto piloto na cidade de Canoas (2013) e o transforma em Programa Institucional da Polícia Civil – Programa Mediar; e a Resolução 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público que institui a política de igual teor, elevando a negociação como método de Justiça Restaurativa

⁵⁰ DEFFENTE, Sabrina. **Publicação eletrônica** (mensagem pessoal). Mensagem recebida por csg1717@gmail.com, em 26 mai. 2019.

⁵¹ DEFFENTE, Sabrina. **Publicação eletrônica** (mensagem pessoal). Mensagem recebida por csg1717@gmail.com, em 26 mai. 2019.

⁵² DEFFENTE, Sabrina. **Publicação eletrônica** (mensagem pessoal). Mensagem recebida por csg1717@gmail.com, em 26 mai. 2019.

para controvérsias que aquela Instituição possa atuar como parte da defesa de direitos da sociedade, em razão de sua condição⁵³.

5.2 CENTRO DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Ainda no calor do novo arcabouço legislativo, que incentiva a adoção de métodos autocompositivos pela Administração Pública, o Estado do Rio Grande do Sul editou, no final do ano de 2015, a Lei Estadual nº 14.794/2015, que criou o Sistema Administrativo de Conciliação e Mediação. O artigo 4º deste diploma normativo prevê que a regulamentação e o funcionamento do Sistema ficam ao encargo da Procuradoria-Geral do Estado. Dessa forma, no ano seguinte, o Procurador-Geral do Estado editou a Resolução nº 112/2016, de 14 de dezembro de 2016, a qual regulamenta o funcionamento do Centro de Conciliação e Mediação⁵⁴.

O Centro de Conciliação e Mediação do Estado do Rio Grande do Sul foi inaugurado em 13 de dezembro de 2016. É o primeiro Estado na Federação a ter uma Câmara formalmente instalada e a adotá-la como uma política pública permanente. O Centro é o meio para solucionar controvérsias variadas que envolvam o Estado. As partes participam de sessões agendadas com o objetivo de resolver questões administrativamente, evitando o ingresso de ação na Justiça ou pondo fim a processo judicial já em curso. (PGE, 2017).

O Centro de Conciliação e Mediação do Estado do Rio Grande do Sul (RS) foi criado como determinam o artigo 174, do Código de Processo Civil, e o artigo 32, da Lei de Mediação nº 13.140/2015. O Centro é, em resumo, uma câmara administrativa de solução e prevenção de conflitos que envolve a Administração direta e indireta do Estado do Rio Grande do Sul⁵⁵.

O centro funciona em proteção a direitos da sociedade, quando atua preventivamente e como órgão que busca solucionar conflitos gerados pela administração pública ou contra ela demandados, portanto o Centro de Conciliação tem como competência desde a “fiscalização de produtos fatiados em mercados, até a regularização do terreno onde está sediado o Clube Farrapos” acrescenta a Procuradora que está à frente do Programa, bem como está à disposição para solução de conflitos indicados pelos advogados públicos, quando estes percebem o alto grau de autocomposição reparabilidade das relações entre as partes envolvidas no conflito postos à sua análise” (PGE, 2017).

⁵³DEFFENTE, Sabrina. **Publicação eletrônica** (mensagem pessoal). Mensagem recebida por csg1717@gmail.com, em 26 mai. 2019.

⁵⁴EIDT, Elisa Berton. **Publicação eletrônica** (mensagem pessoal). Mensagem recebida por csg1717@gmail.com, em 09 jun. 2019.

⁵⁵EIDT, Elisa Berton. **Publicação eletrônica** (mensagem pessoal). Mensagem recebida por csg1717@gmail.com, em 09 jun. 2019.

Insta salientar que esta é uma nova era para as relações entre sociedade e Estado, diante da qual o binômio autoridade e subordinação dá lugar à mecanismos de tutela e garantia dos cidadãos perante o poder, discurso presente no campo de batalha do direito administrativo moderno, aqui muito se adequando a fala da administrativista Odete Medauar (2003, p. 211), quando assevera a importância do consensualismo calcado na colaboração entre poder público e sociedade na construção de soluções voltadas a resolução dos conflitos da administração:

A atividade de consenso-negociação entre o Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do **interesse público**; a **discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões**. A administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A administração passa a **ter atividade de mediação** para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre **um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos**. Passa a ter relevo o momento de consenso e da participação.

Nesse sentido, em situação posta à exame do referenciado Centro de Conciliação, quando suposto dano à coletividade foi causado por comentário de um integrante do programa “Atualidades Pampa” dando margem a interpretações de cunho racista e, “por iniciativa da Comissão de Direitos Humanos da PGE-RS, o assunto foi levado ao Centro de Conciliação e Mediação e proposto o diálogo para resolver administrativamente a questão” (PGE, 2017), firmou-se um Termo de Ajustamento de Conduta para reparar extrajudicialmente dano a coletividade.

Em 23 de Fevereiro de 2017, a PGE-RS e a Rede de Televisão Pampa assinaram Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) para veiculação de uma campanha institucional abordando temas relacionados a Direitos Humanos, notadamente contra o racismo. Consoante o Termo firmado, a Rede Pampa obriga-se “a produzir e divulgar os vídeos da campanha institucional durante 12 meses”, com auxílio da Comissão de Direitos Humanos da PGE no levantamento de conteúdo para produção (PGE, 2017).

5.3 DIÁLOGO NAS ESCOLAS. SUA FALA MUDARÁ SEU MUNDO. O PAPEL DA LINGUAGEM E DA EDUCAÇÃO NAS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS

No III Fórum Nacional de Mediação e Arbitragem, ocorrido em Porto Alegre, Brasil (2018), evento que ocorre todos os anos e que tem como foco a discussão do uso destes mecanismos na Administração Pública, figurou dentre as palestrantes a Dra. Cristina Lobato, a

demonstrar o seu trabalho em mediação escolar no Rio de Janeiro, em escolas públicas, utilizando técnicas da Comunicação Não Violenta.

Segundo ela, as escolas desempenham historicamente função disciplinadora e de controle (PANIAGO, 2013, p. 68-77) e quando pensamos que pouco mudou nas instituições de ensino mais tradicionais desde o modelo surgido no século XIX com a Revolução Industrial, isso evidencia o quanto ainda há para alinhar de ponto onde estamos e para onde nós queremos ir.

Alguns caminhos foram estimulados pelo legislativo brasileiro quando em 2015 foi publicada a Lei de Medicação (Lei nº 13.140) e instituído o Programa de Combate à Intimidação Sistemática, mais conhecido como Bullying, em todo o território nacional (Lei nº 13.185) e em 2018 foi incluída entre as atribuições das escolas a promoção da cultura da paz e medidas de conscientização, prevenção e combate a diversos tipos de violência (Lei nº 13.663).

A narrativa que se segue é do case enfrentado pela Dra. Cristina Lobato (*apud* BASSO, 2017). A escola é “uma espécie de caixa de ressonância das turbulências sociais que ocorrem nos diferentes meios sociais de onde procedem seus integrantes” e isso ficou evidente em 2015 quando “presenciamos o movimento social nacional da juventude secundarista brasileira com as ocupações de escolas”.

No Rio de Janeiro, as ocupações ocorreram entre maio e outubro de 2016, tendo origem no apoio à greve docente e nas críticas aos gastos dos governos estadual e municipal com os chamados megaeventos da Copa do Mundo de Futebol de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016. (PINHEIRO, 2017, p. 265-283).

Em julho do ano de 2016 foi realizado um evento que reuniu profissionais da educação no auditório do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para o lançamento da cartilha “A Justiça Restaurativa no Ambiente Escolar” pelo Centro de Apoio Operacional de Educação, pelo antigo Grupo de Mediação e Resolução de Conflitos, hoje CEMEAR - MPRJ, e convidados e a Dra. Cristina foi convidada a mediar uma situação de ocupação escolar, onde estruturou com um grupo que desenvolve atividades na área da educação e da cultura de paz, um cronograma de palestras sobre os temas da Mediação, e Comunicação Não-Violenta.

Na escola, ouvindo a diretora e discentes do Grêmio Estudantil, percebeu que as necessidades eram outras. A escola estava dividida entre educandos a favor e contra à ocupação. A primeira ideia foi realizar uma mediação de conflitos entre estudantes que estivessem com as questões mais vivas. “Todavia, entendemos que seria uma boa oportunidade fortalecer o relacionamento e a convivência escolar por meio da Justiça Restaurativa”.

Essa tomada de decisão envolve a compreensão de que quem atua na facilitação de diálogo está em constante estudo e aprendizado para manejar as diferentes metodologias, técnicas e ferramentas no momento mais adequado para cada pessoa no seu contexto.

Assim, decidimos realizar um primeiro encontro utilizando a metodologia dos processos circulares da Kay Pranis para ouvir o que tinham para compartilhar com a seguinte chamada: vamos construir a escola que queremos? Eis o relato de Lobato para este trabalho, também publicado no livro “Mediação Conflitos na Prática”:

Chegamos na escola e fomos recebidas por estudantes que nos ajudaram a arrumar a sala destinada para a atividade: colocar as cadeiras em círculo e esclarecemos a importância de não ter mesa no centro, para não haver nenhum bloqueio na comunicação entre as pessoas presentes. O formato circular permite que todos sejam vistos e haja um convite ao respeito à presença e dignidade de cada participante. No chão, como peça de centro colocamos objetos que simbolizavam algo representativo para nós duas, como um tecido colorido, elementos fazendo referência à natureza e livros. Percebemos nesse primeiro encontro a maior participação de pessoas favoráveis à ocupação, havia uma certa tensão com relação àquelas contrárias quando manifestavam essa posição, mas foi um encontro para esclarecer nosso objetivo de oferecer um espaço para diálogo no ambiente escolar, cuidando do sigilo com relação aos temas abordados ali. Nessa oportunidade perguntamos aos participantes sobre valores, o que era importante que acontecesse no encontro para que todos pudessem participar de forma plena. Esse é um dos cuidados do processo circular: criar um senso de corresponsabilidade pelo ambiente construído. No segundo encontro, todavia, já havia um número mais equilibrado de favoráveis e desfavoráveis à ocupação, pois a nossa atividade estava inserida em um dia de encontros com diversas pessoas convidadas. Discentes contra à ocupação sentiram-se mais à vontade para compartilhar suas questões, foram ouvidos com respeito e ao final perguntamos se desejavam continuar com a atividade e disseram que sim. Agendamos mais um encontro, quando tivemos a informação de que a ocupação pelos discentes havia sido encerrada, mas optamos por manter a data e fomos à escola. Realizamos, sem termos nos preparado isso, um círculo de celebração, um encontro para marcar o encerramento da desocupação, celebrar o que foi vivido e os aprendizados. Assim, tivemos a oportunidade de ouvir relatos muito emocionantes de adolescentes que vivenciaram nos meses de ocupação uma experiência comunitária de cuidado. Assumiram a corresponsabilidade pela alimentação, pela limpeza, pelos processos de tomada de decisão, gestão de forma geral da escola e das pessoas. Houve um relato em especial que me marcou: um jovem de 17 anos se apresentou como um dos “alunos problemas” da escola e disse que pela primeira vez soube o que é o sentido de casa, de lar. Esclareceu que viveu ali naquele período de ocupação a experiência de cuidado mútuo, fortalecendo vínculo com o lugar e com as pessoas. A potência desse encontro foi reflexo da honestidade e da abertura de cada participante, evidenciando a importâncias de mais espaços para diálogo nas escolas. (LOBATO, 2020, no prelo).

Verifica-se na narrativa que a abordagem destaca a legitimação e a construção do consenso (isto como objetivo da deliberação) sobre bens comuns, e reforça, sobremaneira a ética da justiça e dos direitos, realçando o que mais se exige da democracia deliberativa, o fato de que as partes oponentes ofereçam e estejam abertas a razões e se respeitem mutuamente, ou seja, que mobilizem o seu poder comunicativo.

Isto significa que se pode viver em discordância moral de um modo moralmente construtivo e, ainda que é possível aproveitar os efeitos transformadores da discussão para aprofundar a nossa compreensão das escolhas políticas e para reconhecermos a legitimidade das reivindicações do outro.

No caso da ocupação das escolas e objetivando alcançar o efeito transformador da discussão, as ferramentas dos processos circulares, da metodologia dos Círculos de Construção de Paz da Kay Pranis⁵⁶, exercitam a escuta ativa e a empatia, de modo que o próprio facilitador se encontra, também, em construção do aprendizado.

Em se tratando, especificamente dos direitos humanos, se estes se encontram sob o guarda-chuva de uma democracia deliberativa, neste enquadramento, esta tende a criar uma cidadania educada e comprometida com as políticas consensualmente construídas, o que, em princípio, levará a uma sociedade mais forte e protetora dos direitos.

