

**CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO OBRIGATÓRIAS PARA UM USO RACIONAL  
DA MÁQUINA JUDICIÁRIA – EXPERIÊNCIA NA UNIÃO EUROPEIA E NA  
COLÔMBIA<sup>1</sup>**

***MANDATORY CONCILIATION AND MEDIATION FOR RATIONAL USE OF THE  
JUDICIARY MACHINE - EXPERIENCE IN THE EUROPEAN UNION AND  
COLOMBIA***

*Vinicius Ribeiro Cazelli*

Mestre em Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Regional (Faculdade Vale do Cricaré). Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Registrador de Imóveis em Marataízes/ES. Marataízes/ES. E-mail: [vinicius.cazelli@hotmail.com](mailto:vinicius.cazelli@hotmail.com)

*Ricardo Rage Ferro*

Mestre em Direito pela UERJ. Doutorando pela Universidade Estácio de Sá. Ex-procurador da República, do estado do Rio de Janeiro e do município de São Paulo. Tabelião em Recife/PE. Recife/PE. E-mail: [rrferro@gmail.com](mailto:rrferro@gmail.com)

**RESUMO:** O artigo propõe uma revisitação na interpretação da cláusula de acesso à justiça com vistas não apenas a uma melhoria na prestação dos serviços jurisdicionais quanto também como decorrência do princípio constitucional da solidariedade. Neste sentido, a ninguém pode ser dado desperdiçar tempo ou recursos alheios injustificadamente através de um uso indevido (porém tacitamente e diuturnamente consentido) da máquina judiciária. São trazidas compreensões adotadas na União Europeia e na Colômbia, segundo as quais não há de se falar em violação da cláusula de acesso universal à justiça quando se prevê a obrigatoriedade de prévia tentativa de conciliação ou mediação. Longe de afastar o acesso à

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 29/08/2019 e aprovado em 03/04/2020.

justiça, serve para caracterizar e demonstrar um real interesse de agir agora justificado pela impossibilidade da solução do conflito *inter partes*. Por último faz-se uma breve interpretação do interesse de agir nacional com base na doutrina de conciliação e mediação obrigatórias para o uso racional da máquina judiciária.

**PALAVRAS-CHAVE:** acesso à justiça - conciliação – mediação – princípio da solidariedade – uso racional – máquina judiciária – experiência Colômbia – experiência União Europeia

**ABSTRACT:** The article proposes a new focus in the interpretation of the access to justice clause aimed not only to an improvement in the judicial service quality but also as a result of the constitutional principle of solidarity. In this way, no one can be given the right to waste time or resources of others unjustifiably through misuse (but tacitly and day-to-day admitted use) of the judiciary. Concepts and ideas are adopted in the European Union and Colombia that there is no violation of the universal access to justice clause when a prior attempt at conciliation or mediation is required. Far from hampering access to justice, it serves to characterize and demonstrate a real justification for suing from now on exposed by the impossibility of resolving the conflict between plaintiff and defendant. At least, a brief interpretation of the justification for suing based on the doctrine of mandatory conciliation and mediation for the rational use of the judiciary machine is given.

**KEY WORDS:** access to justice - conciliation - mediation - solidarity principle - rational use - judiciary – Colombia experience - European Union experience

## 1 INTRODUÇÃO

Um dos mais, senão o maior problema na prestação da atividade jurisdicional nos dias atuais é a sua incapacidade de solucionar litígios de modo satisfatório em um tempo razoável.

Múltiplos são os fatores apontados que corroboram esta situação, entre eles: alto grau de litigiosidade, parco uso de mecanismos de solução de litígios de massa, insuficiência

numérica e baixa produtividade de servidores, isenção quase que absoluta de custas em juizados especiais com raríssimos casos reconhecidos como litigância de má-fé, ausência de efetiva cultura acadêmica e profissional de composição de litígios.

A atuação judicial excessiva recebe críticas por muitas das vezes realizar a microjustiça, negando observância à isonomia de tratamento ao distribuir desigualmente os recursos coletivos escassos. Todos devem ser tratados igualmente perante a lei (art. 5º da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 - CF) e permitir-se exigir algo do Estado em benefício de um indivíduo que não seja possível de conceder a outros que tenham as mesmas necessidades implica a criação de um sistema de distribuição de justiça desigual e excludente.

A rotineira substituição de decisões legislativas e executivas (e por que não das próprias partes litigantes) por judiciais configura-se muitas das vezes despida de legitimidade democrática, tornando o sistema ineficiente ante a morosidade na resposta às demandas e a incapacidade em tomada de decisões tecnicamente corretas (escolhas de políticas públicas fundam-se em elementos técnicos especializados ante os quais Judiciário deveria manter reserva<sup>2</sup>).

A crise da democracia representativa impõe, para uma maior legitimidade social das decisões estatais, a participação efetiva do cidadão em escolhas e decisões públicas. Nesse contexto, a formulação de políticas públicas que estimulem a participação e o consenso torna-se premente para a consolidação de um Estado Democrático de Direito e a manutenção do equilíbrio e balanceamento entre os Poderes e entre estes e os cidadãos.

Na esteira da participação popular, ressurgem o interesse premente pelas chamadas vias alternativas de resolução de conflitos, mecanismos para desobstrução do Judiciário e atendimento mais eficaz da pacificação social, com a diminuição do grau de intervenção estatal e, por consequência, o empoderamento dos administrados.

Como se verá no presente trabalho, a valorização de mecanismos de solução direta de litígios pelos cidadãos sem a coercitiva tutela do Estado gera a promoção da cidadania e

---

<sup>2</sup> Também conhecida como *Chenery Doctrine*. Em dois julgados da Suprema Corte Americana em que a Comissão de Valores Mobiliários (SEC) litigou contra a companhia Chenery Corp., entendeu-se que ante a questões técnicas previamente estabelecidas o poder judiciário deveria manter reserva, respeitando o que decidido pelo órgão técnico executivo. Para maiores informações, consultar U.S. Supreme Court 318 U.S. 80 (1943) e 332 U.S. 194 (1947). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/>>

a harmonia que resulta em amizade, economia de tempo e de recursos financeiros para o país.

O direito à justiça, dentro desse contexto, representa a constatação da necessidade de que o Estado tem de conferir mecanismos eficazes para que administrados possam, quando da ameaça ou da violação de seus direitos, prevenir ou restaurar, mitigando potenciais ou efetivos danos por meio de procedimentos legais.

Não é o que o que tem ocorrido na prática<sup>3</sup>, no entanto. Colocando de lado os problemas estruturais do Judiciário, que por si só são muito graves, mas que não são objeto do presente artigo, a grande maioria deles advém de uma raiz em comum: uma interpretação ampliativa da cláusula constitucional de garantia de acesso à justiça, consubstanciada no art. 5º, XXXV da CF, segundo a qual lei não excluirá da apreciação do poder judiciário nenhuma lesão ou ameaça de direito.

