

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO**

**O PAPEL DOS MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E O
ACESSO À JUSTIÇA EFETIVA: UMA ANÁLISE A PARTIR DE DADOS
EMPÍRICOS**

Ana Gabriela de Melo Primon

**Orientador: Professor Doutor Camilo
Zufelato**

Ribeirão Preto

2013

ANA GABRIELA DE MELO PRIMON

**O PAPEL DOS MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E O
ACESSO À JUSTIÇA EFETIVA: UMA ANÁLISE A PARTIR DE DADOS
EMPÍRICOS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da
Universidade de São Paulo para graduação
como Bacharel em Direito

Área: Processo Civil

Orientador: Professor Doutor Camilo Zufelato

Ribeirão Preto

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

PRIMON, Ana Gabriela de Melo

O papel dos métodos consensuais de resolução de conflitos e o acesso à justiça efetiva: uma análise a partir de dados empíricos / Ana Gabriela de Melo Primon. -- Ribeirão Preto, 2013.

126 p. ; 30cm

Trabalho de Conclusão de Curso -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Nome: PRIMON, Ana Gabriela de Melo.

Título: O papel dos métodos consensuais de resolução de conflitos e o acesso à justiça efetiva: uma análise a partir de dados empíricos.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

*Ao homem mais importante da minha vida, meu pai, Geraldo Primon,
meu exemplo maior de coragem, força e determinação, por todas as
madrugadas trabalhadas e renúncias feitas para garantir a realização
desse sonho.*

*Ao meu avô, seu Obemor Pereira de Melo, cujo sangue nordestino de
fibra tive a honra de herdar e que, infelizmente, não teve tempo de
realizar o sonho de ver a neta se formar “Dotôra”.*

AGRADECIMENTOS

À minha família: meu pai, Geraldo, minha mãe, Mônica, minhas irmãs Yohana e Giovanna, meu cunhado Nilson e o pequeno e novo integrante da família, meu sobrinho Arthur, pelo apoio incondicional, nunca permitindo que eu pensasse em desistir dessa jornada e pelo esforço dispendido nesses cinco anos para que mais essa etapa da minha vida fosse concluída. Por serem o meu porto seguro e minha fonte de inspiração a cada passo dado.

Ao Professor Doutor Camilo Zufelato, por toda a orientação para que esse trabalho se concretizasse e, antes de tudo, por ter despertado o gosto pela pesquisa já no início da minha graduação, através da brilhante iniciativa do Projeto Ensinar com Pesquisa em 2010.

À Doutora Ana Lucia Ceolotto Guimarães, Procuradora do Estado, por todo o ensinamento durante esses quase 2 (dois) que venho tendo o prazer de ser sua estagiária e pela compreensão e apoio durante o desenvolvimento do presente. E não digo apenas de ensinamentos jurídicos, mas éticos, profissionais e de força e determinação.

A todos aqueles que, com simpatia e boa vontade, se dispuseram a me receber para tornar possível a realização do último capítulo desse trabalho: Frasão, Diretor do CEJUSC do fórum de Ribeirão de Ribeirão Preto, Ademir, do CEJUSC COC, Fábio do CEJUSC UNAERP, Dra. Lucimara do CEJUSC Barão de Mauá, Doutor Jorge, delegado conciliador do NECRIM de Ribeirão Preto e Dra. Sarah, do Tribunal Arbitral de Ribeirão Preto.

Aos amigos que deixei em São José dos Campos em 2009, mas que sempre estiveram presentes, compartilhando bons momentos em feriados ou finais de semana, numa constante troca de experiências e que, mesmo sem perceberem, acabavam me mostrando que era possível chegar ao final da graduação sem grandes dramas.

À Turma II da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Ainda aqueles com quem tive pouco contato nesses cinco anos agradeço pela excelente turma que pudemos compor, que em todos os momentos soube misturar descontração e seriedade. Por todo o material compartilhado, pelas conversas nos corredores, pelos trabalhos em grupo e por todo o aprendizado que só hoje posso ver que adquiri com essa convivência.

Aos amigos que surgiram durante esse período, que assim posso chamar sem medo, dispensada a citação de seus nomes, pois sabem quem os são. Agradeço pelo companheirismo, pela ajuda mútua, pelos cafés da manhã e almoços sempre divertidos, ainda nos momentos mais tensos do curso ou de nossas vidas. Pelos papos de bar, pelas festas (e quantas!) e, agora, na reta final desse trabalho, pelo simples “e aí, como vai seu TCC?”.

À querida República Doze Doses. A todas as gerações com as quais tive o prazer de conviver durante esses cinco anos e também àquelas mais antigas, que mesmo distantes sempre se faziam presentes, contando uma boa história num Churrasco de Morador e Ex-Morador. Pelas conversas épicas na sala, aliviando a tensão de provas e trabalhos, pelos ensinamentos sobre convivência e hierarquia e por terem me permitido, literalmente, vestir a camisa da rep e fazer parte da “12 Feminina”.

Às irmãs com as quais fui presenteada durante essa graduação. Ana Maria, a irmã mais velha, sempre pronta a dar um bom conselho, mesmo que nem sempre o seguisse. Marina irmã de temperamento, com um incrível mau humor matinal, mas dona de um coração enorme, sempre disposta a ajudar. Natália, a irmã desligada, sempre precisando ser posta de volta ao mundo real, e exatamente por isso, despertando um carinho e uma preocupação inigualáveis. Lidiane, a irmã que chegou depois, graças à Transferência Externa 2011, com quem eu tive a oportunidade de passar o maior tempo desses últimos 2 (dois) anos de faculdade e descobrir semelhanças e as maiores diferenças. Posso dizer que foi muito mais fácil chegar até aqui com a companhia de vocês e já sinto uma dor imensa com o fim próximo da nossa convivência diária.

A todos que aqui mencionei e também aqueles que porventura eu tenha esquecido, meus sinceros agradecimentos pela participação direta ou indireta na realização desse trabalho e na concretização do sonho de me tornar Bacharel em Direito.

RESUMO

A complexidade das relações na sociedade contemporânea tem criado a necessidade de uma nova perspectiva de solução de conflitos, a qual aponta para meios alternativos ao processo judicial. Uma das razões para tanto é o próprio congestionamento do Poder Judiciário brasileiro, que tem hoje o seu custo e sua lentidão como principais causas da crise que enfrenta. Entretanto, não são apenas as dificuldades do processo brasileiro que contribuem para a criação de um novo paradigma de solução de controvérsias; a falta de justiça efetiva das decisões impostas também desloca o olhar do meio jurídico para formas alternativas e autocompositivas de resolver disputas. Isso porque aqui a justiça será sempre encarada como solução jurídica justa para as partes em disputa. Nesse viés, a mediação e a conciliação são técnicas de solução de conflitos que se enquadram no ideal de propiciar justiça para as partes e, inclusive, vêm sendo valorizadas no ordenamento jurídico pátrio e inseridas, nos procedimentos de todas as esferas processuais, ganhando até mesmo legislação específica. As características de uma e outra técnica diferem em alguns aspectos, mas ambas são regidas basicamente pelos mesmos princípios. Importante destacar que essas técnicas também podem e inclusive devem ser olhadas por outro ângulo, que não apenas o processual. Já existem hoje importantes iniciativas, nos diferentes ramos do Direito, que buscam a solução do conflito antes mesmo de ele se tornar uma lide processual. No entanto, a cultura jurídica brasileira, pautada na adversariedade, representa um grande entrave ao desenvolvimento dessa nova perspectiva de solução de disputas e conseqüente quebra de paradigma. Ainda, nota-se que essa cultura incrustada desde a formação do operador do Direito é corroborada por um corporativismo que impede diversas ações positivas no âmbito da decisão negociada de conflitos. Portanto, a pesquisa empírica comprova a importância da utilização de meios extrínsecos ao processo convencional e a sua efetividade na obtenção de justiça para ambas as partes e não para apenas uma. Por outro lado, ela também revelou os grandes entraves e o longo caminho a se percorrer até que prepondere a cultura do consenso.

Palavras-chave: Crise do processo. Mediação. Conciliação. Ordem jurídica justa. Pesquisa empírica.

ABSTRACT

The complexity of relationships in contemporary society has created the need for a new approach to conflict resolution, which points to alternative means to the judicial process. One reason for this is the very congestion Brazilian Judiciary, which today has its cost and it's slow as major causes of the crisis it faces. However, not only the difficulties of the Brazilian process that contribute to the creation of a new paradigm of dispute; the lack of effective justice decisions imposed also shifts the gaze of the legal world for consensual and alternative ways of resolving disputes . This is because justice will always be here seen as fair legal solution to the disputing people. In doing so, mediation and conciliation are techniques of conflict resolution that fit the ideal of providing justice to the parties, and have been valued in the national legal system and inserted in procedures from all walks of process, even earning legislation specific. The characteristics of the two techniques are different in some respects, but both are basically governed by the same principles. Importantly, these techniques also can and even should be looked at from another angle, not just procedural. Important initiatives already exist today, in different branches of law, seeking to resolve the conflict before it become a lawsuit. In spite of, the Brazilian legal culture, based on the adversarial, represents a major obstacle to the development of this new perspective on dispute resolution and consequent paradigm change. Also, note that since this culture inlaid operator training of law is supported by a corporatism that prevents many positive actions within the negotiated settlement of conflicts. Therefore, the empirical research proves the importance of the use of means extrinsic to the conventional process and its effectiveness in achieving justice for both parties and not just one. On the other hand, it also revealed the major obstacles and long way to go until given a prominent culture of consensus.