Depois, se a virtude da democracia deliberativa tem a ver com o poder transformar os interesses e as preferências individuais, através da deliberação coletiva, em algo socialmente, e moralmente, mais de acordo com o bem da sociedade, quem fica a ganhar são os direitos; finalmente, porque a deliberação é a chave da aceitação do outro e do respeito pelo outro.

De acordo com a necessidade (veja que foi a primeira constatação da Dra. Cristina ao se deparar com os dois grupos polarizados, entender a necessidade) e objetivo de cada encontro é possível fazer um tipo de círculo diferente: diálogo, sensibilização, cuidado, construção de senso comunitário, resolução de conflitos, celebração etc.

Os casos das Práticas Restaurativas são mais complexos, pois incluem não somente as pessoas envolvidas no fato danoso, mas também a comunidade, seja por meio da rede de garantias de direitos – assistência social, saúde, escola, etc –, seja por meio da rede de pertinência – parentes, amigos, vizinhos e pessoas indiretamente envolvidas. São espaços onde as pessoas compartilham sobre as repercussões do conflito em suas vidas.

O ato de compartilhar histórias permite que pessoas que tenham vivenciado situação de conflito possam expressar sobre suas necessidades e vivenciar outra experiência de

⁵⁶ Sobre a metodologia, é composta por elementos-chave: cerimônia de abertura e de fechamento - são atividades de centramento intencional para criar experiências conscientes e com intenção compartilhada; objeto da palavra (bastão de fala) – conduz o fluxo de fala durante o encontro de forma sequencial, somente quem está com o objeto fala, mas se não quiser, pode passar; facilitação – são as pessoas que apoiam o grupo a criar e manter espaço coletivo que seja seguro para a auto expressão, estimulam a participação por meio de perguntas e podem excepcionalmente intervir para cuidar da qualidade de interação; orientações - são os lembretes de como as pessoas desejam passar esse tempo juntas; processo decisório consensual – as decisões são baseadas no consenso, isto é, na possibilidade de encontrar pontos de convergências e conviver com as divergências.

justiça, com um processo que se faz em comunidade, propiciando o resgate de sua própria dignidade. De acordo com Zehr (2008, p. 180), “a justiça começa nas necessidades”.

A linguagem, portanto, que ancora essa mudança de paradigma é a Comunicação Não-Violenta- CNV, sistematizada pelo norte-americano Marshall Rosenberg (2019, online, posição 2669) que traz duas principais perguntas: “o que está vivo em nós? O que podemos fazer para tonar a vida mais maravilhosa?”.

Como visto pelo relato é perfeitamente possível que para a efetivação de direitos humanos dentro de uma realidade de subsistema, como a comunidade escolar requer uma gestão democrática, com diálogo franco sobre as ações educacionais participativa e pronta a utilização de mecanismos de solução de conflitos que perscrutem as necessidades, onde o uso da linguagem CNV possa ser fundamental no processo formativo, político e pedagógico ante os sujeitos da comunidade escolar.

5.4 A OUVIDORIA COMO ESPAÇO DE TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS

O caso apresentado tem como *locus*, a Universidade Federal do Oeste da Bahia - UFOB, no âmbito da utilização de metodologias auto compositivas de transformação de conflitos pela Ouvidoria e que a demonstra a redução da litigiosidade e a prevenção de situação de violência, além dos impactos na gestão institucional, a partir da teoria do agir comunicativo de Habermas e ensinamentos de Warat sobre a resolução consensual de conflitos.

A ouvidoria universitária cumpre um papel de gestão democrática, nem sempre fácil em um contexto marcadamente heterogêneo, na medida em que possuem a capacidade de identificar questões de injustiças sociais, desempenho e relações institucionais. O discurso e as formas de argumentação são os melhores meios para a promoção da consensualidade dos sujeitos e da linguística, seguindo a linha habemasiana adotada no trabalho ora relatado nos canais institucionais, a exemplo das ouvidorias públicas, viabilizadores da comunicação social, para além do espaço judicial. Assegura Victoria Borja (2020, no prelo), “Pensar a gestão de conflitos públicos fora das estruturas judiciais tradicionais é um primeiro passo para motivação de solução extrajudiciais e concretização de possibilidades de justiça administrativa.”

O trabalho realizado na Ouvidoria da UFOB durante o ano 2017, com 209 manifestações respondidas em tempo médio de até 15 dias (denúncias- 37,8; Elogio 1,0; Reclamação 13,3; Solicitação 7,7; Sugestão 15,1), frisando que nos casos de denúncias quando comunicada a prática de ato ilícito, cuja solução demande atuação de órgão de controle interno

e externo, pela gravidade constatada, a providência é o convite das partes envolvidas, para manifestação *in limine* da situação narrada.

A atuação diferenciada da Ouvidoria da UFOB se concentra em demandas nas quais são identificadas questões de convívio, necessidades de diálogo, pontos ou opiniões controvertidas, ou seja, uma vez identificada a natureza do conflito, opta pela via transformadora da comunicação. Portanto controvérsias de gênero, dissonância entre setores, servidores, ou entre estes e o alunado, questões que expressem a necessidade de efetivação dos direitos humanos no espaço acadêmico, a Ouvidoria da UFOB propõe a gestão da disputa respaldada na autocomposição, em substituição aos processos de sindicância e processos administrativos disciplinares.

Marodin e Breitman - autoras comentadas por Silveira e Ferraz (2018, p. 192-211) quando tratam do conflito sob a perspectiva do desenvolvimento humano - abordam o conflito inerente aos processos de desenvolvimento humano como dinâmico, como parte da vida e que pode tornar-se saudável ou doentio de conformidade como for conduzido.

Aduzem as autoras que o conflito pode ser: no indivíduo, denominado intrapsíquico; entre indivíduos, interpessoal e entre grupos, intergruparal.

Como dito alhures, o conflito possui uma natureza endêmica e o desafio para o nosso século é conseguirmos continuar a viver juntos. No entanto, tomando o diálogo como base dos conflitos A aposta no diálogo é a melhor opção para tratar de realidades conflitantes, seja no plano interno ou internacional.

Na procura de resolução dos conflitos interpessoais, e que envolve a relação com o outro - alteridade - quanto maior a abrangência das possibilidades, mais valorizada será a pessoa em seu contexto, os casos relatados, o ambiente que envolve a administração pública. Tendo em mente que é sempre em virtude da complexidade das relações humanas que o conflito se manifesta, pode este tornar-se um fator de crescimento ou de paralisação dos indivíduos, dependendo de como será gerido.

O que se percebe dos casos apresentados que há sempre uma análise prévia da natureza do conflito posto à solução pacificada, sempre em busca da dignidade humana e utilizando-se do ferramental da justiça restaurativa ou da mediação, o que de fato, não cria ainda o impeditivo da escolha em judicializar, porquanto esta via ainda é muito expressiva e presente culturalmente no país, embora o acesso à justiça permita a escolha multidoors. Assim, ainda, é legítimo concluir que a efetividade dos direitos humanos depende, e em grande medida, da atuação do Poder Judiciário.

Com o propósito de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e liberdades da pessoa, a Assembleia-Geral das Nações Unidas (em 1966) editou dois pactos internacionais: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991 e o n. 592, de 6 de dezembro de 1992, do Brasil, ratificaram tais pactos foram ratificados tornando-se imperativos o conteúdo conciliatório dos pactos, cujos objetos um de direito individual e outro econômico social para conjugar a indivisibilidade dos direitos humanos comum dos dois. Esta restou reafirmada pela Declaração e Programa de Ação de Viena sobre Direitos Humanos de 1993, que, em seu art. 5º, previu: Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.

Sobre tal questão a considerar os Direitos Humanos globalmente e de forma justa o destaque para os eixos inseridos que guardam relação direta, segundo Piovesan (2010, p. 104) com a efetividade dos direitos humanos no âmbito do Poder Judiciário. São eles: a) acesso à Justiça; b) independência judicial; c) prestação jurisdicional efetiva.

6 MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS – MASC

Lederach (2007, p. 18) apresenta a teoria da transformação do conflito a partir da compreensão da complexidade dos conflitos, que é algo próprio do conflito e que merece o reconhecimento exploratório do seu contexto relacional (situações que envolvem o problema, fatores político, econômico, social, etc.) para estabelecendo o diálogo encontrar a pacificação.

Para tanto, o autor debruça-se em técnicas específicas de modo a diferenciar o episódio do epicentro. O episódio, segundo ele, é a parte mais superficial do problema, ao passo que o epicentro, o que não se vê, mas onde reside a complexidade.

Na resolução do conflito questiona-se como encerrar algo que não se deseja; o foco é na discussão sobre o conteúdo dos conflitos, para encontrar um acordo para a solução atual que gera o conflito, ou seja, horizonte em curto prazo. No processo de transformação, perquire-se como pode se por fim a algo destrutivo e construir algo desejável, centrando-se nas relações com propósitos de promover mudanças construtivas e inclusivas, não limitados à soluções imediatas; o horizonte é a médio e longo prazo, sendo o conflito uma dinâmica necessária para uma mudança construtiva. (SALES, 2010, p. 27).

Por essa premissa resolver não é suficiente, mas transformar. O principal objeto da transformação do conflito é gerar opções criativas, reduzir a violência e aumentar a justiça.

Em edição publicada pela Universidade de Oxford, Susskind e Cruikshank (2006, p. 20-22), propõem a teoria da construção do consenso, ideal para processos multipartes e que estabelece seis pressupostos fundamentais: 1) a representatividade dos grupos – nas tomadas de decisão que envolvam grupos representados, necessária a clareza sobre a responsabilidade para com seus representados; 2) o diálogo só inicia quando todas as pessoas se identificam, estabelecem as regras guias da conversação e criam o cronograma; 3) coleta de informações se dará sobre o conflito que o grupo entenda confiável (embora interpretem aquele conflito de forma diversa); 4) os grupos devem encontrar soluções que permitam a todos vivenciar uma situação melhor do que não tivessem encontrado essa solução; 5) se as pessoas envolvidas no diálogo representam outras pessoas o esboço do acordo deve ser avaliado pelos mandatários; 6) os grupos devem “pensar à frente” buscando prevenir obstáculos futuros na implementação das decisões.

Nesta linha, a teoria da construção do consenso elege como premissas: o reconhecimento das diferenças, a possibilidade de manter-se em desacordo, a proposta do diálogo colaborativo, a metodologia de inclusão, a percepção e distinção das posições, os interesses e valores.

Necessário detalhar mais um pouco sobre as premissas para a construção do consenso, seguindo o ensinamento da professora cearense.

Somente a partir do reconhecimento das diferenças pode se conhecer o grau de importância de cada indivíduo envolvido no processo do conflito.

Partindo da premissa do reconhecimento das diferenças outra se forma que é o fato de discordância sobre o fato, cada uma externa o seu ponto de vista ou sobre determinada ação governamental, exatamente porque cada um possui percepções distintas. Outras pessoas podem não concordar com o que é decidido pelo grupo, mas podem tolerar e conviver com a decisão e, mais ainda, uma pessoa pode perceber que a decisão não está conforme os seus ideais, mas compreendem diante de uma determinada situação, ser a única possível, assim se desenha a segunda premissa, que em suma, é a possibilidade de manter-se em desacordo. (SUSSKIND; CRUIKSHANK, 2006, p. 91).

Na construção do consenso evita-se o diálogo da competição para se estabelecer o diálogo da cooperação. O diálogo cooperativo inclui os interesses e valores de todos e a decisão é participativa. “A participação do facilitador desse diálogo é fundamental para que a comunicação transcorra para diminuir o sentimento adversarial, para o encontro de possíveis interesses em comum.” (SUSSKIND; CRUIKSHANK, 2006, p. 91).

Na construção do consenso, a proposta de inclusão é possível a partir da valorização de todos os participantes, em suma, a premissa da metodologia da inclusão. “A votação ou a persuasão não são práticas que incluem. Na votação, quem não faz parte do grupo com maior número de pessoas, torna-se vencido. Um ganha outro perde. Na persuasão um grupo ou pessoa com maior facilidade de argumentar convence o outro. Uma liderança, na construção do consenso, ganha poder quando confere a outro poder. Quanto maior o número de pessoas e o grau de participação mais legítimo se mostra o processo de construção do consenso” (SUSSKIND; CRUIKSHANK, 2006, p. 93).

Administrar bem um conflito significa uma boa observação sobre as posições, os interesses e os valores que circundam o problema. Encontrar uma solução que satisfaça todas as partes ou grupos envolvidos no conflito, passa necessariamente pela distinção desses três aspectos.

As posições referem-se à expressão mais latente do problema, “o que eu quero”; Os interesses são os motivos que fazem com que se queira algo, “porque eu quero”; e, os valores são os justificadores de se querer algo e que identificados irão gerar opções de solução, qual a importância disto para mim. (SUSSKIND; CRUIKSHANK, 2006, p.92).