Não se está aqui a defender uma restrição de acesso ao poder judiciário, o que nem poderia ser feito. A garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional e o direito de acesso à justiça consubstanciam-se em cláusulas pétreas, integrantes do rol de direitos e garantias

---

<sup>3</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça:

“(…) *Dados do Relatório Justiça em Números 2015* revelam que dos 99,7 milhões de processos que tramitaram no Judiciário brasileiro no ano de 2014, 91,9 milhões encontravam-se no primeiro grau, o que corresponde a 92% do total.

(…)

*Nessa mesma linha, a carga de trabalho (casos novos + acervo) por magistrado de primeiro grau, computado todo o Judiciário, também é bem superior à de segundo: 6.442 processos contra 3252, diferença de 98%.*

*Essa configuração também é mais grave na Justiça dos Estados, na qual os juízes de primeiro grau têm carga de trabalho de 7.398 processos contra 2.784 no segundo, diferença de 166%.”*

*In CNJ. Dados Estatísticos.* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas-politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em 20 dez 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça:

Em 2017, “na Justiça Estadual estão 68,3% dos magistrados, 64% dos servidores e 79,3% dos processos em trâmite. Na Justiça Federal, se encontram 10,7% dos magistrados, 10,5% dos servidores e 12,9% dos processos em trâmite. Na Justiça Trabalhista, 20,1% dos magistrados, 15% dos servidores e 6,9% dos processos.

(…)

Durante o ano de 2017 foram proferidas 31 milhões de sentenças e decisões terminativas, com aumento de 707,6 mil casos (2,3%) em relação a 2016. Registra-se, também, crescimento acumulado de 32,8% em 9 anos.

(…)

Em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.519 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2017. Neste indicador são computados somente os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais, excluindo, portanto, da base de cálculo, as execuções judiciais iniciadas.

(…)O número de processos em tramitação apresentou o menor crescimento da série histórica, com variação de 0,3% e o Poder Judiciário chegou ao final do ano de 2017 com um acervo de 80,1 milhões de processos que aguardam solução definitiva. Entre 2009 e 2017 houve uma variação acumulada de 31,9% no estoque, correspondendo a um crescimento médio de 4% ao ano.” In CNJ. **Justiça em números 2018.** Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>> Acesso em: 02 jan 2019.

individuais (art. 5º, XXXV da CF c/c art. 60, §4º, IV da CF). O fato de ser cláusula pétrea, no entanto, não assegura ou conduz por si só à adoção de uma interpretação utopicamente elastecida de acesso à justiça, quase que absoluta, em que são vilipendiados importantes vetores de conformação, como a responsabilidade e a lealdade no ajuizamento de demandas, necessariamente presentes em uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I da CF), a que todos os cidadãos são constitucionalmente conclamados a empreender.

Ora, a cláusula da solidariedade estabelecida na CF (art. 3º, I da CF) de modo algum pode significar uma via de mão única. A própria palavra é autoexplicativa: solidariedade vem de sólido, junto, reunido, característica daquele que se identifica ou se compadece do sofrimento ou miséria de seu semelhante. Embora normalmente tratada no campo constitucional sob enfoque econômico, a ele não por óbvio se limita. Mais do que a necessidade de redistribuição de renda, traço tradicionalmente lembrado em nossa sociedade desigual e profundamente injusta ou mesmo, o financiamento progressivo dos custos estatais, equação em que aquele que mais renda detém, mais deve contribuir para o sustento da estrutura pública, solidariedade deve significar respeito. Respeito pela condição alheia, pelo tempo alheio. Cidadãos devem ser solidários no seu modo de agir, não desperdiçando tempo ou recursos de seu próximo. Em outras palavras, não devem submeter questões impertinentes ou fazer uso da estrutura judiciária e/ou estatal de forma abusiva e/ou egoística, com vistas ao seu preponderante locupletamento próprio. O uso da estrutura estatal e, em particular, da máquina judiciária disponibilizada para solução de litígios, deve ser feito na exata medida de sua necessidade, ciente de que sua disponibilidade e sobretudo seu manejo sempre vêm acompanhados de custos suportados por todos os contribuintes.

Ora, o funcionamento do serviço judiciário tem custos e seu uso fora da estrita necessidade e utilidade (não é à toa que tais conceitos integram o interesse de agir) representa uma subtração injusta do patrimônio dos demais membros da sociedade, dado seu custo operacional ser por todos suportado. A regra é cristalina: o patrimônio próprio é disponível apenas para seu titular, não para ou relação a um terceiro. E é justamente neste ponto que se faz imperiosa uma reinterpretção da cláusula de acesso à justiça: uma releitura que associe o princípio do acesso universal à justiça ao da solidariedade, em obediência às máximas da efetividade e da concordância prática de normas constitucionais.

Com efeito. Se de um lado não se nega que o acesso à justiça deva ser sempre garantido, de outro e não menos certo, afirma-se que, em sendo um direito, o mesmo deva ser exercido dentro de limites, pautado pelos ditames da solidariedade e da boa-fé, prenhe de responsabilidades inclusive com eventual repressão a abusos perpetrados. Não é, no entanto, a leitura que se costuma observar na prática forense. O que se tem percebido, cada vez mais, talvez como decorrência de nossa cultura leniente para com infrações, é a permissividade em relação ao ajuizamento de demandas desnecessárias (para não dizer desarrazoadas), um verdadeiro comportamento contraditório do poder judiciário: age para garantir o acesso à justiça; dificilmente sanciona aquele que deste direito abusa; permite, com isto, uma sobrecarga e a conseqüente ineficácia do sistema; acaba por não garantir um real acesso à justiça.

O resultado é o que todos percebem. Uma grande quantidade de feitos, com um judiciário assoberbado e incapaz de proporcionar uma resposta efetiva às demandas sociais. Pegue-se o caso dos juizados especiais. A ausência quase que absoluta de custas em grau originário<sup>4</sup> faz com que diversos cidadãos ajuízem as mais diversas causas, mesmo as mais estapafúrdias, transformando o sistema judiciário em um balcão de tentativas de sucesso. Ajuíza a ação em desfavor de A, se não der certo, basta não recorrer, pois custo algum terá, já que, via de regra, há absoluta isenção de custas e de honorários para a sucumbência em 1º grau. Ajuíza, então, o mesmo pleito em desfavor de B e, se der errado, a seguir, em desfavor de C. Basta ir tentando a sorte até obter algum retorno financeiro.