Keywords: Crisis of process. Mediation. Conciliation. Fair legal solution. Empirical research.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS E DA JURISDIÇÃO.....	 19
1.1 A solução de conflitos na Evolução Histórica do Direito.....	19
1.2 A crise do processo.....	21
1.3 O acesso a uma “ordem jurídica justa”	23
1.4 O ressurgimento da autocomposição nos meios alternativos de solução de conflitos.....	25
1.5 Fundamentos das vias conciliativas – visão da Professora Ada Pellegrini Grinover	27
 2. TÉCNICAS DE AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS: CONCEITO E ESPECIFICIDADES.....	 31
2.1 Mediação e Conciliação: Princípios norteadores.....	31
2.2 Mediação.....	32
2.2.1 <i>Conceito</i>	32
2.2.2 <i>Modalidades: endoprocessual e extraprocessual</i>	35
2.3 Conciliação.....	37
2.3.1 <i>Conceito</i>	37
2.3.2 <i>Conciliação endoprocessual e extraprocessual</i>	39
2.4 A negociação como técnica de autocomposição de conflitos	41
2.4.1 <i>Conceito e características</i>	41
2.4.2 <i>Método negocial segundo Fischer</i>	43

2.4.3	<i>Entraves ao acesso à justiça por meio da negociação.....</i>	45
2.5	<i>A confusão doutrinária entre os institutos e suas principais diferenças.....</i>	45

3. O ACESSO À JUSTIÇA E OS MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS..... 49

3.1	<i>O conceito de justiça sob vários prismas.....</i>	49
3.2	<i>O acesso formal à justiça: uma garantia constitucional.....</i>	52
3.3	<i>O acesso material: a justiça como “solução jurídica justa” e os entraves à mudança de paradigma.....</i>	54
3.4	<i>O papel dos meios alternativos de solução de conflitos.....</i>	62

4. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO..... 65

4.1	<i>A previsão dos meios de composição na Legislação Processual Civil.....</i>	65
4.1.2	<i>Meios de composição no Projeto de Novo Código de Processo Civil.....</i>	66
4.1.3	<i>A mediação e a conciliação em outros ramos do Direito.....</i>	70
4.2	<i>Experiências concretas envolvendo meios autocompositivos de solução de conflitos.....</i>	72
4.2.1	<i>Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e os Juizados Especiais da Fazenda Pública.....</i>	72
4.2.2	<i>As Câmaras de Mediação e Conciliação.....</i>	75
4.2.3	<i>O Movimento pela Conciliação organizado pelo Conselho Nacional de Justiça.....</i>	76
4.2.4	<i>NECRIM – Núcleos Especiais Criminais.....</i>	78
4.2.5	<i>As Comissões de Conciliação Prévia do Direito Trabalhista.....</i>	80
4.2.6	<i>O Provimento 17/2013 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo.....</i>	82

5. A EFETIVIDADE DA SOLUÇÃO NEGOCIADA DE CONFLITOS: RESULTADOS..... 85

5.1 A Resolução 125 do CNJ e a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses.....	85
5.2 A implantação da Resolução 125 do CNJ no Tribunal de Justiça de São Paulo.....	86
5.2.1 A capacitação dos terceiros facilitadores.....	86
5.2.2 A Conciliação em Segunda Instância.....	87
5.2.3 Conciliação em Primeira Instância: análise dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania da Comarca de Ribeirão Preto.....	90
5.2.3.1 O setor de conciliação do fórum estadual.....	91
5.2.3.2 Conciliação pré-processual.....	92
5.2.3.3 Análise de dados: acordos realizados por ramo do Direito e as dificuldades encontradas.....	95
5.3 O Tribunal Arbitral de Ribeirão Preto.....	96
CONCLUSÃO.....	99

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	103
--	------------

ANEXOS.....	107
--------------------	------------

Anexo I - Resultados da Semana Nacional de Conciliação de 2011 do CNJ

Anexo II - Tabela Semana Nacional de Conciliação 2012 – TJ/SP

Anexo III – Anexo III – Relatório Mensal do CEJUSC do Fórum de Ribeirão Preto (Fevereiro/2013)

INTRODUÇÃO

Apesar de se falar em métodos alternativos de resolução de conflitos como uma novidade no meio jurídico, essas são formas de solução de conflitos já existentes desde os primórdios.

Entretanto, após um longo período de encantamento com o processo e com a própria atribuição de resolver disputas ao Estado, o qual se fortaleceu ao longo do tempo, a justiça começa a enfrentar uma crise, crise essa representada, sobretudo, por sua morosidade e por seu custo, e o que se vê hoje é uma tendência cada vez maior da busca de meios alternativos de solução de conflitos, assim entendidos aqueles que se realizam sem o envolvimento do Poder Judiciário.

Ressalte-se, todavia, que não são apenas as dificuldades pelas quais passa o processo brasileiro que fazem com que essas formas alternativas ganhem espaço atualmente. É preciso atentar para a finalidade a que se destina a resolução de uma lide processual, qual seja obter justiça para as partes. Esse objetivo nem sempre é alcançado de forma satisfatória por uma sentença, que acaba sempre por criar entre os litigantes a idéia de que um deles é o “perdedor” da questão.

Nesse sentido, a mediação e a conciliação mostram-se muito vantajosas em vários aspectos que não só a agilidade na solução, uma vez que nem sempre a disputa se resolve. Uma lide que termina com a construção de um bom acordo ainda antes de se tornar processual mostra-se muito mais interessante para ambas as partes, já que construindo a solução de seus problemas, elas têm a sensação de que ganharam com a decisão a que chegaram.

Destaque-se que não se tratam de mecanismos aplicáveis apenas aos conflitos civis. Ao contrário, essas técnicas têm se mostrado muito eficazes em outros ramos do Direito, principalmente para compor controvérsias que envolvem relações que tem continuidade no tempo, como as familiares e societárias. Não se pode deixar de mencionar as disputas decorrentes da relação de trabalho, que cada vez mais tem se extinguido já na audiência inicial, ou mesmo antes, nas Comissões de Conciliação Prévia.

O presente trabalho tem por escopo explorar as referidas vantagens e muitas outras desses institutos no âmbito do acesso à justiça. Note-se que aqui o acesso à justiça não será encarado sob o prisma de acessibilidade ao Judiciário, mas da busca por uma decisão justa para as partes.

A intenção, contudo, não é a de diminuir a importância do Poder Judiciário, mas de apontar a existência de mecanismos externos que podem ser tão ou mais eficazes do que um procedimento processual.

Ainda, será traçada uma caracterização que explicita as distinções entre esses meios alternativos de solução de litígios, ressaltando a base principiológica e conceitual de cada um, em virtude de os mesmos gerarem grande confusão na Doutrina.

No que tange à legislação, serão apontadas as principais leis que tratam dessas técnicas, bem como as mudanças trazidas pelo Novo Código de Processo Civil e pelo Conselho Nacional de Justiça, a fim de confirmar a nova tendência de utilização de meios alternativos, ainda que na esfera processual.

Detalhe importante diz respeito à cultura jurídica dos operadores do direito, uma vez que a formação destes é pautada na adversariedade de um litígio judicial, o que constitui uma grande barreira na disseminação da cultura da composição, isto é, da solução final composta pelas próprias partes.

Ao final, será apontado, a partir de pesquisa empírica, de que maneira caminha hoje essa “onda renovatória do processo”, através de visitas a Centros de Mediação e Conciliação e da análise de dados dos mesmos, revelando o quão positivo pode ser o estabelecimento de uma decisão negociada, em detrimento de uma decisão imposta no que se refere, principalmente, ao acesso substancial à justiça para as partes em confronto.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A CRISE DO PROCESSO

O mecanismo da autocomposição, ao contrário do que se poderia pensar, precede ao próprio Estado; ainda antes de existir uma figura central que organizasse a sociedade, as pessoas já solucionavam suas controvérsias autonomamente, mas não ainda de forma negociada.

No entanto, a evolução da sociedade e o fortalecimento do Estado levaram a um congestionamento do processo convencional que ocasionou a crise que o Poder Judiciário brasileiro, assim como o de muitos outros países, vive atualmente. A referida crise, mas desde já se adiante, não apenas, contribuiu para criar uma tendência de busca por meios alternativos de pacificação social, o que levou ao ressurgimento os métodos de autocomposição.

1.1 A solução de conflitos na Evolução Histórica do Direito

Nas civilizações primitivas, a inexistência de um Estado que impusesse o direito acima das vontades particulares, bem como a ausência de quaisquer leis que estabelecessem regras para o convívio harmônico entre os homens levava-os a buscarem suas pretensões contra outrem com a própria força, o que se denomina autotutela ou autodefesa. Dessa forma era feita até mesmo a repressão aos atos criminosos, por meio de vingança privada. Trata-se de um regime precário e aleatório, que de maneira alguma garante a justiça, mas apenas a vitória do mais forte sobre o mais fraco¹.

Além dessa forma de solução, existia ainda a autocomposição, que inicialmente só ocorria em sua modalidade unilateral, ou seja, quando uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão de seu interesse ou de parte dele. Três são as principais formas de autocomposição, ainda existentes no direito moderno: desistência (renúncia ao direito), submissão (reconhecimento jurídico do pedido) ou transação (renúncias recíprocas). Essas

¹GRINOVER, A. P.; CINTRA, A. C. A.; DINAMARCO, C. R. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2008. 24 ed. p. 26

três formas de solução são parciais, dependem da vontade, da atividade de uma ou de ambas as partes.

Com o passar do tempo, os indivíduos passaram a preferir uma solução amigável e imparcial de seus conflitos, realizada por árbitros, pessoas de confiança mútua das partes. Essa interferência se fazia geralmente por sacerdotes, em virtude das ligações que tinham com as divindades, o que garantiria soluções justas de acordo com a vontade dos deuses. Confiava-se o arbítrio também aos anciãos, dado o conhecimento que detinham acerca dos costumes do grupo social a que pertenciam os interessados. Bem de ver, portanto, que a figura do juiz, na evolução do direito, é anterior à do legislador.

