

Judicialização em massa e mediação: uma (necessária) releitura do direito fundamental de acesso à justiça



Pedro Henrique Meira Figueiredo

Juiz Federal Substituto da Seção Judiciária de São Paulo.

RESUMO: O presente artigo pretende estimular o debate acerca da necessidade de releitura do direito fundamental de acesso à justiça, diante do cenário de judicialização em massa e de hegemonia da jurisdição na resolução dos conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição. Mediação. Acesso à justiça.

ABSTRACT: This article intends to stimulate the debate about the need to reread the fundamental right of access to justice, given the scenario of mass judicialization and hegemony of jurisdiction in the resolution of conflicts.

KEYWORDS: Jurisdiction. Mediation. Access to justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fundamentos fáticos e jurídicos para uma (necessária) releitura do direito fundamental de acesso à justiça. 3. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), por sua vez, dispõe em seu artigo 3º que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. Tais enunciados normativos asseguram aos indivíduos não apenas um amplo direito subjetivo de ação, acessível até pelas camadas mais vulneráveis da sociedade por meio da assistência judiciária gratuita e da representação pela Defensoria Pública, mas também o direito à *universalidade de jurisdição*.¹

Desde 1988, com o extenso rol de direitos e garantias fundamentais positivados pelo Poder Constituinte Originário em um texto extremamente analítico, a atividade jurisdicional tem se destinado à proteção não só de direitos individuais, mas também de direitos e interesses *transindividuais* (inclusive de titulares indetermináveis), os quais, em sua maioria, demandam prestações *positivas* do Estado para se verem resguardados e implementados.

E foi visando a conferir maior efetividade ao exercício da jurisdição na tutela de tais interesses que a Constituição de 1988 reforçou a prerrogativa do Poder Judiciário de sindicatizar atos da própria Administração Pública, antes mesmo da prolação de uma decisão com força de definitiva no plano do contencioso administrativo, bem como de atos eminentemente políticos, outrora tidos como intocáveis pelos magistrados, rompendo, assim, com as bases da concepção liberal francesa da função jurisdicional para conferir-lhe um papel de maior destaque na salvaguarda do Estado Democrático de Direito ora instaurado.

No entanto, com os ganhos proporcionados pela ampliação do acesso à justiça por

meio da concessão de assistência judiciária aos hipossuficientes (arts. 5º, incisos LXXIV e LXXVII, e 134 da CRFB/88) e da expansão da tutela jurisdicional aos direitos e interesses transindividuais e individuais homogêneos (arts. 5º, incisos XXXII, LXX e LXXIII, 6º e 127 da CRFB/88), surgiram também entraves à *efetivação* dos direitos.

O crescimento exponencial de demandas judiciais, aliado ao alto custo de manutenção da máquina estatal judiciária num país com severa concentração de riquezas e má gestão dos recursos públicos, ocasionou uma explosão de litigiosidade e, consequentemente, um atraso considerável na entrega da prestação jurisdicional ao cidadão por um Poder Judiciário carente de infraestrutura e recursos humanos.

O cenário atual, inaugurado com a (necessária) aproximação da função judicante aos mais diversos reclames da sociedade nos últimos vinte anos, tem sido caracterizado por um elevadíssimo número de ações judiciais em longa tramitação nos escaninhos dos fóruns, sem que muita ou qualquer providência efetiva tenha sido tomada em tempo e modo adequados visando à tutela dos direitos envolvidos nos conflitos.

Daí a preocupação do Poder Constituinte Reformador – e do próprio Poder Judiciário – em tentar solucionar a crise de efetividade da função jurisdicional com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual, dentre outras providências, fez inserir na Carta Magna o direito fundamental dos cidadãos à *duração razoável do processo* (art. 5º, inciso LXXVIII) e o dever dos tribunais de aferição da *produtividade* dos magistrados para fins de promoção por merecimento (art. 93, inciso II, alínea c).