Necessita-se, pois, de um mecanismo de freio e controle das demandas ajuizadas. Não um limitador da garantia de acesso à justiça, mas um conformador (e garantidor) de um acesso responsável à justiça. Garante-se o acesso, mas em caso de sucumbência, há de assumir-se a responsabilidade. Neste campo, andou bem o novo Código de Processo Civil - CPC, ao estabelecer no art. 98 e seus parágrafos, a possibilidade do pagamento parcial de custas, bem como sua abertura para recolhimento ao final, em caso de sucumbência. O mecanismo, se bem utilizado, pode calibrar o uso da máquina judicial, fazendo com que, aquele que acionou o judiciário (ou que tenha obrigado um autor a fazê-lo contra ele), pague pelo seu uso (remunere seus custos) em caso de improcedência de seu direito. O acesso ao

---

<sup>4</sup> Em termos de juizados especiais, somente há condenação em custas e honorários em casos de litigância de má-fé (situação raríssima de ser reconhecida) ou em caso de dupla sucumbência (em que uma das partes sucumbe em grau originário e em grau recursal).

judiciário deve dar-se consoante um uso racional, ciente de que seu funcionamento representa um custo para toda a sociedade, bem como uma redução do tempo útil de disponibilidade para demandas outras realmente imprescindíveis. Ao se gastar tempo com determinada demanda, não se está empregando este tempo na solução de outra, em típica aplicação do custo de oportunidade da ciência econômica.

O chamado uso racional da justiça constitui-se em dever de todos, objetivo cuja concretização pode e deve partir do próprio judiciário. Muitas medidas processuais podem ser citadas: o uso de mecanismos de solução de litígios de massa (presença de legitimados extraordinários em acordos coletivos e/ou em ações coletivas, manejo de ações ou recursos modelo, como os que ocorrem nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e nos recursos repetitivos); a fixação de responsabilidade na sucumbência, ainda que em causas com baixa relevância econômica e mesmo em montante não integral (inclusive com o emprego de custas parceladas ou ao final da causa para o derrotado e com acréscimos em caso de derrota em grau recursal); a adoção de súmulas vinculantes ou interpretações impeditivas de recursos, como filtro a não permitir repetição de questões já pacificadas pelos tribunais; a utilização de mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias, sobretudo a conciliação e mediação, evitando ou encerrando litígios prematuramente quando de seu ingresso no judiciário, entre outros.

Este último ponto referido, o emprego da mediação e conciliação extrajudicial, leia-se tentativa necessária de acordo prévio ao ajuizamento, como mecanismo do uso racional e justificado da máquina judiciária<sup>5</sup>, o chamado justo acionamento da justiça, é o tema do presente artigo.

Traremos o instituto da mediação e conciliação no novo CPC e no direito comparado, trazendo recente decisão da Corte de Justiça da União Europeia (CJUE) sobre o tema, bem como a experiência colombiana dos meios alternativos de resolução de conflito.

---

<sup>5</sup> Neste campo podemos citar a edição da Resolução nº 125/2010 do CNJ com vistas ao estímulo de práticas de conciliação e de mediação extrajudicial a prevenir ou encerrar litígios.

## 2 DEMORA NO TEMPO DE RESPOSTA PARA OS CONFLITOS JUDICIAIS

O excessivo formalismo dos processos judiciais, a grande variedade das vias de impugnação às decisões proferidas, a presença de litigantes habituais a recorrer até os últimos graus de jurisdição (como a Fazenda Pública), bem como a complexidade e o número de litisconsortes são algumas das causas da excessiva morosidade de demandas judiciais.

Relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2015<sup>6</sup> aponta que o primeiro grau de jurisdição é o segmento mais sobrecarregado do Poder Judiciário, com carga de trabalho para cada juiz estadual chegando aos absurdos 7.398 processos, a afetar a qualidade desejada na prestação dos serviços judiciários.

Jasson Ayres Torres<sup>7</sup> aduz:

Uma justiça tardia gera problemas insanáveis, atingindo o âmago da pessoa. Por isso as afirmativas de que não ter acesso ao Poder Judiciário ou tê-lo e não conseguir obter com a presteza desejada a reposição do direito no seu devido lugar e no tempo exigido, representa a própria negação da justiça. [...] É compreensível o fato de muitas pessoas não recorrerem ao Judiciário, pois se torna algo dispendioso, e nem todos têm condições econômico-financeiras para contratar um advogado e suportar o custo de uma demanda.

Em muitos casos, uma decisão tardia pode ser tida como uma não decisão dada a sua inefetividade em conceder um resultado útil para a(s) parte(s).

A problemática ganha relevo na seara empresarial, dada sua intrínseca dinâmica, sendo comum a utilização de meios alternativos de solução de controvérsias como forma de contornar a demora de um processo tradicional. Basta lembrar o caso de empresas que levam anos na justiça para solucionar uma controvérsia, com potencial paralisação da produtividade de seu parque industrial e desvalorização de seu patrimônio, resultando a perda de rentabilidade em desorganização e desemprego.

A morosidade, assim, apresenta-se como forte desestímulo ao manejo do Poder Judiciário, com inúmeras pessoas, pelos mais variados motivos, deixando de apresentar suas

---

<sup>6</sup> Idem

*In* BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados Estatísticos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisidicao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em 20 dez 2018.

<sup>7</sup> TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p.49.

pretensões em razão da impossibilidade de aguardar uma decisão final sem um prazo específico. Advertem Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>8</sup>:

Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito.

A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6.º, parágrafo 1.º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de “um prazo razoável” é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.

Nesse contexto, os atuais instrumentos normativos cada vez mais prestigiam as atividades conciliatórias com objetivo de aumentar a qualidade do justo acesso à justiça, reduzindo o número de demandas e, por conseguinte, a morosidade do sistema. Buscam, em grossa análise, promover a mudança de cultura do litígio para a cultura de pacifismo.

### **3 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO NOVO CPC – INSTITUTOS DE USO OBRIGATÓRIO?**

Como é de conhecimento, o novo Código de Processo Civil - CPC, ao fixar o procedimento ordinário, institui como fase obrigatória as tratativas de acordo em audiências de conciliação ou mediação, ressalvados os casos em que não se admita a autocomposição ou em que ambas as partes manifestem o desinteresse no acordo (art. 334, §4º do CPC). Verifica-se, no entanto, que o regramento da conciliação deu-se apenas durante a fase judicial, não havendo obrigação de sua realização em momento prévio ao aforamento da demanda.

A nosso sentir o CPC foi acanhado neste tópico. Com vistas à concretização do justo acionamento da justiça, fazia-se necessária uma previsão mais contundente no que se refere à necessidade de o legitimado demonstrar razão relevante para a movimentação do judiciário, aqui incluída a comprovação da impossibilidade de solução do litígio previamente na seara extrajudicial.