A partir da afirmação do Estado, esse passa a absorver o poder de impor as soluções para os conflitos. No direito romano arcaico, o Estado já participava dessas atividades destinadas a indicar, no caso concreto, qual interesse deveria preponderar. Passa-se a implantar um sistema de arbitragem obrigatória, que substitui a arbitragem facultativa, vez que a autotutela fora proibida. A figura do legislador surge em seguida para facilitar a sujeição das partes às decisões de terceiro, por meio de regras a servir de critério objetivo e vinculativo, afastando temores de subjetivismo e arbitrariedade nos julgamentos, sendo que a Lei das XII Tábuas foi um marco fundamental desse momento histórico.

Importante notar que depois do período clássico e do arcaico, veio aquele que completou o ciclo de evolução da justiça privada para a justiça pública; o pretor contrariando a ordem estabelecida, passa a conhecer do mérito dos conflitos ao invés de nomear um árbitro para tanto, conforme fora estabelecido no período anterior, inclusive proferindo sentenças. Desse modo, o Estado já forte o bastante, passa a ser capaz de impor sua decisão aos litigantes, prescindindo de sua vontade, se formando assim o que hoje se conhece por jurisdição.

Assim, é possível notar três diferentes e sucessivos momentos anteriores à jurisdição tal qual ela é hodiernamente: autotutela, arbitragem facultativa e arbitragem

obrigatória, ambas paralelas à autocomposição. Da arbitragem obrigatória originou-se o processo e só posteriormente surge a jurisdição tal qual entendemos².

Portanto, o fortalecimento da figura do Estado, aliado à consciência de sua função pacificadora, conduziu, ao longo da evolução histórica supramencionada, à afirmação de uma quase absoluta exclusividade estatal no exercício dessa competência; a autotutela se tornou crime, a autocomposição não vem, desde então, sendo estimulada pelo Estado e a arbitragem, apesar de praticada intensamente em alguns países, é pouco usada no Brasil, em conflitos entre nacionais.

Essa atribuição praticamente exclusiva do Estado, porém, somada à ampliação cada vez maior do acesso à justiça aos cidadãos, encorajando-os a demandarem em defesa de seus direitos, levou a um congestionamento do processo convencional que ocasionou uma crise, vivida atualmente pelo Poder Judiciário brasileiro, assim como pelo de vários outros países e chamada por grande parte da Doutrina apenas de “crise do processo”. Ademais, a função jurisdicional não acompanhou a ampliação de direitos supracitada. E, por último, passou-se a questionar a efetividade do acesso a uma justiça substancial para as partes pela via processual.

Juntos, esses fatores levaram à busca por formas de solução de conflitos externas ao processo convencional, gerando a atual tendência de mudança de paradigma, abandonando a idéia de que apenas o Estado-juiz pode resolver disputas. Adiante, tais fatores serão mais bem detalhados.

1.2 A crise do processo

Dentre as várias dificuldades geradoras da crise do processo atualmente, três são mais veementes. A primeira delas é a sua formalidade; suas formas garantem às partes legalidade e imparcialidade no exercício da jurisdição³. Desse aspecto decorre a segunda dificuldade, que é a temporal, pois uma vez garantidos esses princípios, e outros como o do

²Ibid., p. 29

³Cf. incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

contraditório, por exemplo, é demandado um tempo que prejudica a efetividade da função pacificadora. O terceiro elemento enfraquecedor do sistema é o custo, que se faz presente tanto no adiantamento de custas ao Estado, quanto nos honorários advocatícios, sem falar no alto custo de muitas perícias.

Não são esses, porém, os únicos empecilhos que obstruem o acesso à justiça pela via judicial. A crise do processo verifica-se também em virtude de ele não ter acompanhado a ampliação desse acesso formal à justiça, isto é, o número de processos cresce cada vez que se amplia a garantia ao indivíduo de demandar por seus direitos, e o sistema não consegue acompanhar esse crescimento.

Entretanto, é questionável atribuir ao Poder Judiciário toda a culpa pela lentidão e ineficiência processuais. O que se nota no Brasil hoje é uma segurança cada vez maior ao cidadão, o qual fica protegido por garantias constitucionais que lhe permitem pleitear seus direitos em juízo. Se por um lado é uma grande conquista permitir um acesso amplo à justiça para que busquem seus direitos, por outro lado, os instrumentos colocados à disposição dos que pretendem litigar judicialmente parecem inadequados.

Ademais, os cidadãos brasileiros não se mostram devidamente conscientizados sobre seus direitos, daí o fato de serem propostas tantas demandas por comodismo ou ignorância. Ainda pior é a questão das litigâncias de má-fé, que permanecem vultosas no processo civil brasileiro. Carlos Alberto Carmona, já em 1989, observou o caminhar no sentido da autocomposição e levanta o porquê desse quadro de afogamento da justiça brasileira com demandas desnecessárias:

“a condenação nas penas decorrentes da litigância de má-fé ainda é relativamente rara entre nós, estando no fundo da questão o temor – exagerado – de que a aplicação das penas previstas no artigo 18 do CPC afetem o exercício pleno do direito de defesa”.⁴

⁴CARMONA, C. A. A crise do processo e os meios alternativos para a solução de controvérsias. **Revista de Processo**, Brasília, ano 14, n.56, p. 91, out-dez. 1989.

Dessa forma, é preciso perceber que não se trata apenas de ineficiência do Judiciário, mas de ausência de sintonia entre este e o Legislativo, que cria dispositivos os quais aquele Poder não consegue acompanhar para gerar efetividade.

Ainda, apesar de ser sabido que o Magistrado raras vezes emprega plenamente seus poderes diretivos do processo, o que contribui para o caos processual vivido hodiernamente, não se pode minorar a culpa da atuação dos demais operadores do Direito, que nem sempre cumprem sua função no âmbito jurisdicional.

1.3 O acesso a uma “ordem jurídica justa”⁵

O conceito de acesso à justiça sofreu importante transformação ao longo do desenvolvimento das sociedades. Em princípio, tratava-se de um acesso formal, e não efetivo, o qual colocava o Estado em uma posição passiva. À medida que as sociedades foram crescendo em tamanho e complexidade, também o conceito de direitos humanos começou a se modificar, sobretudo pelo caráter cada vez mais coletivo das ações e relacionamentos.

Com isso, hoje o acesso à justiça pode ser encarado como um requisito básico dos direitos humanos, inserido em um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda não apenas proclamar, mas garantir os direitos de todos⁶.

Diante disso, passa-se à questão sobre o modo como esse acesso se torna efetivo. Mostra-se cada vez mais forte a visão de que parece irrelevante a pacificação advir do Estado ou de outros meios, se o objetivo é único: pacificar.

Esse pensamento ganha ainda mais força quando se analisa a atual conjuntura do processo brasileiro, ou seja, a busca por uma pacificação eficiente não tem encontrado respostas na atuação do Estado.

⁵ A expressão “ordem jurídica justa” é de autoria do Professor Kazuo Watanabe. Cf. WATANABE, K. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: PELLEGRINI, A. P.; DINAMARCO, C. R.; (Coord.). Participação e processo. São Paulo: RT, 1988

⁶ CAPELLETTI, M.; GARTH, B. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p.12

Na seara processual, a justiça como ordem jurídica justa pode ser obtida através da superação de quatro óbices à efetividade do processo, segundo elenca a Professora Ada Pellegrini Grinover, a saber: a) a admissão ao processo (acesso formal ao Judiciário, com a eliminação de barreiras econômicas); b) o modo-de-ser do processo (observância de princípios constitucionais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa); c) a justiça das decisões (o juiz deve pautar-se pelo critério de justiça ao apreciar provas, enquadrar fatos em normas jurídicas ou interpretar textos legais) e; d) efetividade das decisões (satisfazer o direito declarado de forma efetiva)⁷⁷. Infelizmente, conforme já pontuado no item anterior, o ordenamento brasileiro está muito longe de ter um processo que garanta o acesso à justiça efetiva.

Nesse viés, surge a idéia de acesso a uma ordem jurídica justa para as partes, baseada em mecanismos extraprocessuais como a mediação e a conciliação por serem mais compatíveis com essa nova visão de justiça, uma vez que por meio deles as próprias partes chegam a uma decisão, passando-se da decisão imposta para a decisão negociada.

Entretanto, como bem preceitua Kazuo Watanabe, a mudança de paradigma que lança a idéia de acesso à justiça fora dos limites dos órgãos judiciais já existentes requer, antes de qualquer coisa, uma nova postura mental. Essa inovação consiste em alterar a perspectiva com que se analisa a ordem jurídica; hoje, ainda prevalece a perspectiva do Estado, quando deveria predominar a do povo, que afinal, é destinatário das normas jurídicas⁸.

A predominância da perspectiva estatal atualmente revela a utilização do direito como instrumento de governo para implementação de metas e projetos. Desse modo, preocupa-se demasiadamente com eficiência técnica, em detrimento da busca por equidade e bem estar coletivo, o que prejudica o acesso efetivo a uma ordem jurídica justa.

A propositura de meios alternativos de solução de litígios é um caminho pacificamente aceito pela Doutrina majoritária por representar uma opção de obter uma ordem jurídica justa escapando à via processual estatal, que como já demonstrado ainda está focada

⁷⁷GRINOVER, A. P.; CINTRA, A. C. A.; DINAMARCO, C. R. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2008. 24 ed. p. 26, p. 40-41

⁸WATANABE, K.. et al, op. Cit., p. 128

na figura do Estado em detrimento das partes que, por vários motivos sobre os quais se discorrerá adiante, devem estar no centro da solução do conflito. Para isso, a mediação e a conciliação, com suas particularidades e objetivos sutilmente distintos demonstram-se eficientes para atingir um fim comum: pacificar com justiça.