Esse processo evolutivo da jurisdição, com a ampliação dos meios de acesso pelos cidadãos e dos direitos e interesses por ela tuteláveis e a preocupação com sua efetividade, pode ser observado em todas as nações democráticas ocidentais a partir de meados

¹ MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio C.; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1.

da década de 1960. Cappelletti e Garth foram, inclusive, consagrados no mundo jurídico com sua tese sobre as “ondas de acesso à justiça”, as quais, segundo os ilustres mestres, consistiram justamente na consagração evolutiva (I) da assistência judiciária para os pobres, (II) da representação dos interesses difusos e (III) do acesso à justiça propriamente dito, com enfoque na efetividade das normas processuais.²

Nessa linha, o novo Código de Processo Civil assegura em seu artigo 4º que “as partes têm o direito de obter *em prazo razoável* a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, trazendo como possíveis soluções à crise de efetividade dos direitos – e da própria jurisdição – a extinção de recursos anteriormente previstos, a criação de incidentes de uniformização (e vinculação) da jurisprudência e o incentivo aos meios consensuais de solução de controvérsias.

É diante desse quadro de judicialização em massa e de hegemonia da jurisdição na resolução dos conflitos que se pretende instigar o leitor, ainda que de forma breve e singela, a uma necessária releitura do que vem sendo propagado como o direito fundamental de acesso à *justiça*.

2. Fundamentos fáticos e jurídicos para uma (necessária) releitura do direito fundamental de acesso à justiça

Como já ressaltado na introdução, o direito fundamental de acesso à justiça encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio, notadamente em disposição constitucional



arrolada no título destinado aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, inciso XXXV).

Trata-se, em breves linhas, da prerrogativa que possui o cidadão de se valer de um dos mecanismos de solução de controvérsias admitidos em Direito a fim de obter uma decisão equitativa sobre determinado conflito e assecuratória dos direitos materiais nele porventura envolvidos.

Nesse sentido, é defeso ao Estado juiz, na condição de órgão titular da função jurisdicional, se recusar a processar uma demanda devidamente ajuizada pelo cidadão (indeclinabilidade da jurisdição), assim como é vedado ao Estado legislador, enquanto detentor do poder de editar atos normativos primários e abstratos, criar leis que excluam da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (inafastabilidade da jurisdição).

Ocorre, no entanto, que paira sobre os cidadãos leigos – e até mesmo sobre alguns profissionais do meio jurídico – a equivocada ideia de que o acesso à *justiça* se resume ao acesso à *jurisdição*, consistindo os demais métodos reconhecidos de solução de controvérsias (mediação, por exemplo) em meras *alternativas* postas à disposição dos interessados em casos pontuais e menos importantes.

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

É preciso ter em mente que o fato de a Constituição de 1988 ter assegurado aos brasileiros a inafastabilidade da jurisdição não os impede de buscar a solução dos conflitos por meio da negociação e do consenso. A própria Carta Magna, em seu preâmbulo, defende o compromisso da sociedade brasileira com a “solução pacífica das controvérsias”, tendo inclusive alçado tal método como princípio norteador da República Federativa do Brasil em suas relações internacionais (art. 4º, inciso VII). E o novo Código de Processo Civil reafirma tal posição ao explicitar o dever do Estado em promover e incentivar, *a qualquer momento do processo*, a autocomposição (arts. 3º, §§ 2º e 3º, e 139, inciso V), bem como de realizar audiência de conciliação ou mediação entre as partes na fase inicial do procedimento comum (art. 334).

Não se deve, portanto, reduzir o conceito da garantia constitucional de acesso à justiça, presente no inciso XXXV do artigo 5º, ao direito público subjetivo de acesso à jurisdição, podendo o indivíduo buscar seus direitos (*rectius*: acessar a justiça) valendo-se de qualquer um dos mecanismos de solução de controvérsias disponíveis e não vedados pelo ordenamento jurídico.

Em feliz síntese sobre o tema do acesso à justiça e da inafastabilidade da atividade jurisdicional, Marinoni, Arenhart e Mitidiero esclarecem que “a Constituição veda é a interdição da apreciação do Poder Judiciário pelo próprio Estado”,³ não havendo nenhuma previsão normativa impositiva do *monopólio* da solução de conflitos pela jurisdição – exceto nos casos que envolvam interesses indisponíveis e insuscetíveis de transação (*vide* art. 1º da Lei nº 9.307/1996 e art. 3º da Lei nº 13.140/2015).