---

<sup>8</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 20.

Em outras palavras, consideradas as condições da ação *in status assertionis*, faz-se necessária a demonstração por parte do autor de que o uso da máquina do judiciário dá-se em decorrência de situação imprescindível, em relação a qual não houve possibilidade, seja por conta do tempo, seja pela urgência, seja por simples falta de acordo, de solução em âmbito extrajudicial, previamente ao aforamento da demanda.

Neste sentido, uma necessária mudança de postura do judiciário, a interpretar a cláusula de inafastabilidade do poder judiciário não como uma garantia a abarcar toda e qualquer demanda, mas sim e somente aquelas não solucionadas previamente pelas partes na esfera extrajudicial (seja pela falta de acordo, seja pela impossibilidade fática ou jurídica de solução).

Premente, assim, uma interpretação de que, sempre que possível, necessária a demonstração de tentativa prévia de acordo, através da exigência de mediação ou conciliação extrajudicial ou mecanismo que os valha (pleito administrativo indeferido ou não analisado em tempo razoável) anteriormente ao ajuizamento da demanda, a justificar o interesse de agir, modalidade necessidade e adequação, requisito para obtenção de uma decisão de mérito.

As estatísticas confirmam o baixíssimo quantitativo de acordos na justiça. Segundo o relatório Justiça em Números do ano de 2018<sup>9</sup>, a justiça com maior número de conciliações é a trabalhista, com um total de 25% das causas resolvidas por acordo. Já em sede de juizados especiais, o percentual de acordos na fase de conhecimento cai para 18% na justiça estadual e 10% na federal. Já em 2º grau ou em grau superior, o número de acordos é inexpressivo. Por outro lado, ainda segundo o relatório referido, em caso de não existência de acordo, o tempo médio de tramitação processual na justiça estadual (apenas em 1ª instância) é de 4 anos e 4 meses na fase de conhecimento e de 7 anos na execução. Já na seara federal, o tempo médio de tramitação processual é de 4 anos e 9 meses na fase de conhecimento e de 8 anos na execução. Por certo, não só muito do tempo referido seria poupado, quanto a maior parte dos acordos já poderia ter ocorrido acaso se desse mais atenção à sua efetivação na seara extrajudicial.

---

<sup>9</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em:  
<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>> p. 138  
et seq. Acesso em: 29 dez 2018.

O mecanismo da chamada conciliação prévia extrajudicial obrigatória como caracterizadora do interesse de agir já havia sido notado por nosso legislador. Através da lei 9958/2000 foi introduzido o artigo 625-D na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, o qual determinava que qualquer demanda de natureza trabalhista deveria ser necessariamente submetida a uma comissão de conciliação prévia em caso de sua existência na localidade da prestação de serviços. Em caso de não ocorrência de acordo (§2º do art. 625-D da CLT), seria fornecida ao empregado e ao empregador uma declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto, firmada pelos membros da comissão, de juntada obrigatória quando do ajuizamento de eventual reclamação trabalhista.

O Supremo Tribunal Federal (STF), no entanto, deferiu liminar e julgou inconstitucional a referida emenda à CLT nas Ações Direta de Inconstitucionalidade - ADI 2139 e 2160<sup>10</sup>, em uma interpretação estrita de que a regra da conciliação prévia obrigatória fere a garantia constitucional da inafastabilidade do poder judiciário (art. 5º, XXXV da CF).

Tão importante quanto a decisão é a reflexão que deve ser feita em relação à matéria objeto de julgamento: seria também inconstitucional por violar a garantia de acesso à justiça a exigência de tentativa de acordo prévio em toda e qualquer situação? Não se duvida que em casos de urgência ou de direito indisponível não se possa exigir a tentativa de acordo. Mas, e em casos de questões puramente econômicas, como um prejuízo patrimonial ou indenização de verba de servidor? Qual direito em concreto se estaria a violar com a exigência da comprovação de uma negativa de acordo (bastando apresentar uma recusa expressa ou a ausência de resposta ao pleito ou proposta apresentada em tempo razoável)? Situações distintas não mereciam enfoques distintos?

A despeito de vencido na decisão do STF nas referidas ADI, pensamos a razão estar com o Ministro Cezar Peluso, o qual classificou a decisão do STF como “contramão na história”, não representando o artigo da CLT qualquer bloqueio, impedimento ou exclusão do recurso à universalidade da jurisdição. Citou o ministro na oportunidade<sup>11</sup>: “Eu acho que, com o devido respeito, a postura da Corte, restringindo a possibilidade da tentativa obrigatória de conciliação, está na contramão da história, porque em vários outros países

---

<sup>10</sup> BRASIL Supremo Tribunal Federal. STF. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=108151>> Acesso em: 20 dez 2018.

<sup>11</sup> BRASIL Supremo Tribunal Federal. STF. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=108151>> Acesso em: 20 dez 2018.

hoje há obrigatoriedade do recurso às chamadas vias alternativas de resolução de conflitos, até porque o Poder Judiciário não tem dado conta suficiente da carga de processos”, posição com a qual concordamos integralmente e defendemos no presente trabalho. A liminar foi confirmada no mérito em julgamento do dia 1º de agosto de 2018, ratificando a desnecessidade de prévia submissão a tratativas extrajudiciais para que se possa acionar a justiça.

Nada obstante a posição esposada pelo STF, sua decisão encontra-se longe de estar conformada com a jurisprudência estrangeira. A experiência colombiana respaldada pela sua Corte Superior e o estudo de caso julgado pela Corte de Justiça da União Europeia (CJUE) demonstram justamente o contrário.

#### **4 EXPERIÊNCIA COLOMBIANA ACERCA DA RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS**

A Colômbia é bem evoluída quando o assunto é a resolução alternativa de conflitos.

Dados estatísticos entre os anos de 2002 a 2014 apontam mais de 900.000 conciliações realizadas<sup>12</sup>, sendo que 04 em cada 10 chegam a acordo nos centros de conciliações.

A conciliação, como técnica legal de resolução de conflitos, encontra-se, inclusive amparada pela Constituição Nacional Colombiana de 1991, art. 116, modificado pelo artigo 1º do Ato Legislativo número 3 de 2002:

---

<sup>12</sup> COLOMBIA. *Departamento nacional de planeación*. 2015. *Análisis conceptual del Sistema nacional de Conciliación en Colombia en sus 25 años: Construyendo diálogo y paz para el futuro*:

(...)