1.4 O ressurgimento da autocomposição nos meios alternativos de solução de conflitos

A crise do processo, cumulada com a ausência de efetividade no acesso substancial à ordem jurídica justa para as partes, fatores que se inserem nos fundamentos das vias conciliativas sustentadas pela Professora Ada Pellegrini Grinover a seguir esmiuçados contribuem para a atual mudança de paradigma cultural, que lentamente passa a retirar o Estado-juiz do pólo central da solução de disputas e a olhar com mais atenção para formas alternativas ao processo convencional.

Nessa linha, é possível perceber o ressurgimento da autocomposição, forma de resolver conflitos que fora esquecida e até mesmo considerada atrasada ou primitiva durante muito tempo, em virtude da preponderância do Estado após a sua afirmação na evolução da sociedade.

Esse ressurgimento pode ser notado tanto na própria via processual, quanto pela via extraprocessual, isto é, pelos meios alternativos de solução de conflitos.

No primeiro caso encaixam-se, por exemplo, as mudanças insertas no Novo Código de Processo Civil, que valorizam formas de composição como a mediação e a conciliação processuais, ampliando a atuação do mediador e do conciliador no intuito de resolver a lide por meio de um acordo e extinguir o processo com a homologação do mesmo pelo juiz.

Outra iniciativa que torna notável a mudança de paradigma no âmbito do Poder Judiciário são as ações do Conselho Nacional de Justiça, que desde 2006 promove a Semana Nacional de Conciliação e, em 2010, editou a Resolução 125, a qual será objeto de estudo mais adiante.

Primeiramente, cabe uma breve definição acerca desses mecanismos. Para Cássio Scarpinella Bueno, os meios alternativos de solução de conflitos podem ser entendidos como os métodos ou formas de solução de conflitos intersubjetivos que não envolvam ou que dispense, em maior ou menor grau, a participação do Poder Judiciário e da função jurisdicional⁹. Assim, além dos mecanismos de autocomposição, também estariam abarcados nesse conceito os de heterocomposição, como a arbitragem.

De fato, a arbitragem tem adquirido espaço significativo no direito brasileiro, sobretudo depois de ganhar disciplina própria com a lei 9.307/96. Entretanto, é preciso tecer algumas observações sobre essa forma de solução de disputas. Na arbitragem, as pessoas em conflito, por meio de convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral), se obrigam aos termos da arbitragem e elegem um ou mais árbitros, de comum acordo, para sentenciarem a disputa. Há, contudo, algumas restrições, previstas na Lei de Arbitragem, com relação ao uso da mesma. Pelo artigo 1º da referida Lei, podem utilizar a arbitragem “pessoas capazes de contratar” a fim de “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”¹⁰.

Portanto, vê-se de pronto, que a utilização da arbitragem está limitada por esses requisitos previstos em lei. Além disso, por tratar-se de um procedimento quase sempre muito caro, acaba sendo mais utilizado nos conflitos empresariais, estabelecendo uma cultura de que arbitragem é um meio de solução de conflitos inviável para a maioria das pessoas. Deve-se observar que não se trata de algo absoluto, uma vez que existem outras formas de arbitragem, mais baratas ou até mesmo gratuitas.

Contudo, o que realmente afasta a arbitragem enquanto método de resolução de disputas que proporcione acesso efetivo à justiça é o fato de que, enquanto heterocomposição, mantém a decisão imposta por um terceiro, no caso o árbitro, não permitindo a participação das partes na solução da controvérsia.

⁹BUENO, C. S. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2009. 3 ed. p. 12

¹⁰Ibid., p. 13

Portanto, no que diz respeito ao acesso à justiça, a arbitragem dispõe de barreiras que obstruem tanto o acesso substancial, com a ausência de participação das partes, como também o acesso formal, com as restrições impostas em sua legislação específica.

Diante do exposto, pode-se perceber que a autocomposição prevalece sobre a heterocomposição como meio de pacificação na medida em que rompe com o formalismo do processo, é mais ágil e tem menor custo, além de proporcionar um acesso formal e substancial a uma ordem jurídica justa para as partes.

Entendemos, em consonância com a doutrina majoritária, que o ressurgimento da autocomposição deve se voltar para os meios alternativos de solução de conflitos, ou seja, de forma extrínseca ao processo. Da mesma forma, entendemos também que a tendência de buscar métodos extrajudiciais de resolver disputas deve ser direcionada para a autocomposição. Nas duas mãos, trilha-se o caminho de uma forma de solução de conflitos negociada, ágil, acessível, no que tange a formalidades e custo e, mais importante, que culmine com a satisfação das duas partes envolvidas.

No entanto, não deixamos de valorizar as iniciativas do Poder Judiciário, com a implantação de políticas que promovam a autocomposição já com o processo judicial em curso, o que, conforme já ressaltado, revela essa mudança de perspectiva quanto à efetividade da decisão imposta.

Seja pela via endo ou extraprocessual, a mediação e a conciliação são as principais técnicas que podem levar à efetividade da solução ao final encontrada pelas partes.

1.5 Fundamentos das vias conciliativas – visão da Professora Ada Pellegrini Grinover¹¹

Para a Professora Ada Pellegrini Grinover é algo incontestável que vivenciamos hoje o renascimento da autocomposição. Para a doutrinadora, três são os principais

¹¹GRINOVER, A. P. Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**. Rio de Janeiro, Ano II, n. 5, p. 22-27, maio, 2008.

fundamentos das vias conciliativas, isto é, do acesso à justiça por meios de composição. Note-se que eles não são excludentes; ao contrário, são complementares e compõem um quadro de fundamentos que contribuíram para o ressurgimento dos institutos. São eles:

a. Fundamento funcional

O primeiro fundamento levantado pela Professora Ada é o funcional, que tem por objetivo aumentar a eficiência da justiça, melhorando o desempenho e a funcionalidade da mesma.

A crise da Justiça, que tem como principais demonstrações a inacessibilidade, a lentidão e o custo, geram uma busca por racionalização na distribuição da Justiça, com conseqüente desafogamento dos tribunais. Trata-se também da recuperação de determinadas controvérsias que não encontram solução com a decisão imposta, em virtude da inadequação da técnica processual para esses casos. É o que se dá nos conflitos que envolvem vizinhança, tutela do consumidor e acidentes de trânsito, por exemplo.

As tentativas de sanar os problemas gerados pela crise do processo não tem surtido o efeito desejado. A criação de leis processuais não é o caminho, uma vez que quanto mais se amplia o acesso à justiça, mais processos surgirão. A arbitragem, apesar de compatível com a idéia de diminuir a quantidade de processos no Judiciário, foge ao plano de acesso efetivo à justiça, por todos os motivos acima listados, sendo inacessível para a grande massa brasileira.

b. Fundamento social

O fundamento social consiste na função de pacificação social, a qual não é alcançada com a sentença imposta pelo juiz, pois se limita a solucionar a parcela da lide que foi levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, geralmente muito mais ampla.

A mediação e a conciliação trabalham o conflito que seria levado ao Tribunal, tocando nesse aspecto sociológico e aumentando a pacificação, já que o conciliador e o mediador não decidem, apenas assistem e auxiliam o diálogo entre as partes.

c. Fundamento político

Relaciona-se o fundamento político com a participação popular na administração da justiça, com a inserção do corpo social nas técnicas de mediação e conciliação.

A manifestação da crise do processo levou as instâncias de participação à busca por uma alternativa ao poder do Estado. Essa participação pode ser vista em dois aspectos: participação mediante a justiça e participação na administração da justiça. Nas palavras da própria Professora Ada:

“Esta – a participação mediante a Justiça – significa a própria utilização do processo como veículo de participação democrática, quer mediante a assistência judiciária, quer mediante os esquemas da legitimação para agir. Aquela – a participação na administração da Justiça – desdobra-se, por sua vez, em diversas facetas”¹².

Diante do exposto, é possível notar os três fundamentos elencados pela Professora Ada Pellegrini como um detalhamento da atual conjuntura do processo brasileiro e das causas que levam à busca por meios alternativos ao mesmo.

Os mecanismos de autocomposição ainda não foram observados com a devida atenção, mas podem resolver ou ao menos amenizar as consequências da crise do processo, sendo a dificuldade de acesso material à justiça uma delas, de maneira muito mais simplificada e acessível.

¹² Ibid., p.26

2. TÉCNICAS DE AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS: CONCEITO E ESPECIFICIDADES

Depois de realizada uma breve introdução histórica e identificada a atual situação do processo brasileiro, nesse capítulo será traçada uma caracterização dos institutos da mediação e da conciliação que não deixe dúvidas sobre as suas distinções, pois apesar de serem técnicas diferentes, há quem faça confusão entre ambos. Ainda, será explorado o instituto da negociação, mais comumente utilizado no âmbito empresarial e para definir interesses contratuais, mas por vezes também empregado em ocasiões que envolvem pessoas físicas.

Tendo em mente o conceito e as principais características de cada um ficará claro se tratar de instrumentos de pacificação eficazes e adequados para atender a demanda da solução de conflitos nos dias de hoje.

2.1 Mediação e conciliação: Princípios norteadores

Os princípios que regem a mediação e a conciliação cabem às duas técnicas, com exceção de alguns, que diferem em cada caso.