Prosseguem Marinoni, Arenhart e Mitidiero sobre o tema:

No Estado Constitucional, os conflitos podem ser resolvidos de forma *heterocompositiva* ou *autocompositiva*. Há heterocomposição quando *um terceiro resolve* a ameaça ou crise de colaboração na realização do direito material entre as partes. Há autocomposição quando *as próprias partes* resolvem seus conflitos. Nessa linha, note-se que também por essa razão é impróprio pensar a jurisdição como meio de resolução de uma lide por sentença. Na verdade, o conflito deve ser tratado com a técnica processual mais apropriada às suas peculiaridades – que inclusive podem determinar o recurso à jurisdição como *ultima ratio*. *Não é por outra razão que o novo Código [de Processo Civil] explicitamente coloca a jurisdição como uma das possíveis formas de resolução de controvérsias (art. 3º do CPC). Ao fazê-lo, nosso Código concebe a Justiça Civil dispondo não apenas de um único meio para resolução do conflito – uma única “porta” que deve necessariamente ser aberta pela parte interessada. Pelo contrário, nosso Código adota um sistema de “Justiça Multiportas” que viabiliza diferentes técnicas para solução de conflitos – com especial ênfase na conciliação e na mediação. [destaques originais]*⁴

Tais esclarecimentos são necessários ante o já desenhado quadro de excesso de litigiosidade e judicialização em massa, constatado recentemente pelo Conselho Nacional de Justiça em seu relatório “Justiça em Números 2018: ano-base 2017”,⁵ segundo o qual há no Brasil cerca de oitenta milhões de processos judiciais em tramitação e pouco mais de dezoito mil juízes na ativa, os quais, no âmbito da Justiça Federal de 1º Grau, levam um tempo médio de mais de quatro anos para a prolação da sentença.

3 MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio C.; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1, p. 184.

4 *Ibidem*, p. 173-174.

5 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018: ano-base 2017*, figura 121. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2018.

É diante desse cenário crítico que tem se tornado imperiosa a valorização dos meios seculares – dito “alternativos” – de solução de controvérsias, bem como a formulação de soluções eficazes no tratamento da morosidade da jurisdição, num processo de inevitável releitura do direito fundamental de acesso à justiça, tanto em seu aspecto ontológico, quanto sob o enfoque de sua *efetividade*.

Não por outro motivo, as discussões institucionais sobre a importância dos métodos de autocomposição só ganharam força com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 e a institucionalização do direito à duração razoável do processo, notadamente a partir da instalação do Conselho Nacional de Justiça. Foi nesse contexto, seguinte ao da reforma processual que consolidou as técnicas de antecipação dos efeitos da tutela e de distribuição isonômica do ônus do tempo no processo (Lei nº 8.952/1994), que os juristas brasileiros passaram a se ater não mais ao acesso à jurisdição em si, exaustivamente consagrado pela Constituição de 1988, mas à efetividade desse mecanismo como forma de tutela dos direitos e de pacificação social.

A partir de então, o direito fundamental de acesso à justiça, embora ainda focado quase que exclusivamente na atividade jurisdicional, passou a ser compreendido como “não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, *em prazo adequado*, uma decisão justa e com potencial de atuar *eficazmente* no plano dos fatos”.⁶

Conforme destacado, o Conselho Nacional de Justiça teve papel decisivo na *institucionalização* da mediação como meio de solução de controvérsias – e, portanto, como mecanismo “oficial” de acesso à justiça. E aqui cabem duas observações preliminares: (I) fala-se em institucionalização, pois os meios de autocomposição precedem a atividade

dos *praetores* na Roma Antiga,⁷ tendo sido expressamente contemplados nas Ordenações Filipinas;⁸ (II) o termo “mediação” é utilizado como sinônimo de método de autocomposição no qual um terceiro auxilia as partes a chegarem a uma decisão consensual por meio de transação, submissão ou renúncia, na linha do que preceitua a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), não obstante a diferenciação promovida pelo novo Código de Processo Civil entre “mediação” e “conciliação” (art. 165, §§ 2º e 3º).