*Más de 900 mil conflictos fueron tramitados por conciliación entre el 2002 y el 2014*

- *4 de cada 10 solicitudes de conciliación llegan a acuerdo en los centros de conciliación*
- *3 de cada 10 conflictos se resuelven en menos de una semana y 4 de cada 10 en menos de un mes por medio de la conciliación*
- *El costo promedio de una conciliación de cuantías hasta 30 millones es el 3%*
- *\$11.592 millones ha invertido el Gobierno Nacional en la conciliación desde el 2005*
- *La conciliación ha permitido al Estado y la sociedad ahorrarse 1,42 billones de pesos en los últimos 12 años.*

Disponível em:

<<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/13%2025%20a%C3%B1os%20del%20Sistema%20Nacional%20de%20Conciliaci%C3%B3n.pdf>>

Acesso em: 01 jan 2019.

*Art 116: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.*

Desde a entrada em vigor da lei de âmbito nacional nº 23 de 1991, o discurso da resolução pacífica de conflitos revigorou-se através da implementação de mecanismos como mediação, composição amigável, arbitragem e a conciliação.

Por essa lei, por exemplo, foi implantado o requisito de procedibilidade para ingresso na Justiça do Trabalho, a chamada busca pela conciliação através das autoridades administrativas do trabalho, artigo 22.

A partir do art. 59<sup>13</sup>, a mencionada lei trata da chamada conciliação no contencioso administrativo, situação em que as pessoas jurídicas de direito público da administração direta e indireta podem conciliar sobre conflitos de natureza particular e conteúdo patrimonial, exceto matéria de direito tributário.

---

<sup>13</sup> COLÔMBIA. **Lei nº 23 de 21 de março de 1991:**

**ARTICULO 59.** Modificado por el art. 70, Ley 446 de 1998 Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales, sobre conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ventilarían mediante las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

Para los efectos del inciso anterior los entes territoriales estarán representados así: La Nación por los Ministros, los Jefes de Departamento Administrativo, los Superintendentes, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Procurador General de la Nación y el Contralor General de la República. Los Departamentos por los respectivos Gobernadores; las Intendencias y Comisarías por los Intendentes y Comisarios; el Distrito Especial de Bogotá, por el Alcalde Mayor y los Municipios por sus Alcaldes.

Las Ramas Legislativa y Jurisdiccional estarán representadas por los ordenadores del gasto.

Las entidades descentralizadas por servicios podrán conciliar a través de sus representantes legales, directamente o previa autorización de la respectiva Junta o Consejo Directivo, conforme a los estatutos que las rigen y a la asignación de competencias relacionadas con su capacidad contractual.

(...)

**ARTICULO 66.** Modificado por el art. 91, Ley 446 de 1998, Modificado por el art. 10, Ley 640 de 2001 Artículo 66. Las personas jurídicas sin ánimo de lucro y las entidades públicas podrán crear centros de conciliación, previa autorización del Ministerio de Justicia y del Derecho. Los centros de conciliación creados por entidades públicas no podrán conocer de asuntos de lo contencioso administrativo y sus servicios serán gratuitos".

**ARTICULO 67.** Modificado por el art. 94, Ley 446 de 1998 Centros de conciliación de facultades de derecho. Las Facultades de Derecho podrán organizar su propio centro de conciliación. Dichos centros de conciliación deberán conocer de todas aquellas materias a que se refiere el artículo 65 de la presente ley, sin limitarse a los asuntos de competencia de los consultorios jurídicos.

O art. 66 trata dos centros de conciliações, os quais poderão ser pessoas jurídicas sem fins lucrativos e entidades públicas. Da mesma forma, os escritórios jurídicos das faculdades de Direito poderão organizar seu próprio Centro de Conciliação (art.69).

Por sua vez, a lei nacional nº 446 de 1998, alterando diversas leis incluindo a lei nº 23 de 1991, dedica em sua parte III, cinco capítulos a mecanismos alternativos de resolução de litígios, incluindo a conciliação extrajudicial, com normas natureza processual, visando a fortalecer a justiça alternativa e a facilitar o acesso dos cidadãos na administração de seus litígios.

A lei nº 640 de 2001 foi proposta para facilitar o acesso dos colombianos à conciliação, possuindo um capítulo para lidar com a questão da conciliação extrajudicial em matéria de litígio administrativo e outro dedicado ao estabelecimento conciliação extrajudicial como requisito de procedibilidade para a jurisdição administrativa e judicial de litígios administrativos. Prevê também a gratuidade do procedimento de conciliação quando realizado por funcionários públicos ou por consultórios jurídicos das faculdades de direito e entidades públicas. Prevê, também, a possibilidade de conciliação ser realizada por tabeliães que poderão cobrar por tais serviços (art. 4º).

Acerca do requisito de procedibilidade, a Corte Constitucional Colombiana por mais de uma vez declarou constitucional a norma. A lei nº 1285 que em 2009 reformou a lei nº 270 de 1996, no artigo 13 previu o uso da conciliação como requisito de procedibilidade antes de iniciar-se uma ação perante a jurisdição contenciosa administrativa. Isto significa que para iniciar quaisquer das ações contempladas nos artigos 138, 140 e 141 do “*Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*” (CPACA)<sup>14</sup> quais

---

<sup>14</sup> COLOMBIA. *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Ley 1437 de janeiro de 2011:

“ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.  
(...)”

ARTÍCULO 140. REPARACIÓN DIRECTA. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras,

sejam: de nulidade e restauração do direito, b) reparação direta e c) de controvérsia contratual, há o prévio processo de conciliação extrajudicial a ser realizado.

O requisito processual será considerado cumprido quando houver audiência de conciliação sem que o acordo seja alcançado ou quando a audiência não for realizada em 3 meses<sup>15</sup> contados da apresentação do pedido. Neste último caso, poder-se-á acionar diretamente a jurisdição, apresentando a prova do pedido de conciliação. Também ingressará diretamente na jurisdição quando ignorados o endereço da residência, domicílio e o local de trabalho do réu, ou quando a parte esteja ausente e não se saiba seu paradeiro<sup>16</sup>.

A lei nº 1395 de 2010 introduziu no terceiro parágrafo do artigo 52 a possibilidade de corrigir os pedidos de conciliação em um prazo peremptório de cinco (5) dias, ao final do que, acaso não efetuado, entende-se que o pedido não foi apresentado.

Os requisitos processuais prévios que estão previstos no artigo 161 da CPACA<sup>17</sup> relacionados à conciliação extrajudicial devem ser verificados antes da apresentação do

---

*quando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública. En todos los casos en los que en la acusación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.*

**ARTÍCULO 141. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.** *Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.”*

Disponível em: <https://encolombia.com/derecho/codigos/nuevo-contencioso-administrativo/titulo1disposicionesgenerales/> > Acesso em 22 dez 2018.

<sup>15</sup> v. artigo 20 da lei nº 640 de 2001. Disponível em:

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0640\\_2001.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0640_2001.html) > Acesso em 22 dez 2018.