Conhecidas as premissas pode-se dizer que a construção do consenso é indicada para processos que envolvam muitos grupos e muitos obstáculos podem ser enfrentados quando

se busca a construção de consenso, a exemplo do comportamento hostil das partes, ameaças, dissimulações desconfiança e intolerância. A falta de clareza na comunicação, a ambiguidade sobre as responsabilidades dos participantes, multiplicidade de assuntos debatidos em um único momento e se não houver a participação adequada do facilitador, esse processo de construção poderá ficar muito difícil.

Em “Colaborative problem solving within organizations”, Moore e Woodrow (1999, p. 600-602), nos ensinam em quais situações a construção do consenso é mais adequada, a exemplo em casos em que ninguém do grupo tem autoridade para decidir a questão, porquanto o poder de um anula a construção equânime; outra situação, quando todos do grupo possuem o mesmo patamar de informação, conferindo poder de persuasão maior a um grupo ou indivíduo; quando as partes divergem, mas sinalizam pelo caminho da comunhão de interesses; quando há cooperação mútua para implementar decisões e ainda quando as partes acreditam nas decisões construídas pelo diálogo.

A administração pública já percebe que não é mais razoável manter conflito ou judicializar, seja por razões culturais, ou mesmo, razão econômico-financeira, dado que uma demanda judicial pode durar por décadas e uma vez vencido o Estado tende a comprometer-se financeiramente. Muitas vezes não se trata mais de contestar o pedido, dado que ao particular assiste razão ou em outras situações em que há um grau de probabilidade de que o particular tenha razão, mas não há certeza jurídica, em face da variabilidade das decisões. Esse é o espaço para construção do consenso na administração Pública. Quando o administrador vê-se diante de uma incerteza, cabe-lhe uma avaliação de risco, de modo que se calcule o grau de chances de êxito do particular numa situação processual adversarial, em face das provas, do direito e da jurisprudência dominante.

O Estado que busca judicializar tudo e que recorre de todas as decisões que lhe forem contrárias, sem realizar tal avaliação, sofrerá ainda mais pelos honorários sucumbenciais, os quais, agora, não de ser pagos também, em grau recursal.

Reexaminar, doravante a sua condução enquanto autor e réu é mais uma tarefa da Fazenda Pública em juízo, de modo a posicionar se vale a pena persistir em contenda ou iniciá-la perante particulares ou outros órgãos, ainda mais porque deverá ser o motor maior da chamada pacificação social.

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Brasil-PNUD, realizou pesquisa em 2009 questionando o “que precisaria mudar no Brasil para que sua vida melhorasse de verdade”, e as repostas circundaram em torno do problema com a de educação, saúde e ausência de valores como explicação para tais problemas. Valor é muito próprio da ética dos

grupos e que somente é percebida através dos diálogos que permitam a valorização do humano, enquanto pertencente a determinados grupos. Quando se estuda os mecanismos de pacificação inevitavelmente devem se enfrentar a premissas da construção do consenso, todas elas abordadas pela ilustre professora acima referenciada e que são basilares para contribuir como aportes teóricos para a solução dos problemas apontados pelo PNUD, para pacificação social. A Advocacia Pública e todos os operadores do direito, exercendo função essencial à justiça, devem chamar a si a responsabilidade de estabelecer aqui e agora a cultura da pacificação.

O judiciário já tem feito a sua parte, aliás com a implantação dos conhecidos CEJUSC's. O gerenciamento das formas auto compositivas aqui no Brasil, tal como realizado nos Estados Unidos, não exige mudança legislativa, contudo muito mais uma mudança de mentalidade dos operadores do direito, especificamente no que se refere ao papel do juiz na condução do processo, bem como da comunidade jurídica, quando da aceitação e promoção dos meios alternativos de solução de conflitos, especialmente a mediação.

6.1 A MEDIAÇÃO: MAIS UM INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Quando a parte submete uma solução para o seu caso ao judiciário, ela deseja que alguém traga a segurança e certeza jurídicas sobre o objeto do conflito. A certeza (aspecto subjetivo da segurança jurídica) como percepção de previsibilidade das ações dos outros permite organizar a conduta presente dos destinatários, e estabelecer projetos de vida futura sob um plano de liberdade e justiça (SOLER, 2004, p. 9).

A tão sonhada certeza jurídica e sua previsibilidade são considerados o calcanhar de Aquiles nos procedimentos da mediação, comparativamente aos tratamentos judiciais do conflito, porque a autonomia privada é substituída por uma decisão de autoridade impeditiva de prática de prevaricação de uma parte sobre a outra. Assim, os métodos judiciais levam à realidade inevitável da “solução”. O juiz dá a última palavra, não importe se é justa, mas a última.

Na mediação não é desta forma. A autonomia da vontade das partes substitui aquela autoridade e buscam, juntas, o tratamento adequado ao seu conflito. Como dito por Soler (2004, p. 9), “a mediação corresponde a um jogo sem árbitro e sem pontuação: são os jogadores que controlam a partida”.

É de observar que existe arraigada na cultura brasileira a expectativa e necessidade do controle da violência e da desordem através do monopólio dessa própria violência por parte do Estado. E quando se oferece filosoficamente falando, um giro de 360 graus nessa maneira

de condução da necessidade de ordem, deixamos de refletir que a proposta da mediação é a de apresentar mais um espaço para acolher a desordem social, espaço este que a violência e o conflito possam transformar-se, ou seja, um espaço no qual ocorra a reintegração da desordem, provocando uma revolução social que possa refutar o espírito, os usos e os costumes pouco democráticos e carente de autonomia impostos aos partícipes do conflito. Acolher a desordem (contida no conflito) e tratá-la para que uma nova ordem, haurida das partes possa permanecer, é a maneira de pensar fora da caixa do normativismo jurídico.

As práticas sociais da mediação “configuram instrumento de exercício da cidadania, da democracia e de autonomia, confirmando a capacidade das pessoas se autodeterminarem em relação ao outro, e perceber antes de tudo a responsabilidade de cada um em um conflito, gerando deveres reparadores e transformadores.” (MORINEAU, 2000, p.56-57).

Diante do dilema acima descrito, ainda assim, necessário não fosse a nova regulamentação dobre a mediação, conferindo conforto aos agentes públicos no uso da ferramenta, os métodos consensuais de resolução de conflitos encontram fundamentos constitucionais e legais para o seu implemento, vejamos:

Os Fundamentos Jurídicos constitucionais - (i) princípio do acesso à justiça: Art. 5º XXXV, da Constituição Federal- o princípio do acesso à justiça, que não traduz somente o acesso formal ao sistema judicial, mas a disponibilização da justiça sob os aspectos temporais, econômicos e de resultados) e o Art. 5º LXXIV, princípio da razoabilidade na duração do processo administrativo e judicial; (ii) princípio da eficiência, presente no art. 37 da CF/88, demandando a resolução dos conflitos na melhor relação custo benefício; (iii) princípio democrático do art 1º da CF/88, de onde decorre que o Estado não é um fim em si mesmo.

Os Fundamentos Legais – o CDC (Lei 8.078/90) parágrafo 6º do art. 5º, que prevê a celebração do ajuste de conduta, no meio ambiente, patrimônio cultural histórico, ordem econômica e defesa do consumidor, temas próprios da ação Civil Pública; o ajuste de conduta também restou previsto no ECA (art. 211, da Lei 8.069/90) , na defesa concorrência (art. 9º, V, e 85, da Lei 12.519/2011); CVM (art. 5º - 12, da Lei 9.457/97); Estatuto do Idoso (art. 74, X, da Lei 10.741/2003); a legislação de quase todas as Agências Reguladoras, e outras legislações que tratam de direitos indisponíveis, Lei de Divórcio, transação em matéria de infrações penais leves, não se podendo confundir indisponibilidade com intransigibilidade, pois esta somente se afigura nas situações em que a lei expressamente veda a transação, a exemplo do art. 17, parágrafo 1ª da Lei de Improbidade administrativa (8.429/92). (SOUZA, 2010, p. 11).

A nova Lei nº 13.140/2015 viabiliza e coloca na caixa normativa, tão primada pelos operadores latinos do direito, a possibilidade de resolução administrativa de conflitos, no

âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, desde que criadas as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, especialmente com competência para “avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público”.

Com a edição da novel legislação publicada no DOU de 27.05.2015, Lei nº 13.129, a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) foi alterada prevendo expressamente a possibilidade da Administração Pública, direta e indireta, por meio de autoridade competente realize acordos e transações e estabeleça convenção de arbitragem de direito, para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, respeitado o princípio da publicidade (Art. 1º, §1º e §2º, e art. 2º, §3º da Lei 9.307/96).

A Arbitragem é meio de solução de conflitos intersubjetivos, reconhecida como (ADR – *alternative dispute resolution*) pelo qual as partes elegem um juízo arbitral (portanto, heterocompositivo) afastando o juízo estatal, o qual poderá colaborar com o tribunal arbitral, quando as partes criar embaraços para a própria instauração da arbitragem (art. 7º da Lei 9.307/96); para execução da sentença arbitral, além do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira (art. 34 da Lei 9.307/96).

Apesar da evolução normativa, a doutrina ainda se debate para sistematizar a natureza jurídica da arbitragem, sendo possível mencionar três entendimentos consoante sistematização de Rezende (2017, p. 25-38):

a) contratual ou privatista: sustenta a natureza contratual da arbitragem pois a sua instituição e os poderes do árbitro dependem da manifestação de vontade das partes; *b) jurisdicional ou publicista*: defende a natureza jurisdicional do processo arbitral, uma vez que os árbitros são juízes de fato e de direito que solucionam conflitos de interesse, cuja decisão não está sujeita à homologação do Judiciário; e *c) intermediária ou mista*: ao lado da autonomia de vontade das partes na instituição e na definição da extensão da arbitragem, destaca o seu caráter público, mas não estatal, no processo de solução e pacificação de conflitos.

Diante das efervescências do meio forense já superadas pela arbitragem, resta perquirir, como objetivo principal do presente trabalho, se diante do cenário brasileiro atual, especificamente do atual estágio de posicionamento do judiciário em face do seu dever de pacificação jurisdicional, é processualmente viável a adoção da arbitragem, como meio adjudicatório consensual, optativo ao judicial, para solução de controvérsias tributárias?

Nessa toada, seguem como demais objetivos do presente estudo, quais sejam, a análise da juridicidade dos mecanismos de resolução de conflitos administrativos; a superação

dos obstáculos à arbitragem com a necessária releitura de alguns princípios de direito administrativo; investigar qual a espécie normativa adequada para dispor sobre essa espécie de arbitragem, sua necessidade, bem como para previsão sobre a extinção do crédito tributário; analisar o aspecto temporal do procedimento de constituição do crédito para instalação de um tribunal arbitral e afinal, propor acaso necessárias medidas para consagração da arbitragem tributária no país em colaboração à consolidação da democracia tributária, aspecto afeto ao tema central do 44º CNPE, Advocacia Pública: Consensualidade e Desenvolvimento.

A metodologia utilizada para desenvolvimento do presente estudo considerou o tipo de pesquisa exploratória e descritiva, bem como a pesquisa bibliográfica. Nesse sentido objetivou o estudo a ampliar conhecimento acerca do método de solução de conflitos na área tributária - arbitragem tributária -, investigando sua juridicidade, adequação e acomodação nos espaço temporal do procedimento tributário, além da espécie normativa de disposição jurídica do método na seara pretendida, com escopo de prestar maior familiaridade ao novo modelo de resolução de conflitos em área extremamente juspositivada, tendo em perspectiva a maturação do Direito Tributário Democrático, que se afasta da doutrina clássica e estática, tal como ocorre na evolução do Direito Administrativo Contemporâneo.

Alguns conceitos têm sido elaborados pela doutrina do direito administrativo moderno, a exemplo do Carmona, Salles, Escobar e Timm do Valle, todos referenciados no presente trabalho na tentativa de transpor os preconceitos do entorno da arbitrabilidade tributária e na busca da justificativa sólida da temática, metaforicamente tratada aqui como a boneca Matrioska, que ao ser aberta se toma outra boneca oca, até chegar na última, a Oska, que pela completude de seu conteúdo finaliza o longo processo de procura (ESCOBAR, 2017, p. 220), tal como ocorrerá com a arbitragem tributária cujas argumentações para sua validade, após longo processo de justificação, resultará juridicamente sedimentada para adoção em nosso sistema jurídico, como alternativa à pacificação de controvérsias tributária, além das demais soluções permitidas em lei.

6.2 OS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS APLICADOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE À JURIDICIDADE

A construção de um ordenamento jurídico administrativo haurido como pauta decorrente da revolução francesa, diante da necessidade de dissociação das funções de administrar e julgar, - culminou em desenvolver-se, por via jurisprudencial, em França, e, por via legislativa, em Portugal, afastando alguma das soluções da aplicação do direito comum, em nome dos interesses públicos da coletividade, a cargo da Administração Pública.