Pois bem. Com o advento da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, emitida pelo Conselho Nacional de Justiça, foi instituída no Poder Judiciário a “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses”. Em seu preâmbulo, nos termos da Emenda nº 2/2016, se considerou que:

[...] o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica *acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas*; [...] caber ao Poder Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado aos problemas jurídicos e aos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, os serviços prestados nos processos judiciais, bem como incentivar sua solução *mediante outros mecanismos*, em especial

7 CINTRA, Antônio C. A.; DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Ada P. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

8 Eis o teor do item 1 do Título XX do Livro III: “E no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e se sigam entre elles os odios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre duvidoso. E isto, que dissemos de reduzir as partes à concordia, não he de necessidade, mas somente de honestidade nos casos, em que o bem podem fazer. [...]” (ALMEIDA, Cândido Mendes de (Ed.). *Ordenações e leis do Reino de Portugal*: recopiladas por mandado d’El-Rey D. Philippe I. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>> Acesso em: 20 nov. 2017).

6 ZAVASCKI, Teori A. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 64.

os consensuais, como a mediação e a conciliação;

[...] a conciliação e a mediação são instrumentos *efetivos* de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que os programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; [destaques meus]

Com isso, consagrou-se, ainda que de modo tardio, a noção de que a jurisdição é apenas um dos mecanismos de acesso à justiça, eliminando-se a equivocada – porém até então consolidada – distinção entre meios *principal* e *alternativos* de solução de controvérsias para se estabelecer a ideia de que jurisdição e mediação, além da arbitragem, formam um conjunto de meios *adequados* de resolução de conflitos. Somente o caso concreto, com sua natureza e peculiaridades, definirá a preferência por um desses mecanismos sob o viés da adequação, conforme preceitua o artigo 1º da citada resolução, não havendo uma ordem predeterminada e abstrata de precedência entre eles.

Ainda de acordo com a Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, os tribunais foram incumbidos de criar Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), voltados ao planejamento estratégico e centralizado da mediação (art. 7º), e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros), destinados precipuamente à realização de audiências e sessões de mediação em suas respectivas circunscrições judiciárias (art. 8º).

Ademais, a resolução incumbiu ao Conselho Nacional de Justiça estimular e fomentar as “Semanas da Conciliação” em todo o país, bem como estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias, Ministério Público e entidades da iniciativa privada visando a estimular sua participação nos Centros e a valorizar a atuação na prevenção dos litígios (art. 6º). Tudo a evidenciar a virada institucio-

nal observada nos últimos dez anos no âmbito do Poder Judiciário, voltada à consagração da mediação como meio *autêntico* e *eficiente* de acesso à justiça pelos cidadãos.

Com o advento do novo Código de Processo Civil em 2015, o regramento infralegal instituído pelo Conselho Nacional de Justiça ganhou respaldo do Poder Legislativo. Além de todas as disposições processuais aqui já mencionadas de reforço à valorização da mediação (arts. 3º, §§ 2º e 3º, 139, inciso V, e 334), a nova legislação processual codificada consagrou os conciliadores e mediadores como verdadeiros auxiliares da justiça, tendo regulamentado minuciosamente suas atividades nos Centros e explicitado os princípios norteadores do processo de mediação, conferindo-lhe maior segurança jurídica (arts. 165 a 175).

Nesse sentido, foram destacadas as vantagens de se adotar a autocomposição como meio de solução de controvérsias, tendo em vista a *informalidade*, a *oralidade* – as quais garantem maior celeridade e eficiência na tutela dos direitos materiais envolvidos na lide – e a *confidencialidade* – trazendo, pois, confiança e conforto às partes na discussão da causa – asseguradas legalmente em todo e qualquer procedimento de mediação.