<sup>16</sup> v. artigo 35 da lei nº 640 de 2001. Disponível em:

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0640\\_2001.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0640_2001.html) > Acesso em 22 dez 2018.

<sup>17</sup> COLOMBIA. *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Ley 1437 de janeiro de 2011:

*Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:*

*1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.*

respectivo arguido para o exercício das ações previstas nos artigos 138, 140 e 141 do Código. A função foi atribuída ao Ministério Público Judicial para Assuntos Administrativos sob a coordenação do Procurador Delegado de Conciliação, que, nos termos da lei nº 1367 de 2009, foi organizado dentro da estrutura do Escritório do Procurador-Geral da Nação incluindo dentre suas competências a conciliação extrajudicial em assuntos administrativos contenciosos.

As técnicas de conciliação no Brasil, no entanto, encontram-se, ainda, em estado mais embrionário. As conciliações por exemplo, praticadas pela AGU (Advocacia-Geral da União) não contam com as mesmas liberdade e discricionariedade dadas à Procuradoria de Conciliação da Colômbia. No âmbito federal as conciliações são autorizadas pelo núcleo de negociação da Procuradoria Geral da União que emite pareceres e ordens de serviço elencando e autorizando determinadas matérias como suscetíveis às conciliações.

Ademais, não há no Brasil a previsão de conciliação extrajudicial como requisito de procedibilidade para ingresso com ação judicial, com exceção de raríssimas situações jurisprudenciais.

---

*En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.*

*Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación.*

*2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.*

*Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.*

*3. Cuando se pretenda el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, se requiere la constitución en renuencia de la demandada en los términos del artículo 8° de la Ley 393 de 1997.*

*4. Cuando se pretenda la protección de derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código.*

*5. Cuando el Estado pretenda recuperar lo pagado por una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, se requiere que previamente haya realizado dicho pago.*

*6. Declarado Inexequible por la Sentencia C-283 del 3 de mayo de 2017. Cuando se invoquen como causales de nulidad del acto de elección por voto popular aquellas contenidas en los numerales 3 y 4 del artículo 275 de este Código, es requisito de procedibilidad haber sido sometido por cualquier persona antes de la declaratoria de la elección a examen de la autoridad administrativa electoral correspondiente.*

Disponível em: <<https://encolombia.com/derecho/codigos/nuevo-contencioso-administrativo/tituli1disposicionesgenerales/>> Acesso em 22 dez 2018.

## **5 O ENTENDIMENTO DA CORTE DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA DE QUE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO OBRIGATÓRIAS NÃO VIOLA CLÁUSULA DE ACESSO À JUSTIÇA: O CASO MENINI & RAMPANELLI V. BANCO POPOLARE-SOCIETÀ COOPERATIVA**

A discussão sobre a possibilidade de exigir-se prévia tentativa de conciliação e/ou mediação extrajudicial também ocorreu na União Europeia (UE). O entendimento foi manifestado pela Corte de Justiça da União Europeia (CJUE) quando do recente julgamento (opinião entregue em 14 de junho de 2017) do caso *Menini & Rampanelli v. Banco Popolare-Società Cooperativa* (caso C-75/16)<sup>18</sup>, em matéria relacionada a questões de consumo.

O nó górdio que se punha era saber se a previsão em lei nacional de procedimentos de prévia mediação obrigatória seria (ou não) compatível com a legislação consumerista e com garantia de livre acesso ao sistema judicial. O imbróglio restou decidido pela primeira câmara da CJUE em 14 de junho de 2017<sup>19</sup> no caso C-75/16, *Menini & Rampanelli v. Banco Popolare-Società Cooperativa*, o qual trouxe importantes contribuições sobre a possibilidade de adoção de procedimentos de conciliação extrajudicial obrigatórios como método alternativo de solução de litígios por países da União Europeia.

O caso judicial iniciou no ano de 2015, quando dois cidadãos italianos apelaram para a Corte do Distrito de Verona (Itália) contra uma ordem de pagamento obtida pelo Banco Popolare, a qual determinava o pagamento da quantia de € 991.848,21 euros que remanesciam inadimplidos em decorrência de um contrato de crédito assinado no ano de 2009.

A Itália integra a União Europeia e, portanto, submete-se, entre outras, às diretivas do Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, entre elas a de nº 2008/52, que trata de mediação e conciliação em matéria cível e empresarial (Diretiva de Solução Alternativa de Disputas - SAD) e a de nº 2013/11, que tem por objeto solução alternativa de disputas em matéria de consumidor (Diretiva de Mediação em matéria de Consumo - MMC).

---

<sup>18</sup> Conflictoflaws.net. *Views and News in private international law*. Disponível em: <<http://conflictflaws.net/2017/mandatory-mediation-procedures-v-effective-access-to-courts-cjeu-sets-down-criteria/>> Acesso em: 01 jan 2019.

<sup>19</sup> *Idem*.

A Corte de Verona, ao analisar o caso, verificou que a lei italiana (Decreto Legislativo 28/2010) exigia comprovação de instauração de prévio procedimento de mediação pelas partes para admissibilidade de um pedido para revogação de ordem judicial. Tendo dúvida sobre a validade e a aplicabilidade deste requisito de admissibilidade (conciliação prévia obrigatória), a referida corte suspendeu o caso, requerendo manifestação da CJUE sobre a interpretação e a compatibilidade da Diretiva 2013/11 com a 2008/52, bem como da legislação italiana com o direito europeu.

A CJUE, com base na questão submetida pela corte italiana, fixou a interpretação de que procedimentos obrigatórios de conciliação prévia são plenamente compatíveis com direitos do consumidor e com a garantia de acesso à justiça. De notar-se que o artigo 1 da Diretiva 2008/52 estabelece de modo ambíguo que consumidores podem voluntariamente submeter queixas contra fornecedores usando procedimentos de SAD, sem prejuízo de que a legislação nacional de cada país integrante da UE fixe como obrigatório o uso prévio destes procedimentos.

A CJUE decidiu que a natureza voluntária de mecanismos alternativos de solução de disputas não se funda na liberdade de acesso dos consumidores, mas sobretudo na liberdade de processo. O que é importante não é se as partes podem (ou não) escolher um mecanismo de SAD, mas o fato delas mesmas, quando da escolha, continuarem responsáveis pelo processo, podendo organizá-lo como desejem ou encerrá-lo ao tempo que entenderem. Em outras palavras, é irrelevante o fato de um sistema de mediação ser obrigatório ou facultativo, desde que o direito de acesso ao sistema judicial pelas partes seja mantido. O mero fato de uma legislação nacional prever procedimento obrigatório de mediação não deve, assim, ser visto como contrário às regras da Diretiva de Solução Alternativa de Disputas.