Começando por aqueles que são comuns aos dois mecanismos, pode-se citar o *princípio da voluntariedade*. Esse princípio consiste na liberdade e autonomia da vontade das partes para participar da composição do conflito com a interferência de um terceiro. Destaque-se ainda que esse princípio deve ser observado durante todo o processo de mediação ou conciliação, isto é, as partes são livres para se submeter ou não às etapas do processo, bem como ao acordo final¹³.

Um segundo princípio que merece atenção é o da *imparcialidade*. O terceiro que conduz a composição do conflito (mediador ou conciliador) não pode ter interesses pessoais na questão que envolve as partes, devendo se abster de preconceitos ou favoritismos.

¹³CAMPOS, N. G.; BRANCO, A. P. T.; SANTOS, R. G. Mediação, uma velha forma de gestão de conflitos, por meio de um diferente olhar. Uma alternativa para as micro e pequenas empresas. Vitória: Sebrae, 2010. p. 56

Outro princípio a ser considerado é o da *flexibilidade*, segundo o qual as partes e o mediador/conciliador aplicam na composição do litígio aquilo que é mais compatível no caso concreto, sem um critério arbitrário, mas por ausência de apego rígido às formas.

Cabe destacar ainda o princípio da *consensualidade*. Alguns doutrinadores, como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho tratam esse princípio como sinônimo de voluntariedade. Já outra corrente, da qual Orlando Gomes é adepto, entende que há diferença entre os dois princípios, e que ela reside no fato de o primeiro estar ligado ao plano da bilateralidade do compromisso firmado de opção por resolver o conflito amigavelmente, enquanto o segundo, ao plano da autonomia da vontade de cada parte em aceitar, se submeter à mediação ou conciliação.

Por último, é importante atentar a dois princípios distintos na mediação e na conciliação processuais e extraprocessuais. Enquanto a forma processual segue a *publicidade* do processo judicial, as mediações e conciliações extraprocessuais são pautadas pela *confidencialidade*.

Nesse viés, já é possível apontar uma grande vantagem das técnicas de solução de conflitos alternativas ao processo estatal; a confidencialidade confere maior confiança para as partes, que tem sob sua tutela a extensão desse princípio, ou seja, elas decidem desde o início e a cada reunião o que será mantido em sigilo¹⁴.

2.2 Mediação

2.2.1 Conceito

A expressão mediação, em seu sentido lato, vem do latim *mediare*, que significa “mediar, dividir ao meio ou intervir, se colocar no meio”. De fato, a técnica da mediação

¹⁴ALMEIDA, T. Mediação e Conciliação: Duas práticas distintas, dois paradigmas diversos. Disponível em: <http://www.mediare.com.br/08artigos_11mediacaoconciliacao.html>. Acesso em: 20/08/2013.

envolve a participação de um terceiro que “se coloca no meio”, agindo como facilitador do conflito.¹⁵

Vejamos a definição de mediação da mediadora Gabriela Assmar, do Centro de Mediação do Harlem¹⁶:

“Processo não adversarial, confidencial e voluntário no qual um terceiro neutro facilita a negociação entre duas ou mais partes e auxilia na construção de acordos mutuamente satisfatórios. O processo é orientado para manter com as partes a autoria das decisões”¹⁷.

Vale a pena distinguir o “gênero mediação” da “espécie mediação”. O primeiro é encarado como sinônimo de heterocomposição, isto é, sempre que um terceiro estranho ao conflito é chamado a pacificá-lo, e envolve desde métodos impositivos de resolução de conflitos, como a própria via judicial e a arbitragem, até métodos consensuais como a conciliação e a mediação propriamente dita. O segundo é a mediação enquanto técnica especificamente autocompositiva de solução de disputas.

Destaque-se, entretanto, que a intervenção do mediador não é incisiva; a principal característica desse instituto é exatamente a ausência de uma indução por parte do terceiro; aqui ele não sugere, opina ou induz as partes, mas, ao contrário, devolve a elas a responsabilidade pessoal pelo impasse, a fim de que, sozinhas, cheguem à melhor solução para ambas.

A real função do mediador é estabelecer regras de comunicação para que ela se realize de forma eficiente e completa, evitando falhas quanto aos seus elementos, quais sejam: o emissor, o canal pelo qual a mensagem é transmitida e o receptor. Com uma visão realista e conhecimento amplo do litígio, as partes podem construir sozinhas a composição da maneira mais satisfatória.

¹⁵SERPA, M. N. Mediação, processo judicioso de resolução de conflitos. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG. 1997. p. 104

¹⁶Harlem Mediation Center, NY, US. Gabriela Assmar também é advogada e atuou na organização do Projeto de Mediação da ONG Viva Rio.

¹⁷ASSMAR, G. Legislação Brasileira no que tange à Mediação de Conflitos. Disponível em: <http://www.mediare.com.br/08artigos_09legislacaobrasileira.html>. Acesso em: 20/08/2013

Para tanto, faz-se necessário que o mediador siga alguns passos, a fim de garantir essa eficiência na comunicação. Primeiramente, deve descrever o processo de mediação para as partes. Em seguida, definir com os mediados os procedimentos pertinentes ao processo de mediação. É papel do mediador, também, esclarecer sobre o sigilo e zelar pelo mesmo, além de sugerir a participação de especialistas que possam auxiliar de forma efetiva na solução do conflito e interromper processo em caso de impedimento ético ou legal. Por fim, deve cuidar de fornecer às partes, por escrito, as conclusões da mediação quando por elas for solicitado.

Com efeito, a conduta do mediador deve estar pautada pelos princípios básicos que norteiam a mediação, já expostos supra, mas não só por eles. Deve observar ainda outros mais específicos, intrínsecos à figura de terceiro facilitador, como credibilidade, competência e diligência. Além disso, precisa ter uma formação multidisciplinar, pois o conflito no qual atuará é muito mais sociológico do que jurídico, não bastando, portanto, a formação jurídica.

Para Cássio Scarpinella Bueno, na mediação não há uma das principais características da jurisdição, qual seja, a imperatividade, pois nem a realização da mediação, tampouco o resultado dela podem ser impostos pelo mediador.¹⁸

Um aspecto relevante, e que difere cabalmente a mediação da conciliação, diz respeito à forma de realização daquela; a mediação é precedida por uma etapa chamada Pré-Mediação, em que o mediador ouve os envolvidos acerca do motivo que os levou até ali, a fim de avaliar se o instrumento é mesmo adequado e eleger um mediador que guarde independência com o tema e com as partes. Ainda quanto à realização, a mediação exige várias sessões, para que o mediador possa travar contatos e, com perguntas apropriadas, levar os contendores a protagonizar uma saída consensual para o impasse.

Quanto aos advogados das partes, a mediação pretende que elas protagonizem a solução e, para isso, solicita-se que a voz seja transferida às mesmas, evitando a representação. Com a transferência da voz, é preciso transferir também o conhecimento da matéria mediada. A pauta subjetiva do conflito, qual seja, a emoção, a parte mais intrínseca da

¹⁸BUENO, C. S. Curso sistematizado de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2009. 3 ed. p. 14

lide fica a cabo das partes, enquanto a pauta objetiva, que envolve tutela jurídica e questões técnicas do Direito cabe aos advogados, profissionais com capacidade técnica para tanto.

Na mediação privilegia-se a pauta subjetiva em detrimento da objetiva, uma vez que esse mecanismo busca a desconstrução do conflito, e não apenas a mera solução do mesmo, pois o cenário, a substância que o motivou, bem como a relação entre as partes, se não tratados no momento do acordo, originarão novos conflitos. A necessidade de estar certo, de ter sua razão reconhecida é objeto da mediação na busca de conter futuros desentendimentos¹⁹.

Desse modo, como estratégia preventiva, os recursos técnicos empregados tem por objetivo criar a possibilidade de que relações continuadas no tempo, tais como relações comerciais, familiares e de trabalho, incluam valores como a cooperação e a negociação positiva de diferenças em sua convivência.

2.2.2 Modalidades: endoprocessual e extraprocessual

A mediação endoprocessual é aquela que ocorre quando o processo já se encontra na órbita do Poder Judiciário. Nesse caso, o mediador é o próprio juiz, ou, desde a Resolução 125 do CNJ, um conciliador designado, e a mediação se dão nos autos do processo. Se tal obtiver sucesso, o processo será extinto com julgamento de mérito, nos termos do artigo 269, II, III e V do Código de Processo Civil, uma vez que nesses incisos estão listados os três tipos de autocomposição possíveis. Se nesse ato não forem obtidos resultados satisfatórios, a causa correrá normalmente nos termos das normas processuais.

Apesar de possível, a mediação endoprocessual não é praticada com frequência no processo civil brasileiro, sendo meramente inserida na prática da conciliação, em virtude de o próprio Código de Processo Civil em vigor não citar em momento algum, o termo mediação; fala-se apenas em conciliação. Entretanto, essa realidade pode ser alterada, ainda que

¹⁹Uma das grandes finalidades da mediação é a prevenção de conflitos futuros. Cf. TARTUCE, F. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008. p. 225

formalmente, caso as mudanças do novo texto processual civil sejam aprovadas, já que o Novo Código trata de mediação e conciliação como duas coisas distintas.

Existe ainda um projeto de lei em trâmite no Senado (Projeto de Lei 94/2002), de iniciativa da então Deputada Zulaiê Cobra, infelizmente arquivado desde 2007, para efetuar tal regulamentação²⁰.

Já a modalidade extraprocessual, também chamada mediação comum, verifica-se no âmbito privado, e, portanto, fora do âmbito processual, isto é, antes que o impasse chegue às vias processuais. Essa modalidade pode ainda ser subdividida em outras duas: institucional e independente. A primeira é aquela organizada por centros de mediação e associações. No Brasil, atualmente, já existem diversos núcleos de mediação privada que oferecem condução da solução de conflitos, sendo necessária a iniciativa das partes para tanto. A segunda consiste em mediação conduzida por mediadores sem vínculo com qualquer entidade, eleitos livremente pelas partes para compor a questão²¹.