Ademais, o novo Código de Processo Civil previu expressamente a possibilidade de instituição de câmaras privadas de mediação em todo o país, em nítida *socialização* do dever de composição civilizada dos conflitos, a exemplo do que há muitos anos já se verifica em nações democráticas desenvolvidas como os Estados Unidos da América.

Embora de forma tímida, o novo Código de Processo Civil fomentou a mediação até mesmo pela Fazenda Pública, com a previsão de criação de câmaras de conciliação e mediação voltadas a dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública e promover, quando cabível, a celebração de compromissos de ajustamento de conduta. Não se previu expressamente, no entanto,

a possibilidade de resolução consensual de conflitos entre particulares e Administração Pública no âmbito de tais câmaras, havendo tão somente menção à atribuição destas em “avaliar a *admissibilidade* dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública” (art. 174, inciso II – destaque meu).

No ano de 2015, houve, ainda, a promulgação da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), a qual consolidou num único texto todas as normas sobre mediação entre particulares, além de dispor sobre a autocomposição no âmbito da administração pública. Trata-se do marco normativo da mediação no Brasil, o qual, dentre outras previsões, estabeleceu a possibilidade de uso da autocomposição até mesmo em conflitos versando direitos *indisponíveis*, porém transigíveis, desde que submetida à homologação em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público (art. 3º, § 2º).

Com isso, a mediação, a um só tempo, foi definitivamente alçada ao patamar de meio *oficial* de solução de controvérsias e teve alargadas as hipóteses de sua admissibilidade e adequação, passando a ser utilizada, por exemplo, em demandas versando sobre graves danos ao meio ambiente – caso da tragédia de Mariana/MG, em que o Ministério Público Federal e as empresas responsáveis pelo empreendimento minerário poluidor firmaram termos de acordo, homologados em juízo, voltados ao amparo da população diretamente atingida e à realização de estudos preliminares de recomposição ambiental.⁹

A Lei nº 13.140/2015 positivou, embora de modo não exaustivo, o procedimento de mediação judicial e extrajudicial, visando a conferir maior segurança jurídica aos acordos firmados entre os interessados (arts. 14 a 29). Nesse ponto, cabe destacar os dispositivos que preveem a possibilidade de suspensão de processo judicial ou arbitral quando as partes

pretenderem se submeter à mediação (art. 16) e a isenção de custas judiciais finais no caso de o conflito ser solucionado pela mediação antes da citação do réu (art. 29). Confira-se o teor:

Art. 16. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

§ 1º. É irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes.

§ 2º. A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro.

Art. 29. Solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais.

No que toca aos conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública, supramencionada lei estipulou novamente a possibilidade de criação de câmaras de prevenção e resolução de conflitos no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, inclusive sobre os referentes ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com particulares, bem como a configuração dos acordos porventura realizados como títulos executivos extrajudiciais (art. 32).

No âmbito federal, foram instituídas, desde logo, a possibilidade de transações por adesão, nos casos de demandas repetitivas (art. 35), e a necessidade de autorização do Advogado-Geral da União para a propositura de ação judicial em que figurem concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades da Administração Pública Federal (art. 39). Esse é o teor da Seção II do Capítulo II do diploma legal:

Seção II

Dos Conflitos Envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações

⁹ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-mariana/atuacao-do-mpf/atuacao-na-1a-instancia/acordos>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

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

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

§ 1º. Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.

§ 2º. Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa.

§ 3º. A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia.

§ 4º. A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa.

§ 5º. Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa.

§ 6º. A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão.

Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§ 1º. Na hipótese do *caput*, se não houver

acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta. § 2º. Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União poderá solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.

§ 3º. A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar.

§ 4º. Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Art. 37. É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

Art. 38. Nos casos em que a controvérsia jurídica seja relativa a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União:

I - não se aplicam as disposições dos incisos II e III do *caput* do art. 32;

II - as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços em regime de concorrência não poderão exercer a faculdade prevista no art. 37;

III - quando forem partes as pessoas a que alude o *caput* do art. 36:

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

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

Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta a competência do Advogado-Geral da União prevista nos incisos VI, X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e na Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. (Redação dada pela Lei nº 13.327, de 2016)

Art. 39. A propositura de ação judicial em que figurem concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a administração pública federal deverá ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União.