A CJEU acrescentou, entretanto, que tais procedimentos obrigatórios podem acabar resultando em uma maior complexidade aos consumidores, dificultando, em último caso, seu acesso ao judiciário, o que requer certa cautela. Como balizas estabeleceu a aplicação das condições para regularidade de procedimentos de acordo fixadas pela 4ª Câmara da CJUE no conjunto de casos *Alassini e Outros* (C-317/08 ao C-320/08 de 18 de março de 2010). Naquela oportunidade foram identificadas seis condições necessárias para que um procedimento obrigatório de conciliação seja compatível com o princípio da efetiva proteção judicial (inafastabilidade da jurisdição): 1- o procedimento de mediação prévio não deve

resultar em uma decisão vinculante para as partes; 2- não deve causar substancial atraso na solução do litígio; 3- deve suspender a prescrição; 4- não deve ter custos ou tê-los em valor bem limitados; 5- meios eletrônicos não devem ser os únicos disponibilizados para acesso; 6- medidas provisórias (tutela provisória) deve permanecer disponível em circunstâncias excepcionais.

Entendeu, ainda, a CJUE que a verificação do cumprimento dos 6 requisitos referidos seria de competência da corte local (corte italiana), acrescentando, ademais, que as legislações nacionais não deveriam incluir obrigações consideradas excessivamente onerosas para os consumidores, em particular: 1- o legislador nacional não pode incluir obrigação de que consumidor seja assistido por advogado quando em participação em procedimento de mediação (de acordo com os artigos 8(b) e 9 da Diretiva de Solução Alternativa de Disputas); 2- a legislação não deve restringir a desistência do consumidor em procedimentos de mediação a situações em que demonstre razões válidas para tanto. De acordo com o artigo 9(2) da Diretiva de Solução Alternativa de Disputas, o consumidor deve ter o direito de retirar-se a qualquer tempo.

A CJUE, ainda, esclareceu a compatibilidade entre as diretivas de solução de disputas e a de mediação. No caso, a corte italiana requereu esclarecimentos se as previsões das duas diretivas se sobrepujam ou se a diretiva de mediação em consumo apenas se aplicaria em casos não abrangidos pela diretiva de solução alternativa de disputas.

No caso em questão, como se tratava de litígio entre nacionais italianos, a referência à diretiva de mediação não se demonstrou relevante, dado que a referida diretiva aplica-se em situações de internacionalidade (disputa entre partes de países diversos). Nada obstante, embora a CJUE não adentrasse ao mérito da questão por conta da não aplicabilidade da diretiva questionada no caso analisado, das conclusões do Advogado-Geral puderam ser extraídos interessantes elementos para reflexão. Concluiu, em seu parecer que, em caso de conflito entre as diretivas, a diretiva de mediação (Diretiva 2008/52) deve, então, prevalecer, isto em função do artigo 3(2) e do considerando 19 da diretiva de solução alternativa de disputas em matéria de consumo (Diretiva 2013/11), os quais claramente preveem ser esta diretiva aplicável sem prejuízo da Diretiva 2008/52.

A decisão da CJUE representou, assim, importante passo para compatibilizar o direito de acesso efetivo à justiça de um lado e a utilização compulsória de procedimentos

alternativos de solução de disputas de outro. O entendimento, contrariamente, ao fixado atualmente de modo majoritário no Brasil pelo STF, é o de que o uso obrigatório de mediação extrajudicial (em outras palavras, em fase anterior ao aforamento da demanda) não viola a cláusula de inafastabilidade do poder judiciário, desde que respeitadas as condições de acesso à justiça. São compatíveis, desde que não seja tolhido o direito do consumidor (ou de modo mais genérico, da parte) de acessar o judiciário quando assim entender necessário.

## **6 A DEMONSTRAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR NO ACESSO À JUSTIÇA PARA FINS DO USO RACIONAL DA MÁQUINA JUDICIÁRIA**

A decisão da CJUE e as leis colombianas são exemplos de que é possível compatibilizar a cláusula de acesso à justiça com a exigência de procedimentos prévios obrigatórios, desde que não excessivamente onerosos ao direito da parte.

A adoção de conciliação prévia não resulta em uma limitação da garantia de acesso à justiça, mas sim de uma conformação para seu justo acesso. De uma necessária verificação do real interesse de agir, condição da ação, com demonstração de que o acionamento da máquina judiciária deu-se de modo necessário e justificado.

O STF, embora não aceite atualmente a conclusão referida em sua integralidade, vem adotando uma progressiva alteração de sua compreensão sobre o interesse de agir em demandas judiciais. Vem entendendo o STF que a comprovação por parte do autor do interesse de agir não leva inexoravelmente a uma redução do amplo acesso à justiça, dado que a movimentação da máquina judiciária deve produzir-se de maneira justificada.

Nesta direção, o *leading case* do STF<sup>20</sup> (RE 631240) foi relatado pelo Min. Luís Roberto Barroso, em julgamento atinente a demandas previdenciárias em desfavor do

---

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal:

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo –

Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Entendeu o STF que o ajuizamento da demanda previdenciária deve ser precedido de demonstração do interesse de agir, sem o qual de rigor sua extinção sem solução de mérito.

No mencionado acórdão foi decidido que a concessão de benefícios previdenciários depende de prévio requerimento administrativo do interessado antes de ingressar com ação judicial, o que não significa exaurimento das vias administrativas, mas conhecimento do ente federal acerca do pleito previdenciário, bem como tentativa de solução prévia extrajudicial.

Nesta mesma toada, a redação e conjugação dos arts. 3º, §2º, 3º e 6º do CPC, os preveem ser princípio do processo civil o chamado direito a uma ordem jurídica justa<sup>21</sup>. A

---

salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão. 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais. 9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (RE 631240, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014)

<sup>21</sup> Interpretação dada pelos arts. 3º, § 2º, 3º e art. 6º:

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

§ 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.

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

Pela conjugação de tais arts., a decisão de mérito justa não necessariamente partirá do Judiciário, mas também dos métodos extrajudiciais de solução consensual de conflitos.

Assim, rompe-se com a cultura do conflito entre as partes e favorece uma nova concepção no tratamento do Judiciário com vistas inclusive a cooperação e duração razoável do processo para os casos em que há possibilidade de composição com vistas a satisfação de interesses de forma justa e efetiva.

moderna interpretação da cláusula do acesso à justiça (inafastabilidade do poder judiciário) não deve restringir-se à simples possibilidade de uso da máquina judiciária ao alvedrio do postulante. O acesso à justiça deve gozar de espectro mais amplo, como uma garantia e uma disponibilidade de acesso a um sistema justo de soluções de litígio disponibilizados ou estimulados pelo Estado, incluídos aí os meios alternativos de solução de controvérsias, como a conciliação e mediação. Quer-se dizer, atendido estará o acesso à justiça quando assegurado um mecanismo de solução de litígio às partes, ainda que de uso obrigatório preliminar, desde que permitido seu ingresso no poder judiciário estrito senso em caso de necessidade ou de risco à ineficácia de seu pleito. Pode-se e deve-se exigir que eventuais demandas ajuizadas façam um uso racional da máquina judiciária, máxime nos influxos do princípio da solidariedade social e da eficiência administrativo-judiciária.