Ocorrendo sem a interferência do Poder Judiciário, a mediação pode ter como resultado um acordo, o qual obtém valor de título executivo extrajudicial, desde que referendado tal acordo pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou advogados dos transatores, nos termos do artigo 585, II do Código de Processo Civil. Esse título garantirá certeza e segurança, pois em caso de não cumprimento do acordo ou distrato, a parte lesada terá à sua disposição um título capaz de viabilizar a busca imediata por seus direitos, não sendo necessário esperar uma decisão de mérito do Judiciário. Todavia, esse título não confere imutabilidade à solução alcançada, pois para tanto as partes precisam da homologação judicial, que pode ser obtida por meio de permissivo legal já existente.

Há uma peculiaridade dos Juizados Especiais que permite a homologação judicial do acordo de mediação, e que gera título executivo judicial, a qual está prevista no artigo 57 da lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/1995). Essa legislação torna possível que o juiz homologue acordo celebrado pelas partes, sem necessidade de qualquer

²⁰Trâmite do Projeto de Lei disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=53367>. Acesso em 15/07/2013.

²¹TARTUCE, F., op. Cit., p. 241

processo contencioso anterior, mas desde que com o aval do Ministério Público, conforme parágrafo único.

Tanto no rito comum do CPC, quanto no do JEC, depois da sentença homologatória, o processo é extinto com julgamento de mérito, nos termos do artigo 265, III do Código de Processo Civil, fazendo coisa julgada e formando título executivo judicial.

Apesar de essas possibilidades aparentarem o estabelecimento de um “sistema aberto e sem fronteiras para a homologação judicial da autocomposição”, abrindo a possibilidade de serem formalizados acordos obtidos por meio da mediação, mostra-se relevante observar que esse procedimento, ao contrário de valorizar o mecanismo da mediação, acaba por demonstrar que ele não tem eficácia completa. A autocomposição, seja qual for a técnica empregada, surge para que o conflito não volte a ser discutido e, apesar de não haver apreciação de mérito, submeter sua homologação ao aval do Ministério Público ou mesmo da Defensoria ou advogados significa que todo o processo efetuado pelas partes com o auxílio do terceiro facilitador não foi suficiente para que o resultado obtido tenha valor jurídico.

Também a necessidade de homologação do acordo revela que toda a construção não tem valor sem o aval do Poder Judiciário, mais uma vez desvalorizando a mediação. Assim a obrigatoriedade da homologação do acordo judicialmente parece querer demonstrar a supremacia do Judiciário sobre quaisquer métodos alternativos de resolver conflitos, pois não permitem que tenham validade sem que a última palavra seja do juiz estatal.

2.3 Conciliação

2.3.1 Conceito

"*Conciliação*" é uma palavra também derivada do latim (*conciliatione*), que significa ato ou efeito de conciliar, ajuste, acordo ou harmonização de pessoas que possuem desavenças. É, ainda, sinônimo de congraçamento, união, composição ou combinação.

A técnica da conciliação pode ser assim definida:

“Processo autocompositivo, informal porém estruturado, no qual um ou mais facilitadores ajudam as partes a encontrar uma solução aceitável para todos.”²²

A conciliação é a técnica de autocomposição em que um profissional imparcial intervém para, mediante atividades de escuta e investigação, auxiliar as partes a celebrar um acordo, antes do ajuizamento da ação ou durante o processo judicial, se necessário expondo vantagens e desvantagens em suas posições, propondo saídas alternativas para a controvérsia sem, todavia, forçar a realização do pacto.

No ordenamento jurídico brasileiro, a conciliação é um meio de solução de conflitos existente desde a Constituição do Império, sendo que sua tentativa consistia em requisito para que houvesse o julgamento da causa, o que constava do artigo 161 do texto constitucional²³.

Assim como na mediação, também na conciliação busca-se a melhor solução para ambas as partes, sem que nenhuma delas saia com o sentimento de derrota. Nos dizeres da Juíza Taís Schilling Ferraz, diretora do foro da JFRS:

“na conciliação não existem vencedores nem perdedores. São as partes que constroem a solução para os próprios problemas, tornando-se responsáveis pelos compromissos que assumem, resgatando, tanto quanto possível, a capacidade de relacionamento”²⁴.

É possível falar em conciliação tanto no contexto de uma demanda judicial (conciliação endoprocessual), quanto no âmbito de instituições privadas, com as câmaras de conciliação e arbitragem (conciliação extrajudicial). No entanto, no Brasil ainda prevalece a conciliação como fenômeno judicial, em que o objetivo é chegar a um acordo para que o processo seja extinto.

O terceiro facilitador nesse caso é o conciliador, uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os

²²SÃO PAULO. Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Material de apoio:** setores de conciliação. São Paulo: Tjsp, [2012?]. p. 6

²³Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.

²⁴FERRAZ, T. S. A conciliação e sua efetividade na solução de conflitos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao/historico>> Acesso em: 25/02/2013.

envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações.

Geralmente, exige-se do conciliador a formação jurídica, acrescida de outros conhecimentos que colaborem para seu bom desempenho na condução do acordo. Compete a ele saber o direito e não apenas dizê-lo, conduzindo o acordo com seus conhecimentos, em busca da pacificação.²⁵

O papel do advogado, tal qual ocorre na mediação, é secundário; as partes é que devem protagonizar a solução. Assim, os advogados das partes devem apenas assisti-las, auxiliando as mesmas com o conhecimento técnico de que dispõe sem, entretanto, representá-las, como fazem no pleito judicial.

Por fim, assim como a mediação, a conciliação também funciona como instrumento de pacificação social na medida em que acelera a efetividade da solução da lide, proporcionando satisfação para ambas as partes em disputa.

2.3.3 Conciliação endoprocessual e extraprocessual

Conforme já foi citado supra, no Brasil predomina a conciliação judicial, aquela que se dá como uma fase do processo.

Para Athos Gusmão Carneiro, a conciliação judicial consiste em um ponto de encontro entre auto e heterocomposição da lide; é autocomposição porque as próprias partes tutelam seus interesses, fixando livremente o conteúdo do ato que irá compor o litígio, mas tal ponto de convergência é encontrado por iniciativa e sob as sugestões de um terceiro qualificado, que buscará conduzir as partes a uma composição consoante com a equidade²⁶.

²⁵PINTO, C. A. D. S. Conciliação: expressão maior do pacto social entre as partes. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-dez-07/conciliacao_expressao_maior_pacto_social_entre_partes>. Acesso em: 26/02/2013.

²⁶CAMPOS, N. G.; BRANCO, A. P. T.; SANTOS, R. G. Mediação, uma velha forma de gestão de conflitos, por meio de um diferente olhar. Uma alternativa para as micro e pequenas empresas. Vitória: Sebrae, 2010. p. 69.

Na conciliação judicial o terceiro facilitador geralmente é o magistrado. Entretanto, nada impede que seja eleita outra pessoa para tanto, a critério do juiz ou das próprias partes. Para conciliar, no entanto, ele deve deixar de ser figura passiva, devendo exortar as partes para que cheguem a um acordo antes da instrução. Contudo, não deve influenciar as partes com “prognósticos de resultados favoráveis ou desfavoráveis, sob pena de comprometer sua imparcialidade no julgamento futuro se a conciliação não tiver sucesso”, devendo agir com a máxima neutralidade.

No Processo Civil, a conciliação pode ser tentada a qualquer tempo pelo juiz, nos termos do artigo 125, inciso IV do Código de Processo Civil. Contudo, no Processo Ordinário ela ocorre obrigatoriamente em dois momentos: na audiência preliminar, quando admitida a transação e não ocorrer o julgamento antecipado da lide²⁷, e em audiência de instrução e julgamento²⁸ quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, em causas referentes ao Direito de Família, nas hipóteses em que a lei admite a transação²⁹.

Além do Código de Processo Civil, diversas outras legislações vêm contemplando a conciliação como procedimento relevante na gestão do conflito, como na CLT (arts. 625-A e seguintes e 846) e Leis dos Juizados Especiais (art. 21 Lei 9.099/95; art. 1º Lei 10.259/2001). Em momento oportuno serão abordadas as especificidades da conciliação em cada uma dessas legislações.

Cabe agora discorrer acerca da conciliação extrajudicial. No Brasil, o Rio Grande do Sul foi pioneiro na iniciativa de dar solução extraprocessual para pequenos conflitos que envolviam direitos disponíveis, através dos “Conselhos de Conciliação e Arbitramento”. Seguindo o exemplo, já em 1985 surgiu no Foro Regional da Lapa, em São Paulo, o primeiro Juizado Informal de Conciliação, disciplinado pela Resolução n. 12 do órgão especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Para Mauro Capelleti, o sucesso de inovações como essas se

²⁷Cf. Artigo 331 do Código de Processo Civil.

²⁸Cf. Artigo 447 do Código de Processo Civil.

²⁹ HESKETH, M. A. I. A conciliação: Dever ético do advogado em busca da paz e da justiça. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505770174218181901.pdf>>. Acessado em 07/03/2013.

dá em virtude, principalmente, da desburocratização da justiça, representada pela celeridade e informalidade do procedimento, por um ambiente e uma linguagem mais acessíveis ao leigo³⁰.

O que se tem em maior número atualmente, em termos de conciliação extrajudicial, são as Câmaras de Conciliação, instituições privadas em que os conciliadores atuam sempre que solicitados por duas partes em confronto.