Art. 40. Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

No entanto, para que a mediação passe a ser mais utilizada – e *legitimada* – pelas pessoas naturais, pela iniciativa privada e pelos próprios órgãos públicos, não basta que se implementem alterações radicais no ordenamento jurídico, cabendo ao Estado promover uma verdadeira mudança na “cultura do litígio” há muito consolidada, mediante a conscientização da sociedade acerca dos inúmeros benefícios da autocomposição.¹⁰

10 MENDES, Gustavo C. A conciliação como forma consensual de resolução de conflitos e de acesso à ordem jurídica

Exemplo claro da necessidade de tal conscientização se verifica no dia a dia da Justiça Federal de 1º Grau, em que a mediação avança a passos curtos devido, principalmente, à resistência de parte das Procuradorias da União, da Fazenda Nacional e das autarquias federais em celebrar acordos e pôr fim às demandas de forma consensual, para além dos casos em trâmite nos Juizados Especiais Federais (art. 10, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001).

Isso devido ao engessamento da atividade dos procuradores diante de inúmeras previsões legais que demandam autorização do Advogado-Geral da União para a realização de autocomposição de conflitos, a exemplo da Lei nº 9.469/1997, bem como do temor de questionamentos por parte do Tribunal de Contas da União com relação aos acordos pontualmente realizados. Tudo em nome do princípio da indisponibilidade do interesse público, em sua leitura mais conservadora e enviesada à legalidade estrita, em detrimento da economicidade, da eficiência e da proporcionalidade – da *juridicidade*, em suma¹¹ – na execução da dívida ativa e na discussão em juízo da dívida pública.¹²

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça,¹³ embora 12,1% das sentenças proferidas em todo o Poder Judiciário no ano de 2017 tenham sido homologatórias de acordo, no âmbito da Justiça Federal esse índice foi de apenas 7,1%, estando atrás da Justiça Esta-

justa e efetiva. In: VELOSO, Roberto C.; SILVA, Fernando Q. *Justiça federal: estudos doutrinários em homenagem aos 45 anos da AJUFE*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 123-138.

11 OLIVEIRA, Rafael C. R. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

12 MENDES, Gustavo C. A conciliação como forma consensual de resolução de conflitos e de acesso à ordem jurídica justa e efetiva. In: VELOSO, Roberto C.; SILVA, Fernando Q. *Justiça federal: estudos doutrinários em homenagem aos 45 anos da AJUFE*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 123-138.

13 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018: ano-base 2017*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2018.

dual (10,7%) e da Justiça do Trabalho (24,8%). Nos juizados especiais federais, a despeito de previsão legal expressa autorizando a auto-composição pela Fazenda Pública, o índice é levemente superior, atingindo 10%.

E tais marcas só foram alcançadas graças aos esforços dos Tribunais Regionais Federais com a criação dos Núcleos e Centros de Conciliação, a capacitação permanente de conciliadores e mediadores e a instituição de sistema de autocomposição pré-processual, a partir de política instituída pelo Conselho da Justiça Federal por meio da Resolução nº 398, de 4 de maio de 2016.

Enquanto a sociedade e o Poder Público não firmarem consciência da necessidade de enfoque na *efetividade* do acesso à justiça, assim considerado em sua acepção ontológica correta, os dados de congestionamento dos órgãos jurisdicionais apresentados no relatório “Justiça em Números 2018: ano-base 2017”, do Conselho Nacional de Justiça, permanecerão em crescente escalada.

Ainda que se desconsidere a crise econômica atual e se promova um considerável incremento no aparato judicial, mencionado congestionamento, aferido anualmente naquela pesquisa, seguirá bem acima da casa dos sessenta por cento, alavancada, no âmbito da Justiça Federal de 1º Grau, pela propositura desenfreada de execuções fiscais pela União e pelas autarquias federais (incluindo os conselhos de fiscalização profissional) em valores pouco significativos ou sem qualquer utilidade do ponto de vista arrecadatário.