Há, assim, de assegurar-se uma efetiva demonstração do interesse de agir nas demandas postuladas, que pode dar-se grosso modo de 3 formas: 1- presumida em caráter absoluto, quando a lei exige o aforamento de demanda judicial para solução do litígio ou quando se tratar de direito absolutamente indisponível; 2- presumida em caráter relativo, em caso de necessidade de tutela provisória ou presente situação de risco para o direito da parte; 3- não presumida, nas demais situações, em que se faz necessária a demonstração do interesse de agir, *in status assertionis*.

O reconhecimento do interesse de agir que justifique uma demanda é, assim, o primeiro passo para conseguirmos o objetivo perseguido de um sistema judiciário racional, justo e eficiente.

## CONCLUSÃO

Tem-se assistido, ao longo dos anos, verdadeiro incremento do déficit de legitimidade dos poderes constituídos e das instituições de Estado, com uma profusão de agentes políticos e públicos debatendo-se, mas infelizmente sem atender ao que mais interessa: a satisfação do interesse público (pacificação dos conflitos) e a prestação de serviços adequados e eficientes.

O vácuo deixado por segmentos da estrutura estatal tem levado à convocação, muitas das vezes de modo patológico, do poder judiciário como seu substituto, o que não se coaduna com uma visão republicana, democrática e de tripartição de poderes.

Todo este contexto aliado à complexidade das relações modernas tem acarretado uma judicialização excessiva de demandas individuais que não raras vezes versam sobre políticas públicas, desestruturando a organização e o planejamento do Estado, colocando em cheque os demais Poderes (Executivo e Legislativo). O atendimento aos pleitos sociais com a urgência na pacificação dos conflitos que a modernidade requer, além da massificação das demandas e facilitação do acesso à atividade jurisdicional, exige celeridade na debelagem dos conflitos.

A problemática apresentada, no entanto, não tem sido respondida pelo Judiciário da forma esperada: morosidade, decorrente do tamanho de sua máquina e da burocracia de seus procedimentos; inefetividade de muitas de suas decisões (como nos casos de perecimento de direitos e falência da empresa diante da demora); falta de qualificação de servidores (e de juízes) para determinados tipos de demandas (ausência da expertise técnica e experiência para enfrentamento de demandas altamente complexas a envolver muitas das vezes peculiaridades internacionais ou de certos segmentos específicos de mercado).

No presente trabalho viu-se que o sistema objetiva uma decisão justa pacificadora o conflito, não importando se a mesma se dará pelo Judiciário ou pela autocomposição entre partes. Neste sentido, plenamente compatível com a CF, que se tolere apenas um justo acionamento da justiça. O uso da máquina judiciária deve dar-se de modo necessário e justificado, sob pena de violação da máxima da solidariedade (art. 3º, I da CF) e da eficiência administrativo-judiciária (art. 37 da CF).

Dentre as medidas possíveis para o alcance do justo processo está a adoção da tentativa prévia de acordo ao ajuizamento, aos moldes do que já vem ocorrendo na Colômbia, Itália, União Europeia e, para a qual caminha também gradualmente o Brasil.

Adverte-se, contudo, não se tratar de uma ruptura, que poderia ser traumática, com o sistema de composição de conflitos que se observou até então, mas uma complementação à inafastabilidade da jurisdição que deva ser tida como subsidiária e de *ultima ratio* em relação às formas alternativas de resolução de conflito. É chegada a hora de mudança de paradigmas,

de repensar institutos, de revisitar as formas como se evitar conflitos e judicializações que redundem em prejuízo do sistema judiciário com sua redução do custo de oportunidade.

A pergunta que fica é: haverá interesse do Judiciário? O medo de perder as rédeas do poder de decidir é maior que o interesse na resolução de conflitos de modo rápido e eficaz obtido pela tentativa obrigatória de autocomposição? E o *lobby* da OAB, maior que o interesse na autocomposição, visto da não necessidade de advogado na esfera extrajudicial?

Em que pesem as perguntas, fato é que uma nova ordem de valores assume a dianteira neste século XXI. E, com ela, a exigência de resolução de litígios de forma ágil, célere e econômica. Muitas são as propostas, inclusive e sobretudo envolvendo a administração pública, a litigante mais contumaz. Necessário reconhecer que os novos institutos vieram para ficar, o que deve ser acompanhado pelo necessário incentivo por parte dos juízes, tal como previsto no próprio art. 3º, §3º do CPC. Dentre as mudanças, a importante aferição da falta de interesse de agir da demanda, como filtro processual ínsito à obtenção de um uso racional da máquina judiciária. Trata-se, pois, de freio simples e justo, medida relevante para desobstruir o Judiciário, coibindo a indústria do ajuizamento de ações judiciais em lídima potencialização da cláusula constitucional da solidariedade social. Agrega-se, assim, ao Brasil, o que já é manejado em âmbito internacional não apenas na América Latina (Colômbia), quanto na União Europeia (CJUE).

## REFERÊNCIAS

- ANDRIGHI, Nancy e FOLEY, Gláucia Falsarella. ***Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso***, in Folha de São Paulo, Junho. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2406200808.htm>> Acesso em 19 dez 2016.
- CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. **Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil – Contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, abr./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=240723>>. Acesso em: 20 out 2016.

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- COLOMBIA. *Departamento nacional de planeación*. 2015. *Análisis conceptual del Sistema nacional de Conciliación en Colombia en sus 25 años: Construyendo diálogo y paz para el futuro*: Disponível em: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/13%2025%20a%C3%B1os%20del%20Sistema%20Nacional%20de%20Conciliaci%C3%B3n.pdf> Acesso em: 01 jan 2019.
- DEUTSCH, Morton. *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*. New Haven and London, 1973: Yale University Press.
- HRONEC, Steven M. **Sinais Vitais: usando medidas de desempenho da qualidade, tempo e custo para traçar a rota para o futuro de sua empresa**. 1994.
- Mandatory Mediation Procedures v Effective Access to Courts: CJEU Sets Down Criteria*. **Conflictoflaws.net**. *Views and News in private international law*. Disponível em: <<http://conflictflaws.net/2017/mandatory-mediation-procedures-v-effective-access-to-courts-cjeu-sets-down-criteria/>> Acesso em: 01 jan 2019.
- TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.