Surge um direito administrativo com reforços aos poderes de autoridade à Administração Pública e que lhe atribui posição de supremacia, face aos particulares, em evidente contraste de igualdade das partes do direito comum (DEBBASCH, 1992, p. 127-128)

O direito administrativo oitocentista, enquanto normativa reguladora da atividade administrativa, dotada de *jus imperii*, e expressão de binômio autoridade-subordinação, passa por uma evolução histórica, que se resume na luta entre a “razão de Estado”, habilitando os poderes de supremacia e a “razão do Estado” justificando os mecanismos de tutela e garantia dos cidadãos perante o poder” (OTERO, 2016, p. 29), discurso presente no campo de batalha do direito administrativo moderno.

Em um pulo historiográfico surge o direito administrativo moderno como resultante dos impulsos das reformas administrativas vetorizadas pelos movimentos de modernização da administração pública dos anos 90⁵⁷ cedendo a nova forma de visualizar a relação entre Estado e Sociedade, muito mais horizontalizada, flexibilizada e permissiva à concertação de interesses legítimos.

O grande desafio da reforma do Estado, não se resumia a poucos fatores: ter partidos políticos sólidos, um sistema eleitoral que traduza a representatividade, uma oposição vigorosa, um sistema judicial equilibrado, uma gestão pública transparente e um legislativo imune ao clientelismo (PEREIRA, 1997, p. 19). Governabilidade, desde aquela década consistia na capacidade política de governar, derivativo da legitimidade do Estado e do seu governo com a sociedade. Uma boa governança aumenta da legitimidade do governo.

Contudo o modelo da democracia participativa toma corpo a parti daí, a inegável mutabilidade das funções administrativas como forma de promoção do bem comum. Uma necessária revisitação do módulo contratual e da forma de resolução de controvérsias da Administração Pública, que se opera através da consensualidade.

Nesse cenário surge a Constituição Federal brasileira de 1988, na qual, o aparato estatal deve funcionar a serviço do cidadão e como garantia das liberdades fundamentais e, sob este prisma, assentam a autoridade e a legalidade das ações do Estado.

Portanto, a matriz identitária de todo o regramento de direito administrativo, considerando, também, como resultante da identidade cultural do sistema administrativo do Estado, mostra-se à tutela constitucional formal ou material e não pode ser objeto também de

⁵⁷ Os anos 90 são marcados pela pretensão de uma nova agenda na administração pública, com a política do gerencialismo, concentrada no aumento da efetividade e eficiência no setor público, responsabilização das agências governamentais perante os consumidores, a redução de despesas públicas e o aumento da responsabilidade dos gestores públicos. O Estado Social Liberal do século XXI é proposto.

uma brusca descaracterização resultado de importações legislativas acrítica de soluções estrangeiras.

Como expressão desse processo de construção identitária, onde a Administração se encontra influenciada pela constituição cidadã muito mais próxima das aspirações sociais, Odete Medauar (2003, p. 211) assevera a importância do consensualismo calcado na colaboração entre poder público e sociedade na construção de soluções voltadas a resolução dos conflitos da administração:

A atividade de consenso-negociação entre o Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento de consenso e da participação.

Aberto o canal de diálogo para que as transações multipartes se estabeleçam, cabe a Administração Pública equipar o gestor público com ferramentas capazes de fomentar a comunicação. Não por outro motivo, a própria Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro inaugurou recentemente, como regra de ouro que, “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”⁵⁸.

Em 2015, tanto pela entrada em vigor do Novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 13.105/2015) como pela Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), novos aportes legais foram incrementados no sistema jurídico, para efetivação dos mecanismos de resolução de conflitos administrativos. Vejamos alguns dispositivos do CPC:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

⁵⁸ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

[...]

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

[...]

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

De igual modo, a Lei de Mediação que destina o segundo Capítulo a Autocomposição de Conflitos, em que for parte a pessoa Jurídica de Direito Público:

Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Por outra via, ao lado da concepção de um novo direito administrativo amparado no supra princípio da juridicidade e à ideia do consenso que dele defluiu, a incapacidade do Estado-juiz julgar e exercer de modo satisfatório a sua missão pacificadora, surge também a concepção do acesso à justiça por outras formas que não somente a via judicial, a exemplo do sistema *multidoors courthouse system*⁵⁹, conceito criado por Robert Sanders, na década de 80, somente agora credenciado pela doutrina e instrumentos normativos nacionais. Sobre essa questão defendia a Professora Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 15) que:

[...] esses meios alternativos de solução das controvérsias podem ser extrajudiciais, mas mesmo assim se inserem no amplo quadro da política judiciária e do acesso à justiça: pode-se falar, portanto, de uma justiça não estatal, mas que também não é totalmente privada. Ou seja, de uma justiça pública não-estatal.

O Mestre Diogo de Figueiredo juntamente com a prefalada autora, há tempos já conduziam suas reflexões no sentido de buscar a justiça como exercício do consenso.

⁵⁹ Sistema multiportas pode ser definido como um mecanismo de aplicação de métodos alternativos de resolução de conflitos no qual, a partir do conflito apresentado pelas partes interessadas em negociar, é disponibilizada uma variedade de meios ou “portas”, a fim de que se possa identificar qual a mais adequada para a propositura de um acordo eficaz e que seja cumprido e satisfatório por ambos os indivíduos.

Importante trazer a reflexão de Diogo Figueiredo Moreira Neto (2007, 273-274), ao analisar a arbitragem nos contratos administrativos, suscitou que o advento da Lei nº 9.307/1996 passou a acrescentar novas perplexidades, como a juridicidade da submissão de conflitos de interesses envolvendo entidades públicas a uma composição extrajudicial via judicial, concluindo que o Estado contemporâneo vem perdendo o monopólio não apenas da produção normativa, mas também de distribuição da justiça:

Essa dúvida tem todavia, uma raiz cultural, pois o positivismo jurídico, enfatizando a sobrevalorização das fórmulas escritas, aliadas ao estatismo, que magnifica o papel do Estado, e ainda a uma kafkiana processualística, entre outros equívocos, têm sido responsáveis pela elementar confusão reinante entre o *monopólio da jurisdição* e o *monopólio da justiça*.

É fato que a jurisdição permanecerá como monopólio do Estado (é indispensável um terceiro, dotado de atributo de coercitividade, “neutralidade”), mas não elimina a busca pela justiça, anseio da atividade humana e esta, assim considerada, não é monopólio de ninguém.

Acrescenta, ainda, o Mestre Diogo de Figueiredo (MOREIRA NETO, 1997, p.2):

Então, assim como o Estado vai perdendo o monopólio da produção normativa, para quedar-se com a política legislativa que se comprova na tendência a regulática; não mais detém o monopólio da execução administrativa quando expande as parcerias reservando-se ao controle (esta sim, essencialíssima), tão pouco mantém-se no monopólio da distribuição da justiça, porquanto as sociedades estão a valorizar o consenso como instrumento privilegiado de convivência social.

No presente ensaio estará em destaque a utilização da arbitragem na administração pública, especialmente, na área tributária.

6.3 A RELEITURA DOS PRINCÍPIOS DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E DA PUBLICIDADE

Antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015 prestando o credenciamento normativo sobre a legalidade da arbitragem algumas regras e julgados já proclamavam a licitude da utilização do método heterocompositivo.

O Excelso Pretório, julgando MS 11.308/DF (2005/0212763-0)⁶⁰, em decisão histórica, relatada pelo Min. Luiz Fux, em que é impetrante TMC Terminal Multimodal de

⁶⁰ ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. 1. Mandado de segurança impetrado contrato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, ante a publicação da Portaria Ministerial nº 782, publicada no dia 07 de dezembro de 2005, que anuiu com a rescisão contratual procedida pela empresa NUCLEBRÁS EQUIPAMENTOS PESADOS S/A - NUCLEP, com a ora impetrante, empresa TMC - TERMINAL MULTIMODAL DE COROA GRANDE -SPE - S/A. 2. Razões do pedido apoiadas nas cláusulas 21.1 e 21.2, do Contrato de Arrendamento para Administração, Exploração e Operação do Terminal Portuário e de Área Retroportuária (Complexo Portuário), lavrado em 16/12/1997 (fls.31/42), de seguinte teor: Cláusula 21.1 Para dirimir as controvérsias resultantes deste Contrato e que não tenham podido ser resolvidas por negociações amigáveis, fica eleito o foro da Comarca do Rio de Janeiro, RJ, em detrimento de outro qualquer, por mais privilegiado que seja. Cláusula 21.2 - **Antes de ingressar em juízo, as partes recorrerão ao processo de arbitragem previsto na Lei 9.307, de 23.09.06.** 3. **Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis.** 4. O STF, sustenta a legalidade do juízo arbitral em sede do Poder Público, consoante precedente daquela corte acerca do tema, in "Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, e de autoria do Ministro Eros Grau, esclarece às páginas 398/399, in litteris: "Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas **pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração.**" Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que **não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado.** Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente coma Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.' Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min, Amaral Santos. Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público, "[...] (grifou-se) 5. Contudo, naturalmente não seria todo e qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles conhecidos como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada. 6. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado interesse público secundário. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau. 7. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao interesse público. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. 8. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. 9. **Nesta esteira, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.** 10. Nestes termos, as sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a incoerência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres. 11. Destarte, é assente na doutrina **que "Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça.**"(grifou-se) (In artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", de autoria dos professores Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e

Coroa Grande SPE S/A e impetrado o Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, por unanimidade, chancelou o entendimento de que a sociedade de economia mista, quando engendra veículo de natureza disponível, encartado na mesma cláusula compromissória de submissão do litígio ao juízo arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previstos na Lei 8.666/1993.

Corroborando com a doutrina, o julgado sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do STF. Lembra, em abono desta tese, o famoso caso Lage⁶¹ e cita a doutrina clássica, *in verbis*:

Ao optar pela arbitragem, o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. (STJ - AgRg no MS: 11308 DF 2005/0212763-0)

Diz, ainda, o v. acórdão, que o interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública, já que o interesse público está na correta aplicação da lei e na realização da Justiça.

Szklarowsky (2012, p. 15), em conhecida obra a *Arbitragem – uma visão crítica*, trabalho historiográfico da arbitragem na esfera pública, sustém:

da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, página 418.) 12. Em verdade, não há que se negar a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, em que presente direitos patrimoniais do Estado, mas ao contrário, até mesmo incentivá-la, porquanto mais célere, nos termos do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, que prevê em seu inciso XV, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao "foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais"¹³. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: SE 5206 AgR / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ de 30-04-2004 e AI. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382 -" Caso Lage ". Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrichi, DJ 18.08.1999, 14. Assim, é impossível desconsiderar a vigência da Lei 9.307/96 e do artigo 267, inc. VII do CPC, que se aplicam inteiramente à matéria sub judice, afastando definitivamente a jurisdição estatal no caso dos autos, sob pena de violação ao princípio do juízo natural (artigo 5º, LII da Constituição Federal de 1988). 15.É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o "risco" de serem derrotadas na arbitragem. Precedente: Resp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003: 16. Deveras, uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, será um árbitro o juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa dizer que terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência. 17. Outrossim, vige na jurisdição privada, tal como sucede naquela pública, o princípio do Kompetenz-Kompetenz, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência. 18. Consequentemente, o *fumus boni iuris* assenta-se não apenas na cláusula compromissória, como também em decisão judicial que não pode ser infirmada por Portaria ulterior, porquanto a isso corresponderia verdadeiro "atentado"(art. 880 do CPC) em face da sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro 19. Agravo Regimental desprovido. (STJ - AgRg no MS: 11308 DF 2005/0212763-0, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 28/06/2006, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 14/08/2006 p. 251).

⁶¹ Caso referenciado no julgado, cujo teor integra o presente estudo pela importância de sua argumentação.

A Lei 8.987/1995, que regula o regime de concessão e permissão de serviços públicos previstos no art. 175 da CF/1988 (LGL\1988\3), estabelece como cláusula essencial, portanto, obrigatória, necessária, a que diz respeito ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais (art. 23, XV), aplicando-se a esses contratos administrativos também a Lei 8.666/1993 (art. 2.º).

De igual modo a Lei 9.472, de 16.07.1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, cria a Anatel, sob regime autárquico, no art. 93, e trata do contrato de concessão, do foro e do modo amigável para a solução extrajudicial dos conflitos contratuais.

A Lei 9.478, de 06.08.1997, dispõe sobre a política energética e cria a Agência Nacional do Petróleo, sob regime autárquico especial, e, ao tratar do contrato de concessão, especifica que, entre as cláusulas essenciais, há que conter a regra sobre a solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.

A Lei 10.233, de 05.06.2001, que dispõe sobre os transportes aquaviário e terrestre, cria a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, também prevendo, como cláusula essencial do contrato de concessão, a solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução inclusive a conciliação e arbitragem.