Tudo em prejuízo do próprio cidadão brasileiro, o qual muito contribui e pouco tem recebido em contrapartida de um Estado que se pressupõe ser a ele direcionado, e não um fim em si mesmo.

3. Conclusão

A mediação é uma importante ferramenta na solução de conflitos entre particulares, ou entre estes e o Estado, e na redução



do gargalo na atividade jurisdicional. Com a adoção de tal método, elimina-se o cenário de “perde-ganha” entre os interessados e passa-se a trabalhar com uma solução que seja mais razoável e proporcional a ambas as partes, sempre à luz do caso concreto.

Num ambiente mais informal e menos intimidador, as pessoas em conflito são chamadas a dialogar em igualdade de condições, numa conversa franca e confidencial garantida por um terceiro desinteressado. Havendo acordo, ganham os interessados e o Poder Judiciário com uma solução rápida e desburocratizada, livre dos entraves do processo judicial. Não chegando as partes a um consenso, ocorre, ao menos, o apaziguamento dos ânimos e o desenvolvimento de um canal saudável de diálogo, sem prejuízo do prosseguimento das discussões no foro judicial competente.

Ao contrário do que propagado em muitas faculdades de Direito, apegadas ainda hoje à cultura do litígio, trata-se de um processo altamente sofisticado de resolução

de controvérsias, o qual tem demandado dos profissionais envolvidos (mediadores) um nível cada vez maior de preparação intelectual para lidar com os conflitos surgidos das dinâmicas e complexas relações sociais.

Obviamente, a mediação não conduz à solução de todos os problemas e a jurisdição não deve ser obstada ou relegada a um segundo plano, sob pena de ofensa à Constituição. Cada caso concreto deve ser previamente analisado com o intuito de se verificar qual o mecanismo de solução de controvérsias mais *adequado* à hipótese: mediação, jurisdição ou arbitragem – esta última cada vez mais reconhecida pelo Poder Judiciário como meio *legítimo* de acesso à justiça,¹⁴ sendo frequen-

temente utilizada por empresas em demandas envolvendo contratos complexos no âmbito do comércio exterior e do mercado financeiro.

Isso sem contar o processo administrativo, legitimado pela própria Constituição

14 “CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL E ÓRGÃO JURISDICIONAL ESTATAL. CONHECIMENTO. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO. DEVER DO ESTADO. PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA. PRECEDÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL EM RELAÇÃO À JURISDIÇÃO ESTATAL. CONTROLE JUDICIAL A *POSTERIORI*. CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE O DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O INTERESSE PÚBLICO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE.

I - Conflito de competência entre o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, suscitado pela Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRAS. Reconhecida a natureza jurisdicional da arbitragem, compete a esta Corte Superior dirimir o conflito.

II - Definição da competência para decidir acerca da existência, validade e eficácia da Cláusula Compromissória de Contrato de Concessão firmado para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, cujas condições para execução foram alteradas unilateralmente pela agência reguladora por meio da Resolução da Diretoria (RD) n. 69/2014.

III - O conflito de competência não se confunde com os pedidos e causa de pedir da ação originária, na qual se objetiva a declaração de indisponibilidade do direito objeto da arbitragem e consequente inaplicabilidade da cláusula arbitral e a declaração de nulidade do procedimento arbitral em decorrência da Resolução da Diretoria n. 69/14, alterando a área de concessão controvertida, cumulado com pedido de anulação do processo arbitral, qual seja, de *anti-suit injunction*, destinada a evitar seu processamento junto ao Juízo Arbitral.

V - O CPC/2015 trouxe nova disciplina para o processo judicial, exortando a utilização dos meios alternativos de solução de controvérsia, razão pela qual a solução consensual configura dever do Estado, que deverá promovê-la e incentivá-la (art. 3º, §§ 1º e 2º). A parte tem direito de optar pela arbitragem, na forma da lei (art. 42).