Assim como ocorre na mediação extrajudicial, também nessa modalidade de conciliação, o acordo celebrado entre as partes poderá ser homologado judicialmente, gerando título executivo judicial. Já tecemos crítica a esse procedimento quando tratamos do instituto da mediação, e a mesma se aplica aqui, já que não parece razoável submeter o acordo formado pelas partes a chancela do Estado-juiz para que tenha validade.

2.4 A negociação como técnica de autocomposição de conflitos

Apesar de ser uma técnica mais utilizada no âmbito da administração e nas transações empresariais, importante notar que a negociação pode também ser utilizada para dirimir conflitos e, ainda, ser um forte instrumento de prevenção dos mesmos, evitando que algo futuramente se torne uma lide processual ou mesmo arbitral.

2.4.1 Conceito e características

O termo negociação tem origem no latim *negocium*, palavra formada pelos termos *nec* (nem, não) e *ocium* (ócio, repouso), sendo seu significado estrito o de atividade difícil, trabalhosa. O seu emprego mais usual, tanto no latim quanto no português, se relaciona com ajuste, transação no âmbito das relações comerciais³¹.

Essa relação que se faz da negociação como técnica de solução de conflitos quase que exclusiva do ambiente empresarial, faz com que, no âmbito jurídico, essa seja

³⁰ CARMONA, C. A. A crise do processo e os meios alternativos para a solução de controvérsias. **Revista de Processo**. Brasília, n. 56, p. 91-99, out-dez, 1989.

³¹ ROSALEM, V.; SANTOS, A. C. Estudo dos Principais Estilos de Negociação Adotados Por Gestores de Micro e Pequenas Empresas Varejistas. Centro Federal de Educação Tecnológica de Bambuí – CEFET. Disponível em: <http://www.aedb.br/seget/artigos07/1140_Estudo%20dos%20Principais%20Estilos%20de%20Negociacao.pdf>. Acesso em: 30/07/2013.

conceituada, na maioria das vezes, como um gênero das demais formas autocompositivas (mediação, conciliação), e pouco valorizada e utilizada para a solução de conflitos que não os empresariais ou de cunho comercial.

A principal característica que difere a negociação das demais técnicas consensuais de solução de disputas e que também restringe o seu emprego a determinados tipos de conflitos é a ausência de um terceiro facilitador. Na negociação, ao contrário da mediação e da conciliação, as partes compõem a solução sozinhas, não havendo um terceiro que conduza o diálogo.

No que diz respeito à negociação na seara processual, percebe-se não se tratar de técnica deveras adequada, posto que, se o conflito já se tornou uma lide processual é porque as partes não tem condições de, sozinhas, chegarem a um consenso. A partir do momento em que chegam ao Judiciário, os envolvidos revelam necessitar de um terceiro, seja para facilitar o diálogo, seja para decidir a questão. Assim, a negociação endoprocessual apenas pode ser concebida se o termo for tomado como gênero, sendo suas espécies a mediação, a conciliação ou outra técnica que disponha de um terceiro facilitador.

Por outro lado, no que tange à técnica de negociação antes que se inicie um processo judicial, acreditamos ser um interessante meio de solução de conflitos, cabendo, antes de qualquer coisa, distinguir a negociação posicional da negociação baseada em princípios ou méritos.

Quanto à primeira, consiste naquela em que negociadores se tratam como oponentes, culminando numa situação na qual alguém ganha e alguém perde. Nesse tipo de negociação, o papel do negociador, muito longe de tratar da questão em si, é pressionar ao máximo a outra parte e ceder o mínimo possível³².

³²Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. Manual de Mediação judicial. Brasília. 2012. p. 79

Para a Professora Menkel-Meadow, a negociação posicional leva frequentemente a um prejuízo na relação dos envolvidos, pois uma parte cede à intransigência da outra e não vê suas legítimas pretensões atendidas, criando sentimentos como raiva e ressentimento³³.

Já a mediação baseada em princípios ou méritos, que tem como expoente Roger Fisher e William Ury tem como pilar a abordagem dos reais interesses das partes, abandonando as suas posições. Dessa maneira, conserva-se o relacionamento dos envolvidos, evitando eventual deterioração do mesmo.

Diante dessa breve distinção, é possível notar que a negociação posicional não funciona enquanto método autocompositivo capaz de garantir uma ordem jurídica justa para as partes, vez que, além de não se preservar o diálogo e a relação entre elas, haverá um ganha-perde e alguém sairá insatisfeito, ainda que parcialmente. Por outro lado, a negociação baseada em princípios ou méritos revela-se como técnica viável ao estabelecimento de um acordo satisfatório para ambos os envolvidos. Trataremos melhor dela a seguir.

2.4.2 Método negocial segundo Fischer e Ury³⁴

Para Roger Fischer e William Ury, o modelo negocial baseado em princípios ou méritos é o mais adequado e efetivo para obter um fim satisfatório. Fundamentam essa teoria desconstruindo a negociação posicional e separando a primeira em quatro pontos fundamentais.

O primeiro, que denomina “separe as pessoas do problema”, trata de como, por vezes, o conflito se mistura com a parte contrária. Para os referidos autores, não se pode esquecer que a outra parte é, antes de tudo, uma pessoa, dotada de emoções, valores e pontos de vista, podendo ser imprevisíveis. Sobretudo nas relações organizacionais é comum que os negociadores esqueçam que não estão lidando apenas com representantes abstratos da outra parte, mas com seres humanos. Esse aspecto humano pode tanto ser útil à negociação, quanto

³³MENKEL-MEADOW, C. *Dispute Resolution: Beyond the Adversarial Model*, Nova Iorque: Ed. Aspen Publishers, 2005, p. 100.

³⁴FISCHER, R.; URY, W.; PATTON, B. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2 ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005. p. 33-103. Todo o item 2.4.2 foi retirado dessa obra.

frustrá-la, cabendo a cada negociador administrar as suas próprias dificuldades e colocar-se no lugar do outro para que se estabeleça o diálogo e se chegue ao consenso.

O segundo ponto fundamental é “concentre-se nos interesses, não nas posições”. Muitas vezes as posições não revelam os reais interesses do negociador, sendo necessário focar nos interesses, que definem verdadeiramente o problema. Pode ocorrer de os interesses sequer serem conflitantes, mas apenas distintos, e isso não ser notado por se analisar apenas as posições.

Em terceiro lugar, pontuam os referidos autores o que chamam de “invente opções de ganhos mútuos”, o que constitui um dos princípios básicos do modelo negocial baseado em princípios, segundo o qual deve existir uma ampla gama de possibilidades antes de se adotar uma solução. O apontamento de uma única solução possível diante de um adversário diminui muito a chance de um consenso. Ao criarem várias opções de ganho mútuo, as partes abarcam mais interesses comuns e reconciliam os interesses divergentes, além de garantirem a manutenção do diálogo.

Por fim, o quarto e último ponto proposto da negociação baseada em princípios e métodos: “insista em critérios objetivos”. Esse tópico preza pela despersonalização do conflito. Ora, ao se utilizar de um padrão objetivo, tal qual uma tabela de preços, um valor médio de mercado ou um índice oficial de reajuste põe fim à batalha constante pela dominação, o que contribui para o relacionamento.

A partir da análise desses quatro pontos, observa-se que uma negociação baseada em princípios ou méritos é plenamente capaz de servir como meio de se chegar a uma solução justa para as partes, pois trabalha o problema e permite o diálogo, inclusive prevenindo futuras disputas, já que há satisfação das partes, com uma decisão por elas construída.

2.4.3 Entraves ao acesso à justiça por meio da negociação

A questão que se levanta é a viabilidade real de duas partes em conflito conseguirem compor sozinhas a solução de seu conflito. A cultura que está enraizada nos indivíduos ainda é a de vencedor-perdedor, e a criação do diálogo do consenso,

principalmente sem uma figura facilitadora que conduza a composição é muito difícil e incipiente na sociedade brasileira atual.

Além da questão cultural, existem os entraves técnicos à realização de uma boa negociação, os quais esbarram exatamente nos quatro pontos definidos no item anterior.

O principal entrave é aquele que se dá quanto à comunicação das partes. Uma vez prejudicado o diálogo, os ânimos se alteram, já que se tratam de seres humanos, consoante levantado por Fisher e Ury, e se torna demasiado complicado restaurá-lo sem um terceiro facilitador.

Outro obstáculo encontrado é a ausência de percepção. As partes, infladas por seus interesses e, na maioria das vezes, focadas nas posições e não no problema, acabam não se apercebendo das necessidades do outro. A velha premissa de “colocar-se no lugar do outro” é uma tarefa difícil quando algo está em disputa e a presença de um terceiro que induza essa percepção pode ser fundamental para um acordo final justo para as partes.

Por outro lado, verifica-se que a negociação é amplamente utilizada no mundo empresarial, sobretudo na elaboração de contratos. Nesse âmbito, ela revela-se muito interessante, vez que um contrato bem negociado previne um conflito futuro, que acabe chegando ao Judiciário.

2.5 A confusão doutrinária entre os institutos e suas principais diferenças

Por diferir substancialmente dos outros dois institutos, sobretudo pela ausência do terceiro facilitador, a negociação não costuma ser confundida com a mediação ou a conciliação.

Por outro lado, os institutos da mediação e da conciliação se assemelham em vários aspectos, como o fato de serem regidos essencialmente pelos mesmos princípios e tratarem-se de mecanismos de autocomposição em que um terceiro participa.

Porém, quanto a essa última semelhança, destaque-se que a participação se dá de maneira distinta nos dois casos, como já demonstrado no próprio conceito de um e de outro instituto.

Além dessa fundamental diferença e de outras já aqui descritas, muitas outras distinguem esses dois mecanismos e adiante seguem algumas delas.