Muito feliz é o pronunciamento da Min. Nancy Andrighi no MS 1998002003066-9, j. 18.05.1999, ao proclamar que: “pelo art. 54 da Lei 8.666/1993, os contratos administrativos regem-se pelas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios do direito privado, o que vem reforçar a possibilidade de adoção do juízo arbitral para dirimir questões contratuais.”

Com a vigência da Lei nº 13.129/2015, alterando a Lei de Arbitragem, no tocante a possibilidade da Administração Pública realizar acordos e transações e estabelecer convenção de arbitragem de direito, para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, respeitado o princípio da publicidade.⁶²

Não obstante ultrapassadas divergências, em uma visão mais rasa sobre a arbitrabilidade na administração pública, ainda sufragam obstáculos ao mecanismo de heterocomposição, na mesma medida e pelas mesmas razões que se opõem ao métodos autocompositivos. Atualmente, já tendo sido superado o obstáculo do princípio da legalidade à consolidação da arbitragem na seara de conflitos da administração pública, porquanto regradada pela Lei 13.129/2015, restariam outros, que ora se pretende desbancar: o princípio da indisponibilidade do interesse público, em face da arbitrabilidade tributária e o suposto conflito entre a publicidade e a confidencialidade.

Mello (2015, p. 69-71) precisa o tema: é o interesse das pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos:

⁶² Art. 1º. [...] § 1º. A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. Art. 2º [...] § 3º. A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Pois bem, é este o último interesse do todo ou interesse público. Não é portanto, de forma alguma, um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes e, pois, passível de ser tomado como categoria jurídica, que possa ser erigida irrelatamente aos interesses individuais, pois, em fim das contas, ele nada mais é que uma faceta dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente membros de um corpo social - comparecem em tal qualidade. Então, dito interesse, o público – e esta já é uma primeira conclusão -, só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que integrarão no futuro. Logo, é destes que, em última instância, promanam os interesses chamados públicos.

É certo, como pontua Machete (2007, p. 46-56) acerca do novo atuar da administração pública, em função da sociedade plural e da intensificação das relações entre Estado e Sociedade, com noções entre administração cooperante e administração concertada, que a posição de supremacia do interesse de Estado sobre os dos particulares deixou de se verificar, pois irrazoável, o que precipita a releitura do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Em análise à nova administração pública, conclui Justino (2010, p. 211) que o processo de determinação do interesse público passa a ser desenvolvido a partir de uma perspectiva consensual e dialógica, a qual contrasta com a dominante perspectiva imperativa e monológica.

A questão é controversa, contudo seja em razão das novas funções desenvolvidas pelo Estado ou pela resposta que deve ser ofertada à sociedade. O que é descabido e irrazoável é que o Estado deixe de apresentar alternativas de solução do conflito, sob a alegação de que o direito público seria indisponível. Muito ao contrário, a indisponibilidade reside no dever do estado agir ao encontro do interesses da sociedade, em consonância com os princípios constitucionais e, se necessário a disposição levando em consideração a solução mais adequada e menos gravosa à sociedade, atendendo, também, a eficiência.

6.4 PONDERAÇÃO ENTRE PUBLICIDADE E CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM

Outra necessária reflexão se dará no campo onde se conflitam os princípios da publicidade e da confidencialidade, sendo este último marcante na arbitragem, de um modo geral, sabendo, ainda, que o primeiro decorre do consagrado art. 37 da Constituição Federal.

Mais uma vez, a mesma interpretação sistemática outrora utilizada para o enfrentamento da suposta lesão ao princípio da legalidade quando ainda inexistia lei específica,

na tentativa de possibilitar a solução de conflitos pela arbitragem na administração pública, vem ao socorro agora para possibilitar ao aplicador do direito a parametrização da ação estatal em conformidade com as demais normas do ordenamento jurídico. Exige-se, assim, em movimento pós-positivista, consagrando a atuação administrativa ao chamado bloco de legalidade, portanto a atuação administrativa, porquanto estará esta jungida à lei e ao Direito.

Partindo desse necessário deslocamento reflexivo justificador da juridicidade da arbitragem nas controvérsias que envolvem o poder público, sem que se esteja a violar princípios próprios da Administração Pública, a uma porque (i) a arbitragem parte do consenso entre as partes que podem preferi-la ao processo judicial, conhecendo de antemão, que neste último a publicidade também é a regra; (ii) o princípio constitucional da publicidade não impede os sigilos de procedimentos em casos excepcionais, como ocorre também nos processos judiciais; (iii) que a Lei de acesso à Informação- a LAI- classifica informações sigilosas nos arts. 23⁶³ e 31⁶⁴ e, afinal (iv) com a alteração da Lei 9.307/96, a arbitragem envolvendo a administração pública respeitará sempre a publicidade⁶⁵.

⁶³ Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais; III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas; VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional; VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

⁶⁴ Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. § 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem: I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem. § 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido. § 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias: I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico; II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem; III - ao cumprimento de ordem judicial; IV - à defesa de direitos humanos; ou V - à proteção do interesse público e geral preponderante. § 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância. § 5º Regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal.

⁶⁵ Art. 2º [...] § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Espancando de vez qualquer dúvida sobre a ponderação publicidade-confidencialidade no procedimento arbitral da Administração Pública faz-se luzes a compreensão de Marcelo Escobar (2017, p. 238),

[...] concluímos quanto à publicidade que essa é a regra e deve ser seguida pela Administração Pública ao se deparar com a arbitragem tributária; todavia, se houver algum caso de sigilo, esse deverá ser devidamente fundamentado e publicado pela autoridade pública, responsável pelos efeitos dessa decisão, nos termos preconizados à LAI, restando às instituições arbitrais apenas a divulgação dados básicos do procedimento.

6.5 ARBITRABILIDADE TRIBUTÁRIA: SUA JURIDICIDADE NO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

A arbitrabilidade é a possibilidade de uma controvérsia ser submetida à arbitragem e, segundo a doutrina mais balizada, esta compreender duas categorias: a) a arbitrabilidade subjetiva, em razão das pessoas que podem se submeter à arbitragem ou, b) arbitrabilidade objetiva, em razão da matéria, que diz respeito às questões que podem ser decididas por meio da arbitragem.

A Lei de Arbitragem, Lei 9.307/96 alterada pela Lei 13.129/2015, no seu art. 1º, §1º, estabeleceu de forma expressa as duas espécies de arbitrabilidade, quando admitiu a utilização da arbitragem pela Administração Pública Direta e Indireta – *arbitrabilidade subjetiva* - para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis - *arbitrabilidade objetiva*.

Em análise superficial, um primeiro óbice se destaca da arbitrabilidade tributária, em face da indisponibilidade do crédito tributário, contudo perfilando na linha da *arbitrability* (SALLES, 2011, p. 212) norte-americana, temos que uma verificação mais percuciente deva se produzir, com amplitude maior que a simplória averiguação sobre a capacidade das partes e a disponibilidade do direito em controvérsia, tendo sempre em mente que ao aplicador do direito não é mais dada a posição de subsumir-se o fato à norma, mas averiguar todo o bloco de legalidade.

A principal controvérsia se dá no campo da arbitrabilidade objetiva quanto quando se trata de resolução de conflitos tributários pela arbitragem, em face das duas características em face da *ratione materiae*, o critério da patrimonialidade que não se descarta ter o crédito tributário, portanto desde já espancado o obstáculo; e critério da disponibilidade.

De fato desde quando o ente tributante firma o compromisso arbitral decorrerá como conseqüente lógico a disponibilidade do objeto posto à solução. De há muito o STJ

definiu o crédito tributário como direito indisponível, pressupondo ser o tributo, prestação pecuniária compulsória (de caráter patrimonial, portanto) sujeito a lançamento, atividade fiscal vinculada e sendo assim não poderia ser arbitrável.

Contudo não transige a compreensão mais moderna que diz sobre o interesse público relacionado ao crédito tributário. Primeiro porque o crédito tributário é classificado como de interesse público secundário, porquanto de natureza instrumental, cujo sentido de existência são a satisfação dos interesses públicos primários. Depois, porque na realidade a administração tributária dispõe efetivamente do crédito tributário, pois do contrário não realizaria programas de parcelamentos e isenções periódicas.

Nessa linha de pensamento, Moreira Neto (1997, p. 209) sugere que são disponíveis todos os interesses e os direitos deles derivados que tenham expressão patrimonial que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio.

Em *apud* à Barroso, Do Valle (2018, p. 1963) alude:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado com o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. [...] O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros proveem os meios para realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam.

Escobar, que transita na esfera da praticabilidade da tributação, na linha de Torres, assevera que ao Legislador impõe a busca de melhores caminhos de economia, eficiência e celeridade para viabilizar a imposição tributária, o que pode ser alcançado com a intensificação da participação dos administrados na gestão tributária e possibilidade de solução extrajudicial de conflitos entre a administração e os contribuintes. Considerando acerca da diferença entre a indisponibilidade absoluta da competência tributária, porém não do crédito tributário, conclui:

No Brasil onde a Constituição Federal discrimina competências prévias, prescrevendo os tributos que cada pessoa pode criar, isso permitiria vislumbrar uma indisponibilidade absoluta da competência tributária; mas não do 'crédito tributário' - previsto em lei - que pode ser disponível para a Administração, segundo os limites estabelecidos pela própria lei, atendendo os critérios para a constituição, modificação ou extinção do crédito tributário, bem como de resolução de conflitos, guardados os princípios fundamentais, mui especialmente aqueles da igualdade, da generalidade e da definição de capacidade contributiva. Eis o que merece grande acuidade, para alcançar respostas adequadas aos temas da conciliação, transação, arbitragem e outros pactos na relação tributária, tomando como premissa a inexistência no direito, de um

tal princípio universal de “indisponibilidade do tributo”. (HELENO TORRES *apud* ESCOBAR, 2017, p. 229).

Diante dos posicionamentos doutrinários aqui destacados a decantada indisponibilidade e mencionada no art.3º do CTN não reside no crédito tributário, mas na atividade de cobrança, esta sim insindicável quanto a sua vinculatividade à lei, vejamos que conforme o art. 3º “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Optar pela arbitragem não faz com que qualquer das partes transija com parcela de direito em controvérsia, mas apenas estabelece que o julgamento sobre este se faça por tribunal não estatal. O que se renuncia, de plano, quando há escolha da via arbitral é a jurisdição estatal.

6.6 GALVANIZAÇÃO DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DA RELAÇÃO TRIBUTÁRIA

Incumbe como propósito específico deste trabalho, afinal, investigar se a estrita legalidade prevista no art. 150 I, da CF/88 afasta a arbitrabilidade de controvérsias tributárias, bem como perquirir sobre qual seja a utilidade da arbitragem como método de solução de conflitos, senão para fins de extinção ou de suspensão do crédito tributário e, em assim sendo, qual a espécie normativa adequada para dispor sobre essa espécie de arbitragem? De igual modo, por carecer de regramento procedimental se perquire, ainda, sobre o aspecto temporal do procedimento de constituição do crédito para instalação de um tribunal arbitral.

Marins (2016, p. 157), afirma que o plexo de princípios tributários, seja no plano material da estrita legalidade e da tipicidade, ou formal da legalidade objetiva, resta “galvanizado” o sistema de proteção à relação jurídica tributária, na sua forma, conteúdo e atuação.

A corroborar com a possibilidade de previsão legal da solução arbitral na controvérsia tributária, desde que tal mecanismo esteja jungido à eficiência e a praticabilidade da tributação, Torres (2003, p.534) salienta:

Com a lei criando condições para que se alcance uma posição de justiça sobre os elementos concretos da situação conflitiva, regula-se o modo adequado para solução do conflito e conseqüente extinção do crédito tributário sem demoras ou excessos de procedimentos.

6.7 EFETIVAÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA: NECESSIDADE DE EDIÇÃO LEGAL

Sendo assim, havendo autorização legal para a extinção do crédito, a arbitragem tributária poderá ser adotada e viável sua utilização pela Administração Pública, aliás como já decidiu a Câmara de Conciliação e Arbitragem (CCAF), criada pela Portaria 1.281/2007, cujos Pareceres AGU/SRG 01/2007 e AGU/SRG 01/2008, são conclusivos sobre a competência da Câmara para julgar controvérsias tributárias entre órgãos da Administração Federal.

Sigo na opinião de que sem restar áreas ou zonas da Administração Pública que sejam imunes ou isentas de vinculação ao Direito - todos os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei - no sentido evolutivo da vinculação a juridicidade, a arbitragem tributária é viável hoje, no Brasil, inclusive porque a própria legislação tributária compreende as leis, as convenções internacionais, os decretos, e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes. (art. 96 do CTN)

Tangenciando essa investigação surge a dúvida sobre qual a espécie normativa adequada para dispor sobre a arbitragem tributária como forma solucionadora de conflitos tributários e, portanto, a decisão do tribunal arbitral com aptidão para extinção do crédito tributário; para suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ou ainda, para interrupção da prescrição, quando iniciado o procedimento arbitral.