VI - A Lei n. 13.129/15 introduziu no regime jurídico da arbitragem importantes inovações, com destaque para os princípios da competência-competência, da autonomia da vontade e da cláusula compromissória (arts. 1º, 3º e 8º, parágrafo único).

VII - No âmbito da Administração Pública, desde a Lei n. 8.987/95, denominada Lei Geral das Concessões e Permissões de Serviços Públicos, com a redação dada pela Lei n. 11.196/05, há previsão expressa de que o contrato poderá dispor sobre o emprego de mecanismos privados para resolução de conflitos, inclusive a arbitragem. No mesmo sentido a Lei n. 9.478/97, que regula a política energética nacional, as atividades relativas à extração de petróleo e a instituição da ANP (art. 43, X) e a Lei n. 13.129/15, que acresceu os §§ 1º e 2º, ao art. 1º da Lei n. 9.307/96, quanto à utilização da arbitragem pela Administração Pública.

VIII - A jurisdição estatal decorre do monopólio do Estado de impor regras aos particulares, por meio de sua autoridade, consoante princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da Constituição da República), enquanto a jurisdição arbitral emana da vontade dos contratantes.

IX - A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8º e 20, da Lei n. 9.307/96, com a redação dada pela Lei n. 13.129/15).

X - Convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

XI - A arbitragem não impossibilita o acesso à jurisdição arbitral por Estado-Membro, possibilitando sua intervenção como terceiro interessado. Previsões legal e contratual.

XIII - Prematura abertura da instância judicial em descompasso com o disposto no art. 3º, § 2º, do CPC/2015 e os termos da Convenção Arbitral.

XIV - Conflito de competência conhecido e julgado procedente, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Agravos regimentais da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e do Estado do Espírito Santo prejudicados”.

(STJ, Primeira Seção, CC 139.519/RJ, Relatora para o acórdão Ministra Regina Helena Costa, j. 11/10/2017, DJE 10/11/2017)

de 1988 (art. 5º, incisos LIV e LV) e por lei federal (Lei nº 9.784/1999), rotineiramente adotado na solução de questões tributárias e previdenciárias.

Sob outra ótica, o fomento à mediação *fortalece* a atividade jurisdicional, uma vez que reserva a esta a decisão de conflitos verdadeiramente vocacionados à sua atuação, a envolver questões altamente sensíveis e insuscetíveis de transação (nacionalidade, cidadania, liberdade de locomoção *etc.*) ou aquelas em que as tentativas de acordo restaram frustradas, demandando, aí sim, a

substituição da vontade das partes por uma imposição firme do Estado juiz.

Afinal, não há nada mais grave e ameaçador à própria existência de um Estado Democrático de Direito que uma jurisdição ineficiente, incapaz de fornecer uma solução célere a cada uma das querelas diuturnamente apresentadas; ou, pior, provedora de pronunciamentos ineficazes e que não tutelam de modo adequado os direitos envolvidos em determinados conflitos, em razão da eleição inadequada do processo judicial pelas partes.

Referências

ALMEIDA, Cândido Mendes de (Ed.). *Ordenações e leis do Reino de Portugal*: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>> Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. *Constituição (1988)*: Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. *Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8952.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. *Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9469.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antônio C. A.; DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Ada P. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Resolução nº 398, de 4 de maio de 2016*. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 6 maio 2016. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jspui/handle/1234/49003>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018*: ano-base 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2018.

_____. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 1º dez. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 20 nov. 2017.

MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio C.; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1.

MENDES, Gustavo C. A conciliação como forma consensual de resolução de conflitos e de acesso à ordem jurídica justa e efetiva. In: VELOSO, Roberto C.; SILVA, Fernando Q. *Justiça federal: estudos doutrinários em homenagem aos 45 anos da AJUFE*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 123-138.

OLIVEIRA, Rafael C. R. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Primeira Seção, CC 139.519/RJ, Relatora para o acórdão Ministra Regina Helena Costa, j. 11/10/2017, DJe 10/11/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500766352&dt_publicacao=10/11/2017> Acesso em: 20 nov. 2017.

ZAVASCKI, Teori A. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.