Sabemos que a Constituição Federal delegou competência à Lei Complementar, CTN (art. 146, III, b), para dispor normas gerais sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários. Portanto, a matéria que disser respeito ao crédito tributário, *in casu*, a sua extinção deverá estar prevista no Código Tributário Nacional (CTN), este nascido como lei ordinária e erigida à Lei complementar com o advento da Constituição de 1988.

Prevê o CTN as formas de extinção do crédito tributário, inclusive a “decisão judicial passada em julgado” (art. 156, X do CTN).

De igual modo, ao se instituir uma outra forma de extinção do crédito tributário, inclusive pelos eventuais direitos subjetivos reflexos que desta extinção possa resultar, a exemplo da restituição do indébito, a inclusão desta modalidade de extinção deve estar prevista em Lei Complementar.

Em projeto de Lei do Executivo Federal (469/2009) que completará uma década de tramitação (com prioridade de tramitação, inclusive) e que se encontra remetido à Comissão de Finanças, com substitutivo da lavra do Deputado Relator João Maia, da Comissão de Desenvolvimento Econômico da Indústria e Comércio, algumas alterações foram realizadas no

texto anterior (aprovado à unanimidade em 15.11.2011), acrescentando como forma de extinção o laudo arbitral, com acréscimo da expressão vinculativo “entre as partes” para evitar a aplicação do laudo do caso arbitrado à demais casos semelhantes. O projeto ainda deverá prosseguir em duas outras comissões, a de Finanças e Tributação (designado relator em 13/05/2015) e a de Constituição, Justiça e Cidadania.

Diante disso, encontra-se superados no presente estudo os questionamentos acerca da necessidade de edição de lei com previsão para que se conste a decisão do juízo arbitral como forma de extinção do crédito, bem como para suspensão da exigibilidade e interrupção da prescrição, todos veiculados por Lei Complementar. Persiste sob nossa ótica, a crítica quanto ao substitutivo proposto pelo Deputado Luis Maia na redação do PL, neste aspecto, porquanto acrescentar a expressão “vinculativo entre as partes” seria uma redundância, dado que a arbitragem tem como pressuposto a autonomia de vontade das partes e que é intransferível, e, por conseguinte, não estaríamos diante da possibilidade de instalação de demandas repetitivas.

Resta, por conseguinte, enfrentar a última, mas não menos importante questão sobre o aspecto temporal do procedimento de constituição do crédito para instalação de um tribunal arbitral, deixando desde logo claro, não se tratar de matéria sob previsão de Lei Complementar, mas de conteúdo regulamentar, procedimental.

6.8 TEMPORALIDADE DA INSTALAÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO

A arbitragem tributária poderia se dar preventivamente, ou seja, antes da constituição do crédito tributário ou subsequentemente. Mas o que ocorre com a demanda judicializada ou que estiver em contencioso administrativo, quando as partes resolverem submetê-la ao tribunal arbitral? “A opção por firmar um compromisso arbitral acarreta na renúncia da adoção de solução judicial estatal para o conflito”, diz Escobar (2017, p. 273).

Quanto à natureza das controvérsias tributárias acrescenta o mesmo autor, que no mérito, elas podem ser diretas quando analisa diretamente controvérsias tributárias (das questões envolvendo a compensação de tributos, controle de legalidade de multas, do controle de constitucionalidade, a impugnação dos lançamentos de ofício, as espécies de tributos passíveis de questionamento na arbitragem) ou indiretas, quando surgir dos laudos arbitrais algum fato jurígeno tributário.

6.9 A VANGUARDA PORTUGUESA

Em análise aos regimes jurídicos estrangeiros podemos assegurar que Portugal pode hoje orgulhar-se de pioneirismo na aprovação de um regime jurídico de arbitragem em matéria tributária.

O art. 2º do art. 209º da CRP prevê, expressamente, a possibilidade de criação dos Tribunais Arbitrais como uma das espécies da categoria Tribunais, a quem compete “administrar a justiça em nome do povo”, sem qualquer restrição quanto ao respectivo objeto (art. 202º, nºI, da CRP). Como bem refere Villa Lobos (2017, p. 252), se é certo que o art.212º, nº3 da CRP prevê que “compete aos Tribunais administrativos e fiscais o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais”, este preceito não pode ser interpretado no sentido da exclusividade dos Tribunais administrativos e tributários”.

O autor refere mesmo que, pelo contrário, “não repudiaria um juízo de inconstitucionalidade por omissão a manter-se a inexistência destes Tribunais Arbitrais (na falta de melhor alternativa) como sendo de dar execução plena à norma constitucional que confere o direito dos cidadãos (no caso, contribuinte) a uma decisão em prazo razoável e com procedimentos judiciais caracterizados por celeridade e prioridade de modo a obter a tutela em tempo útil.

No plano infraconstitucional daquele país, a admissibilidade da arbitragem tributária foi também contestada de início, em face a indisponibilidade do crédito tributário, advindo a defesa numa interpretação holística, que tinha em mente a globalidade do sistema de administração executiva no âmbito das relações jurídicas tributárias.

Sendo assim, para Souza, referido por Villa Lobos (2017, p. 253), o princípio da indisponibilidade do crédito só poderá reportar-se a créditos consolidados, cuja existência esteja assente, depois de esgotados os meios normais de impugnação: até aí não haverá certeza de haver direitos de crédito e, por isso, os atos que declaram a eliminação jurídica dos atos não implicariam em redução ou extinção de créditos, se ao menos existiam na ordem jurídica.

Esse entendimento, que se afasta do que se construiu no Brasil, viria a se consolidar na doutrina da superação do dogma da indisponibilidade do crédito tributários e aprovação do regime de arbitragem em matéria tributária de Portugal.

Como direito potestativo dos contribuintes e forma alternativa de solução de conflitos tributários, a arbitragem foi consolidada na Lei nº 3-B/2010, de 28 de abril, art. 124º e no uso dessa autorização legislativa aprovou-se o Decreto-lei nº 10/2011, de 20 de janeiro

introduzindo no ordenamento jurídico português o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT), com a persecução de três objetivos essenciais e preambulares da norma: reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos, imprimir maior celeridade na resolução de litígios em matéria tributária e contribuir para a redução das pendências nos Tribunais Tributários.⁶⁶

⁶⁶ Como referência apenas e para não fugir do objetivo do presente estudo, o tempo médio de decisão e os custos inerentes aos atrasos da máquina judicial foram analisados por Francisco Sousa Da Câmara (2015, p.147 e ss.).

Passo a concluir sobre a juridicidade da Arbitragem Tributária ao tempo em que posteriormente apresento as sugestões para que como resultado do presente trabalho possa contribuir para o engajamento da Advocacia Pública na construção de um modelo amplificado de democracia tributária, através de método consensual de resolução de litígio na seara tributária envolvendo a Administração Pública e demais partes e desenvolvimento econômico do país, objetivo deste Conclave.

Primeiro, como dito acima, sobre a vinculação da juridicidade, todos os órgãos e agente estão subordinados à Constituição e à lei, esclarecendo-se nesse raciocínio, por oportuno (i) que a juridicidade vinculativa da Administração Pública conhece uma pluralidade de fontes normativas, falando-se até em “juridicidade em rede”, integrando normas internas, internacionais, supranacionais e estrangeiras; (ii) a Administração Pública não se encontra exclusivamente vinculada a normas jurídicas, assumam elas a natureza de regras ou de princípios; (iii) existem normas extrajurídicas (técnico-científicas, morais, éticas, deontológicas, que parametrizam a conduta administrativa.(iv) a factualidade que emerge na ação administrativa pode ganhar natureza vinculativa face a condutas futuras semelhantes (precedentes) e, afinal (v) sempre que a ordem jurídica reconhece relevância vinculativa a fatos e a normas extrajurídicas face a Administração Pública, ocorre um fenômeno da juridificação de tais realidades.

Diante das notas sobre a juridicidade e sua vinculação e, considerando ainda, toda a argumentação trazida no item antecedente, assento a primeira justificação do presente trabalho que diz respeito à sustentabilidade da Arbitragem Tributária, possibilitando, pois, a arbitrabilidade às controvérsias tributárias.

Conclui-se também pela viabilidade da arbitragem tributária com a necessidade alteração da Legislação Complementar (CTN) para prever a extinção do crédito tributário por decisão do tribunal arbitral, bem como alterações do Código Tributário no que tange à hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e da interrupção da prescrição quando iniciado o procedimento arbitral.

Assim é que o *locus* público observado constitui o lugar natural de aplicação, consolidação e expansão dos direitos humanos; como um direito-chave cuja negação é especialmente perigosa para o princípio democrático da igualdade civil e política; como uma arena de direitos e com direitos, e, por esta razão o acesso à justiça deve ser garantido seja através da autocomposição ou pela adjudicação.

CONCLUSÃO: À GUIA DE PONTUAR OS ACHADOS AQUI REUNIDOS

1. Há, atualmente, um incentivo mundial à autocomposição, especialmente com relação à mediação. A União Europeia possui diretiva própria (52/2008) no que concerne a este tipo específico de autocomposição, embora tenha sido bastante criticada pela opção de mediação por adesão ou mediação opt-in. A Itália que adotou o modelo de mediação obrigatória em alguns casos, apesar do nítido sucesso da mediação nos casos cíveis e comerciais, é fortemente criticada, porquanto passa a exigir que os demandantes “experimentem previamente a mediação antes da propositura da ação”, situação que conduz à a legação de obstáculo ao acesso à justiça em seu sentido estrito. O Parlamento Europeu trafega no sentido da mediação obrigatória ou a sujeite a incentivos e sanções, sem impedimento da via do judiciário. Os países americanos, em sua maioria, apresentam legislação mínima sobre autocomposição, contudo o quadro sintético e as argumentações apresentadas no Capítulo 2, demonstram que, a não obrigatoriedade da escolha por um das soluções multiportas de solução de conflitos, que não seja o judiciário, dificulta o cenário futuro para uma mudança de mentalidades, auto responsabilização e cultura da paz. O estudo comparado parece indicar problemas comuns em países de origem *civil law*, onde a preocupação em atendimento à forma – dando valor absoluto às garantias processuais – predomina sobre eventual opção pela mediação obrigatória, mesmo que a nova modelagem esteja a consagrar o direito de Acesso à Justiça com o laço necessário entre a Sociedade e a consecução dos Direitos Humanos.
2. Na tratativa das indagações sobre que dose de justiça acompanham os meios auto compositivos, uma breve incursão sobre alguns postulados filosóficos foi necessária para a conclusão do Capítulo 3. Dar a cada um na medida dos méritos; dar a cada um o que é seu; não faças aos outros o que queres que façam a ti; age sempre de tal modo que a máxima do teu agir possa por ti ser querida como lei universal, são postulados que uma dada ordem social podem preencher-las, a exemplo da ordem jurídica positiva, na visão de Kelsen. Entende ele, então, que a ideia de justiça é irracional e impossível de ser uma justiça absoluta, e considera a validade do direito positivo, independente da norma de justiça. Com relação à compreensão do acesso à justiça, tarefa não menos espinhosa que a primeira, se alcança uma primeira consideração, a de que em razão de novos paradigmas e postulados do direito relacionados à história e aos avanços sociais, cujos reflexos se veem encravados nos direitos

e garantias fundamentais, que a compreensão do acesso à justiça transcende a ideia de acesso à tutela jurisdicional, para alcançar novos mecanismos permissivos a satisfação de valores fundamentais para o ser humano. Assim, sob o enfoque da teoria do conflito, sob a qual haja opção de escolha entre um processo adversarial, onde resulta um vencedor e um processo cooperativo, onde resultam ganhadores, em ambas as hipóteses houve acesso à justiça, mas em uma delas foi descartado do conflito a sua capacidade de gerar soluções construtivas e, quando isso acontece o conflito retornará, porque uma das partes não aceitará a perda. Na nova dimensão apresentada neste estudo, da satisfação da vontade das partes como expressão de justiça a ensejar uma nova ordem de Acesso à Justiça, aquele paternalismo estatal, no qual se preconiza todo um agir do judiciário para que o cidadão obtenha estrutura ótima voltada à solução de conflitos, abre espaço para que as partes exerçam seus arbítrios, primordialmente em posição de respeito recíproco, para eleição da melhor solução criativa. O momento do protagonismo das partes a eleger dentre todas, a solução consensuada, permitindo, assim, em total auto responsabilidade, o surgimento da melhor expressão da Justiça, a satisfativa de suas vontades. Esta sim, será a ordem mais justa, aquela que independe da autoridade, na lição de Larenz; a mais justa, pois deriva do pilar do respeito recíproco entre os envolvidos no conflito e, agora, plenamente satisfeitos com a opção delineada a partir do consenso. Estamos falando do Acesso à Justiça, sob o paradigma de uma nova dimensão, a da satisfação das partes como expressão da Justiça.

3. Os meios auto compositivos na administração pública receberam aparato normativo no Brasil, de modo que não mais é legítimo o levantamento de dúvidas quanto à juridicidade de sua aplicação nas controvérsias que estejam presente de um lado a administração pública, de maneira que indagou-se porque, apesar disso os cidadãos e a própria administração preferem socorrer-se da judicialização à solução pacificada. Sustain e Thaler na esteira da economia comportamental acabam por concluir que os vieses comportamentais e erros cognitivos em relação aos métodos de resolução de disputas, fazem com que a mediação possa ser louvada, divulgada e, ainda assim, subutilizada. Os autores introduzem um conceito de paternalismo libertário, ou seja, é possível respeitar valores de livre escolha ao implementar medidas que ajudem paternalmente as pessoas a tomar melhores decisões. O paternalismo libertário rejeita o sistema de regulação baseado no comando e controle, consistindo na formulação de políticas preservadoras da liberdade de escolha, embora tornem legítimo o exercício do poder de influência dos arquitetos de escolhas no

comportamento das pessoas: altera a conduta humana, se proibir opções ou oferecer incentivos econômicos. A conclusão que se faz acerca da opção da decisão adjudicada em detrimento da mediação nas controvérsias da administração pública parte do pressuposto de que uma alteração na arquitetura de escolha, seria significativa na resolução de disputa, porém sufragadas as possibilidades do “mapeamento” e das sinalizações sobre “erro de expectativa” para os mediandos, resta a alternativa da mudança no método de resolução de disputa padrão, hoje, a adjudicação, para mediação.

4. Sob o aspecto da moderna processualística a afirmar os direitos humanos surge o movimento da Justiça Restaurativa que pretende antes de tudo analisar as necessidades dos envolvidos em conflito (a justiça começa nas necessidades), numa compreensão ampla sobre o fenômeno, com técnicas de solução de conflitos que primam pela criatividade e sensibilidade na escuta e coleciona resultados positivos pelo país. A sua utilização em conflitos socioeducativos nas escolas públicas, nas delegacias como porta de entrada de conflitos sociais, em casos de violência doméstica e ouvidorias são exemplos de que o método autocompositivo tem ampla abrangência e infirmam a efetividade dos direitos humanos, previstos em pactos da ONU aqui tratados, ratificados pelo Brasil, a asseverar que os direitos humanos guardam relação direta com três eixos, sendo um deles o acesso à justiça, que ora se verifica implementado nos casos apresentados, os quais prevêm a difusão dos métodos alternativos, seja Justiça Restaurativa ou mediação, no campo da administração pública, de modo a promover a paz social.

5. Partindo de conceitos como o de conflito, que geram opções criativas, da construção do consenso, a evitar o diálogo da competição para aderir à cooperação e gestão ou administração do conflito, a administração pública já reconhece que não é mais razoável manter o conflito com o cidadão ou judicializar desnecessariamente, seja por razões econômico-financeiras, ou por razões culturais. Em vista de tais conduções contemporâneas, inclusive da filosofia jurídico-política, ingressaram no ordenamento jurídico nacional uma série de normativas propulsoras das mudanças, ofertando ferramental normativo que amparassem os operadores do direito a realizar a opção estimulada pelos meios alternativos de resolução de conflitos. Portanto a juridicidade destes mecanismos para sua aplicação no campo do direito administrativo, mais afeto à administração pública, foram, de fato, ratificada. De igual modo a indisponibilidade do interesse público, ora compreendido na correta aplicação da lei e na realização de justiça, não se confunde com o interesse da

Fazenda Pública ou da Administração. Assim a análise do interesse público passa a ser desenvolvida a partir de uma perspectiva consensual e dialógica e não mais imperativa e monológica, portanto a resolução do conflito da administração pública de forma consensuada estará dentro do escopo do interesse público. Ainda acerca da publicidade, pressupondo que a atuação da administração está inserida no bloco de legalidade, submetendo-se este ponto a uma compreensão sistemática entre as leis que regem a mediação e arbitragem na administração pública e a própria lei de acesso à informação, espancando-se qualquer dúvida quanto a necessidade da publicidade sopesada pela confidencialidade nos casos em que a LAI classifica a informação como sigilosa e aos procedimentos sigilosos que a processualística civil já estabelece para os ritos judiciais.

6. Passo a concluir sobre a juridicidade da Arbitragem Tributária. Primeiro, como dito acima, sobre a vinculação da juridicidade, todos os órgãos e agente estão subordinados à Constituição e à lei, esclarecendo-se nesse raciocínio, por oportuno (i) que a juridicidade vinculativa da Administração Pública conhece uma pluralidade de fontes normativas, falando-se até em “juridicidade em rede”, integrando normas internas, internacionais, supranacionais e estrangeiras; (ii) a Administração Pública não se encontra exclusivamente vinculada a normas jurídicas, assumam elas a natureza de regras ou de princípios; (iii) existem normas extrajurídicas (técnico-científicas, morais, éticas, deontológicas, que parametrizam a conduta administrativa.(iv) a factualidade que emerge na ação administrativa pode ganhar natureza vinculativa face a condutas futuras semelhantes (precedentes) e, afinal (v) sempre que a ordem jurídica reconhece relevância vinculativa a fatos e a normas extrajurídicas face a Administração Pública, ocorre um fenômeno da juridificação de tais realidades. Diante das notas sobre a juridicidade e sua vinculação e, considerando ainda, toda a argumentação trazida no item antecedente, assento a primeira justificação do presente trabalho que diz respeito à sustentabilidade da Arbitragem Tributária, possibilitando, pois, a arbitrabilidade às controvérsias tributárias. Conclui-se, também, pela viabilidade da arbitragem tributária com a necessidade alteração da Legislação Complementar (CTN) para prever a extinção do crédito tributário por decisão do tribunal arbitral, bem como alterações do Código Tributário no que tange à hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e da interrupção da prescrição quando iniciado o procedimento arbitral.

Todas as argumentações colhidas e confrontadas neste estudo buscaram a análise e a demonstração da viabilidade dos meios alternativos de resolução de conflitos na

administração pública, debruçando-se na comparação entre os direitos transfronteiriços; na análise da temática acesso à justiça e até à busca da superação do conceito da nova ordem de Acesso à Justiça; nas teorias que balizam a arquitetura de escolha para a escolha do método mais eficiente de acesso à justiça; nos estímulos proporcionados à Justiça Restaurativa e Mediação, por Programas e Projetos que se espriam de modo desconectado pelo país e, afinal, acerca da juridicidade dos meios alternativos de resolução de conflitos na administração pública.

Portanto, os esforços aqui envidados para enfrentamento da questão primeira realizada, como objeto principal neste trabalho, a qual consistia saber se os meios alternativos quando aplicados sobre controvérsias, em que a administração pública seja parte contribuem para a pacificação social, conduziram à validação positiva. Também se encontra afirmado que os referidos métodos alternativos de solução de conflitos já se encontram juridificados, a ponto de uma mudança ou giro dogmático, no sentido de se tornarem padrão e com obrigatoriedade de uma arquitetura de escolha neste país, em substituição à decisão individual de buscar diretamente o judiciário, sem, preliminarmente, demonstrar a via auto compositiva e seus designs de solução. Resta, ainda, às administrações públicas, promoverem a implantação de suas Câmaras ou elegerem uma central organizada - como dimensões de Acesso à Justiça ainda não estruturadas - que permitam o gerenciamento dos conflitos sociais em rede, na esteira da assertiva de Castells (2005, p. 257-258), “pela primeira vez na história, a unidade básica da organização econômica não é um sujeito individual [...] nem o coletivo. [...] Como tentei mostrar, a unidade é a rede”. Não seria esta a Política Pública do milênio mais acertada para solução dos conflitos na Administração Pública?

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2019.
- BAGGIO, Antônio Maria (org.). **O Princípio Esquecido**. Tradução de: Durval Cordas, Iolanda Gaspar e José Maria de Alemida. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008. v. 1 e 2.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BONETI, Lindomar Wessler. **Políticas Públicas por Dentro**. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2007.
- BRASIL. **Lei de Acesso à Informação. Lei 12.527 de 18 de novembro de 2011**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2011.
- BRASIL. **Lei de Arbitragem. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1996.
- BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Lei 13.655 de 25 de abril de 2018**. Brasília, DF: Presidência da República, 2018.
- CACHAPUZ, Rozane Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de família**. Curitiba: Juruá, 2003.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. v. 2.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CHASE, Oscar. **Law, Culture and Ritual**. New York: New York University Press, 2005.
- CHILE. **Informe Sobre Estado Actual de la Mediación en Uruguay. Avances y Acciones Futuras**. 2014. Disponível em: <http://www.maparegional.gob.ar/accesoJusticia/documents/verDocumento.html?idDocumento=76> Acesso em: 08 ago. 2020.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. Disponível em:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=10430. Acesso em: 10. abr. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. **Panorama da Mediação na EU**. Publicado em EUROPA.EU. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_eu_overview_on_mediation-63-pt.do_. Acesso em: 12 ago. 2018.

DEFFENTE, Sabrina. **Publicação eletrônica** (mensagem pessoal). Mensagem recebida por csg1717@gmail.com, em 26 mai. 2019.

DEMARCHI, Juliana. **Mediação**: proposta de implementação no processo civil brasileiro. 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-01042008-132345/pt-br.php>. Acesso em: 24 jun. 2019.

DEUTSCH, Morton. A Resolução do Conflito: processos construtivos e destrutivos. Tradução de: Arthur Coimbra de Oliveira. *In*: AZEVEDO, Andre Gomma de. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros. v. 2.

EIDT, Elisa Berton. **Publicação eletrônica** (mensagem pessoal). Mensagem recebida por csg1717@gmail.com, em 09 jun. 2019.

EINSTEIN, Albert. **Vida e pensamentos**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ESCOBAR, Marcelo Escobar. **Arbitragem Tributária no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2017.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e Conflito**. Os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os conflitos como processo de mudança social. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Biblioteca Digital FGV, n. 219, jan./mar. 2000. Disponível em:
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47503/45249>. Acesso em: 08 ago. 2020.

FERRO, Ana Luísa de Almeida. **Justiça em Kelsen e Direito Luhmann**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional, ESDC**, n. 10, jul./dez. 2007. Disponível em:
<http://hdr.undp.org/sites/default/files/nhdr-brazil-2009-10-br.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2016.
GUEDES, Regina Rosari Mugayar. **A mídia e a judicialização das relações sociais na América Latina**. Disponível em:

http://www.congresso2017.fomerco.com.br/resources/anais/8/1504187175_ARQUIVO_Ajudicializacaoapresentenamidiaregional.pdf. Acesso em: 01 jul. 2019.

HABERMAS, Jürgen Habermas. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de: Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social**. Madri: Taurus. 1987.

HESPANHA, Antonio Manuel. **O Caleidoscópio do Direito**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HILL, Clair. Hill. **Anti-Anti-Anti Paternalism**. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228299730_Anti-Anti-Anti_Paternalism. Acesso em: 08 ago. 2020.

IPEA. **Brasil em desenvolvimento 2011: Estado, planejamento e políticas públicas**. Brasília: Ipea, 2012.

JAEGER, Werner. **Paideia e a formação do homem grego**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 389-402, dez. 1996. ISSN 2178-1494. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025>. Acesso em: 08 ago. 2020.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras. 1991.

LAGE, Délber Andrade. **A jurisdicionalização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LEDERACH, John Paul; NEUFELDT, Reina; CULBERTSON, Hal. **Construcción de Paz Reflexiva: uma guia de herramientas para planeación, seguimiento y aprendizaje**. Filipinas: Instituto Joan B. Kroc para estudios internacionales de paz Universidade de Notre Dame y Servicios de Auxilio Católico, Oficina Regional Del Sureste y Este de asia, 2007.

LUPETTI, Bárbara. **Nossos hermanos porteños têm muito a ensinar sobre mediação de conflitos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-29/barbara-lupetti-portenos-ensinar-mediacao-conflitos>. Acesso em: 15 jul. 2020.

MACHETE, Pedro. **Estado de Direito Democrático e Administração Paritária**. Coimbra: Almedina, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro**. São Paulo: RT, 2016.

MARTINS, Pedro Batista. Acesso à justiça. *In*: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto (orgs.). **Aspectos fundamentais da lei da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENEZES, Wagner **Tribunais Internacionais. Jurisdição e Competência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MOORE, Christopher W.; WOODROW, Peter J. **Colaborative problem solving within organizations**. Califórnia: SAGE Publications, 1999.

MOORE, W. Christopher. **O processo de mediação**. Tradução de: Magda França. Porto Alegre: Artmed, 1988.

MORAIS, José Luis; MARION SPENLGER, Fabiana. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 81-90, jul. 1997. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47043/46028>. Acesso em: 08 ago. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v209.1997.47043>.

_____. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MORINEAU, Jacqueline. **Lo spirito dela mediazone. Traduzione di Federica Sossi**. Milano: Franco Angel, 2000.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Direito Administrativo Democrático**. São Paulo: Forum, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Novos rumos da Mediação e Arbitragem na Administração Pública Brasileira**. Disponível em: www.justinodeoliveira.com.br. Acesso em: 15 ago. 2016.

OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez, **DOXA**, n. 14, p. 169-194, 1993. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em: 11 jun. 2016.

OTERO, Paulo. **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2016.

PALO, Giuseppe de. **Paradoxo da Mediação na União Europeia ao longo dos últimos dez anos: quando uma diretiva da eu não é suficientemente uma diretiva. Quando uma diretiva da EU não é suficientemente uma diretiva**. 2018. Disponível em: <http://br.icfml.org/wp->

content/uploads/2018/12/O-Paradoxo-da-Mediacao%CC%A7a%CC%83o-na-UE-ao-Longo-dos-U%CC%81ltimos-Dez-Anos-.pdf. Acesso em: 12 nov. 2018.

PASINATTO, Ana Paula; TIMM DO VALLE, Maurício Dalri. Arbitragem Tributária: Breve Análise Luso-Brasileira. **RJLB**, CIPD da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano 3, n. 6, p. 1041-1073, 2017. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_1041_1073.pdf. Acesso em: 30 jun. 2018.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do estado dos anos 90**: lógica e mecanismos de controle. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. v. 1.

PERU. **Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley 26872)**. Disponível em: <http://www.osce.gov.pe/htmls/conciliacion/leyconciliacionextraj.htm> Acesso em: 08 ago. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. Uma leitura processual dos direitos humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos. *In*: KLEVENHUSEN, Renata Braga (org.). **Temas sobre Direitos Humanos em Homenagem ao Professor Vicente Barreto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. A Mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: **REDP**, v.5, n.5, p. 63-94, 2010. Disponível em: <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. (org.). **Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____; DURCO, Karol. **A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito**. O “Juiz Hermes” e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em: 11 jul. 2016.

_____. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **O acesso à justiça e o uso da mediação na resolução dos conflitos submetidos aos Poder Judiciário**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-acesso-a-justica-e-o-uso-da-mediacao-na-resolucao-dos-conflitos-submetidos-ao-poder-judiciario/#:~:text=A%20diretiva%20C3%A9%20a%20primeira,o%20desenvolvimento%20e%20o%20funcionamento>. Acesso em: 08 Ago 2020.

RESTA, Eligio. O Direito Fraternal. Tradução Sandra Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da Mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação Não Violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. São Paulo: Ágora, 2006.

SALES, Lilia Maia de Moraes. Transformação de Conflitos, Construção de Consenso e a Mediação – Complexidade dos Conflitos. In: SPENGLER, Fabiana (Org.). **Mediação enquanto Política Pública**. Santa Cruz do Sul: EdUnisc, 2010.

_____. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem em Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro :Ed. Forense, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação, processo judicial de resolução de conflito**. 1997. 423 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1997.

SMITH, Adam. **Riqueza das Nações**. Lisboa: Gulbenkian, 1993.

SOLER, Raúl Cavo. I Giochi senza arbitro né segnapunti. La mancanza di certezza nella risoluzione deo conflitti. **Ars Interpretandi**. Padova: CEDAM, p.69-92, 2004. Disponível em: <http://www.arsinterpretandi.it/2004-mediazione-ed-ermeneutica/>. Acesso em: 08 ago. 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei**. Santa Cruz do Sul: EUNISC, 2010. <http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books/95/mediacao-enquanto-politica-publica-a-teoria-a-pratica-e-o-projeto-de-lei-.html>.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. A arbitragem - uma visão crítica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 212/2012, p.15-23, out. 2012.

THALER, Richard H. SUSTEIN, Cass S. **Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness**. New York: Penguin Group, 2009

TAVARES, André Ramos. **Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TORRES, Heleno Taveira. Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes: simplificação e eficiência administrativa. **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 530-554, mar. 2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29493>. Acesso em: 30 jun.2018.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008. Regulamenta certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. **Jornal Oficial da União Europeia, Parlamento Europeu e do Conselho**, Bruxelas, 24 maio 2008. p. 3-8.

_____. **Panorama da Mediação na EU**. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_eu_overview_on_mediation-63-pt.do
Acesso em: 12 set.2018.

VERDROSS, Alfred. **Derecho internacional público**. Madrid: Aguilar, 1963.

VILLA LOBOS, Nuno. **Guia da Arbitragem Tributária**. Coimbra: Almedina, 2017.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.; WATANABE, Kazuo (coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Ordem Jurídica (conceito Atualizado de acesso à Justiça)**: Processos Coletivos e outros Estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WATKINS, Daniel. **A Nudge to Mediate: How adjustments in Choice Architecture can Lead to Better Dispute Resolution Decisions**. Disponível em:
<http://www.americanjournalofmediation.com/docs/A%20Nudge%20to%20Mediate.pdf>.
Acesso em: 08 ago. 2020.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça – justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2008.

APÊNDICE A - Quadro Sintético: Aspectos Leais das Leis que Disciplinam a Autocomposição de países Americanos

Quadro 1 – Quadro Sintético: Aspectos Leais das Leis que Disciplinam a Autocomposição de países Americanos

QUADRO SINTÉTICO ASPECTOS LEGAIS DAS LEIS QUE DISCIPLINAM AUTOCOMPOSIÇÃO						
Países	Leis	Obrigatoriedade da Mediação	Princípio da Confidencialidade	Requisitos p/Mediador	Efeitos do Acordo	Aspectos Interessantes
Estados Unidos	<i>Administrative Dispute Resolution Act e Negotiation Rulemaking Act</i>	Nos Juízos de Apelação Federal	Princípio Rígido	Confidencialidade, conflito de interesses, competência, imparcialidade, consentimento s informados, autodeterminação das partes, publicidade e honorários		*berço da mediação moderna; *RegNeg (Regulamento de Negociação) *Múltiplas leis locais sobre autocomposição; *Códigos de Conduta para Mediadores das Associações
Argentina	Lei 26.589/2010 e Decreto 1.467/2011	Obrigatória, antes de judicializar.	Princípio Flexível	Requisitos de bacharelado em direito e capacitação em entidade autorizada e capacitação anual e idoneidade	Se a conclusão do procedimento se deu com acordo, a sua execução se dará como execução de sentença (art. 22 do Decreto 1.467/2011)	*autoriza o mediador a realizar as sessões de mediação nos seus próprios escritórios, reduzindo para as partes os custos de administração e funcionamento
Bolívia	<i>Ley de Conciliación y Arbitraje n° 708 de 25 de junio de 2015</i>	Voluntária	Flexível, em casos de indícios de ato delituoso e quando a informação compromete o	Requisitos: exigência de capacitação mínima de 40 horas (observe q não exige nível superior, ser inscrito no	A ata de conciliação vincula as partes e é exigível com qualidade de coisa julgada,	*a lei disciplina apenas a conciliação e arbitragem; *a lei indica a negociação, a composição

			interesse de Estado	registro de conciliadores, e de adequação à norma legal que estabelece o dever de zelar pela legalidade, transparência e não atuar em controvérsias proibidas em lei.	exceto nos casos estabelecidos em lei que exigirá a homologação do juízo específico. Cabe execução forçada no caso de descumprimento do acordo de conciliação.	amigável e a mediação como <u>meios acessórios</u> para acompanhar a conciliação, “independentes ou integrados a ela”. *somente a conciliação é prevista no processo judicial. * as partes podem ser representadas na sessão de mediação por representantes com poderes expressos.
Colômbia	<i>Ley 640 de 2001; Ley 1395/2010.</i>	Obrigatória	Sem referência nas normas, visto que em nenhuma delas se incorporam os princípios essenciais do procedimento de conciliação.	Requisitos: ser o mediador advogado, assistente social, psicólogo e psicopedagogo, sendo que os dois últimos só atuam como co-mediadores.	Sem acordo deve ser acostada à demanda judicial, como condição de procedibilidade) cópia do procedimento com certificação expedida pelo conciliador ou por centros de conciliação. O acordo alcançado tem valor de título executivo e efeito de coisa julgada.	*Dever de aportar as provas da conciliação em futura demanda judicial, aspecto que pode trazer maior lealdade e cooperação processual. *ausência de obrigações notariais sobre o objeto do conflito posto em sessão conciliatória.

Chile	<i>Ley 19.947/2004;</i> <i>Ley 20.286/2008;</i> <i>Ley 19.334/94</i>	Obrigatória nas matérias de família antes da audiência judicial e a Conciliação em todas as questões processuais, exceto nos Procedimentos Especiais	Dever do Confidencialidade e sem utilização no procedimento judicial subsequente.	Para ser mediador familiar exige-se graduação em carreira de 8 semestres de duração; especialização em mediação; dispor de local adequado para realização de mediação desde que nos limites da jurisdição do juízo no qual se dê a mediação.	Se a mediação finaliza em acordo, a ata é enviada ao tribunal para homologação e terá força executiva. Por outro lado, sem acordo retomará o fluxo do processo judicial, se já aberto.	*especialidade da mediação familiar chilena.
Equador	<i>Ley de Arbitraje e Mediación (RO/45 de 1997) e Codificación da Ley de Arbitraje e Mediación (RO 417/2006)</i>	Não é obrigatória, mas pode, por derivação processual, o juiz da causa enviar a demanda para a sessão de mediação.	A mediação tem caráter confidencial. O pactuado em acordo não é objeto de discussão arbitral ou judicial. As partes podem, de comum acordo, renunciar a confidencialidade.	A Lei apresenta a mediação, a arbitragem e outros meios alternativos de solução de conflitos como um princípio de serviço público à comunidade, portanto reconhece o mediador, ao árbitro ou conciliador uma função com “ <i>munus publico</i> ”.	As atas que constam em acordo, têm efeito de sentença e firmam a coisa julgada.	Interessa frisar que a legislação do país não define serviço público, mas considera o mediador e os centros comunitários unidades prestadoras de serviços públicos que realizam a solidariedade e zelam pelo interesse público.
Paraguai	Lei 1.879/2002	Não obrigatória	O procedimento de mediação tem caráter confidencial	Requisito para mediar: capacitação em curso desenvolvido por um centro de mediação.	O acordo realizado entre as partes tem efeito de coisa julgada desde o	As mediações são realizadas com matérias que derivam de uma relação contratual

				Exige-se do mediador, honorabilidade, capacitação e imparcialidade, imparcialidade, equidade e justiça.	momento que o juiz o homologue	suscetíveis de transação.
Peru	Ley de Conciliacion Extrajudicial 26.872/97, modificada pela Ley 27.398/2001; Decreto Legislativo 1.070/2008 e Decreto Supremo 006/2010	Obrigatória, antes de iniciar o processo judicial e sobre direitos disponíveis das partes	Confidencialidade, excetuada por conhecimento de indícios de fatos delituosos	O mediador deve estar capacitado e vinculado a um centro de conciliação; ter inscrição ativa como mediador no Ministério da Justiça; não possuir antecedentes penais; cidadania plena.	O acordo levado a êxito constitui título executivo.	Recebida a solicitação de Conciliação, o Centro de Conciliação, notifica as partes nos cinco dias seguintes. Se a conciliação resulta em acordo parcial, somente se leva a juízo o conhecimento da parte do direito controvertido.
Uruguai	Constituição de 1830 (previsão de conciliação); Lei 15750/85 (Lei Orgânica da Magistratura e dos Tribunais); Acordo nº 7.664/2009 (Regulamentação da Organização e Funcionamento dos Centros da Mediação).	Nada informa	Nada Informa	Centros da Mediação, reconhecendo a principal finalidade dos Centros de Mediação, a sua atuação em comunidades com pouco ou nenhum acesso à jurisdição, como uma válvula social em lugares críticos.	Nada informa	Procedimento de conciliação tem previsão constitucional de 1830, contudo pouco desenvolvido. A Lei Orgânica traz 10 exceções às hipóteses de conciliação constitucionalmente previstas.

Venezuela	Conciliação tem assento Constitucional em 1819 e art. 158 da Constituição da República Bolivariana	Sem especificação porque várias leis esparsas tratam do assunto e não dizem especificamente sobre a obrigatoriedade.	Sem especificação porque várias leis esparsas tratam do assunto e não dizem especificamente e sobre a Confidencialidade.	Nada Informa	Nada Informa	Não existe lei específica de conciliação ou mediação na Venezuela Ênfase na Mediação Familiar do Trabalho, Penal, da Criança e Adolescente
------------------	--	--	--	--------------	--------------	---