A abordagem da conciliação é monodisciplinar, em virtude de seu próprio propósito, sendo que o conciliador é sempre, preferencialmente, um profissional da área jurídica. Recentemente tem se admitido também conciliadores da área de psicologia e assistência social, bem como conciliadores leigos, na conciliação endoprocessual em segunda instância e nos regimes de Juizados Especiais. Já a mediação, devido à sua função preventiva, tem natureza multidisciplinar. Geralmente atua uma dupla de mediadores no conflito, na busca de uma complementaridade de conhecimentos que favoreça os diálogos.

Outra distinção a ser levantada está no que tange à busca por satisfação individual que se faz na conciliação, em contraponto à satisfação mútua buscada pela mediação. O foco central dessa diferença de interesses reside no fato de a conciliação conservar ainda a adversariedade que rege os litígios, levando muitas vezes a resultados aceitos pela parte não em benefício próprio, mas em prejuízo da outra parte.

Mesmo com tantas diferenças, faz-se grande confusão entre os institutos da mediação e da conciliação. Alguns autores acreditam serem esses dois termos sinônimos imperfeitos, uma vez que constituiriam apenas distintas orientações de desenvolvimento profissional relativo à autocomposição. Tamanha é a confusão que no Brasil, o legislador, inspirado numa estrutura norte-americana, instituiu como conciliação aquilo que nos Estados Unidos é denominado mediação. Esses autores propõem uma unificação terminológica, tal como se concebeu em países como Canadá, Reino Unido e Austrália.

Cândido Rangel Dinamarco, contrariando essa posição, afirma que a conciliação seria a interseção de alguém entre os litigantes para persuadi-los à autocomposição, podendo

ser extra ou endoprocessual, enquanto a mediação seria a própria conciliação, quando conduzida mediante concretas propostas de solução a serem apreciadas pelas partes³⁵.

Ressalte-se que a diferença essencial entre as duas técnicas, inclusive admitida pela Doutrina majoritária, é o conteúdo de ambas; nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, a mediação trabalha mais o conflito, vendo o acordo como um resultado, uma consequência, e visando mais a solução, enquanto a conciliação visa mais o acordo, não olhando para a solução de forma tão profunda³⁶.

³⁵ DINAMARCO, C. R. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2009. V. 1. 6 ed. *passim*.

³⁶ GRINOVER, A. P. Mediação e Conciliação como formas de resolução de conflitos. Palestra ministrada na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto em 19/04/2010.

3. O ACESSO À JUSTIÇA E OS MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Chega o momento de explorar o acesso à justiça, na acepção em que é empregado no presente trabalho; conforme já insistentemente explicado, não se trata de acesso ao Poder Judiciário, sendo esse um acesso formal à justiça, mas de um acesso material, substancial à justiça, ou ainda melhor, à “ordem jurídica justa” para as partes.

Explanaremos a seguir a base teórica de construção dessa idéia diferenciada de justiça. Ainda, será apontado o papel fundamental dos meios alternativos de solução de conflitos como instrumento de pacificação social e de efetivação do acesso substancial à justiça.

3.1 O conceito de justiça sob vários prismas

Elemento fundamental da ciência jurídica, a justiça relaciona-se diretamente com a filosofia e conceituá-la é um desafio para o pensamento filosófico desde os primórdios. Aqui, serão abordadas as concepções dos principais filósofos que se ativeram ao tema.

Já na Grécia Antiga, Platão discutiu a justiça em seus diálogos sem, contudo defini-la. Em sua conhecida obra *República*, ele descreve a maneira como a justiça se manifesta no Estado e no filósofo por ele imaginado, retratando isso em algumas passagens, tal qual a que segue³⁷:

“(...) e) tanto no Estado como no homem justo a justiça traduz o bom e o desejado; f) a justiça é um bem a ser buscado pelo homem porque está de acordo com sua natureza e, por isso, torna-o um homem feliz por expressar uma harmonia interna da alma e por poder desfrutar dos prazeres mais nobres da alma.”³⁸

Seguindo os ensinamentos de Platão, Aristóteles acredita que a justiça pode ser vista por vários ângulos. Num primeiro olhar, elenca-as como distributiva e corretiva; quanto

³⁷DOMINGOS, T. O. A Teoria da Justiça. Revista da Faculdade de Direito. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/526/524>>. Acesso em: 15/07/2013.

³⁸PLATÃO. A república. 2 ed. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2007. p. 46

à primeira, segue a noção de que cada um perceba aquilo que é adequado a seus méritos e, quanto à segunda, destina-se aos objetos, relegando os méritos, mas medindo de forma impessoal o benefício ou os danos que cada um pode suportar.

O pensador grego subdivide a justiça corretiva em outras duas: comutativa, quando interfere na vontade dos interessados, e judicial quando se impõe contra a vontade de uma das partes. Outro ângulo do pensamento aristotélico concebe a justiça como virtude geral e especial, trilhando o mesmo pensamento de Platão, na medida em que considera a justiça no duplo aspecto da virtude geral e da virtude especial, sendo que as justiças distributiva e corretiva são subdivisões da especial.

A noção fundamental de justiça nesse pensar aristotélico partia do entendimento daquilo que representa a injustiça; o alcance da justiça seria então baseado na igualdade e a equidade, enquanto a injustiça corresponderia à desigualdade e ilegalidade. Sob um último ângulo, Aristóteles coloca, ao lado da justiça distributiva, a corretiva. A razão de ser dessa justiça consiste na compensação, isto é, uma retificação da injustiça.³⁹

Já em Santo Agostinho, por ser flagrante a preocupação com o transcendente, a concepção acerca da justiça floresce a partir da discussão sobre a relação existente entre a lei humana (*Lex temporalis*) e a lei divina (*Lex aeterna*). Para ele, a justiça humana, baseada na lei humana, é aquela que se realiza inter homines, isto é, decorrente de decisão humana em sociedade. Já a justiça divina, baseada na lei divina, a tudo governa, dando origem à própria ordenação das coisas em todo o universo. Em virtude de ter como fonte basilar a lei divina, que é absoluta, imutável, infalível e perfeita, além de boa e justa, a justiça divina não comete os equívocos da justiça humana; o julgamento divino tem alcance suficiente para separar com precisão aquele que é justo daquele que é injusto⁴⁰.

Santo Tomás de Aquino, apesar de não abandonar as lições aristotélicas, une-as à noção de justiça concebida pelos romanos, segundo a qual se trata de uma vontade perene de

³⁹NUNES, C. P. O conceito de justiça em Aristóteles. Revista do TRT da 13ª Região, 2000. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19220/O_Conceito_de_Justi%C3%A7a_em_Arist%C3%B3teles.pdf?sequence=4. Acesso em 25/07/2013.

⁴⁰BITTAR, E. C. Curso de filosofia do Direito. São Paulo: Atlas, 2001, p. 171-177

dar a cada um o que é seu, como numa razão geométrica. Assim, faz o conceito de justiça emergir de conceitos éticos e, nesse viés, encara a justiça como uma virtude, um meio entre dois extremos opostos, também chamado pelos gregos de mesotés, ou seja, a medida justa ou meio termo. Portanto, a justiça em Aquino consiste em dar ao outro nem a mais e nem a menos do que lhe é devido⁴¹.

O século XVIII é marcado pelo pensamento de Immanuel Kant, alemão que fundamenta a idéia de justiça na liberdade e na igualdade. A valorização exacerbada da liberdade (único Direito Natural do homem para Kant) cria uma concepção de justiça que influenciaria o pensamento dos séculos seguintes⁴². Kant considera justo aquilo que é correto segundo as leis externas e injusto o que não é correto de acordo com tais leis. A partir dessa delimitação, cabe entender o que seria “correto” para Kant, a saber:

“Correcto ou incorrecto (rectum aut minus rectum) é, em geral, um acto na medida em que seja conforme ao dever ou contrário a ele (factum licitum aut illicitum); seja qual for o dever quanto ao seu conteúdo ou à sua origem.”⁴³

Já no pensamento positivista do século XX, representado, sobretudo, por Hans Kelsen, a justiça seria a felicidade social, garantida por uma ordem social. Por ser inevitável que a felicidade de um conflite com a de outro, Kelsen acredita que não há como existir ordem social justa se a justiça for encarada como uma felicidade individual; ao contrário, o conceito de justiça se transforma de princípio que garante a liberdade individual de todos para ordem social que protege determinados interesses, desde que tais interesses sejam reconhecidos como sendo dignos pela maioria dos subordinados a essa ordem⁴⁴.

Paralelo ao pensamento kelseniano, e ainda no século XX, surge a idéia de justiça enquanto ordem jurídica justa. Seu precursor é Kazuo Watanabe e o contexto histórico em que se insere essa teoria é o do final da Segunda Guerra Mundial, em que vê nitidamente que a

⁴¹Ibid., p. 196

⁴²SALGADO, J. C. A Idéia de Justiça em Kant- Seu Fundamento na Liberdade e na Igualdade. Minas Gerais. 1986. Ed. EDH- UFMG, *passim*.

⁴³KANT, I. DMS, 1968, p. 223, 35-36; p. 224, 1-2. Tradução de José Lamego: KANT, I. A Metafísica dos Costumes, 2004, p. 33.

⁴⁴KELSEN, H. O que é justiça? Martins Fontes: São Paulo, 1997. p. 2-5.

figura Estatal não foi capaz de garantir justiça. O fundamento teórico desse pensamento será tratado adiante, em tópico específico.

3.2 O acesso formal à justiça: uma garantia constitucional

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado direito de ação, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal brasileira de 1988 garante a todos os cidadãos a tutela jurisdicional estatal sempre que houver lesão ou ameaça a direito⁴⁵. Assim, a Carta Magna consagrou o acesso à justiça como um direito fundamental.

O acesso à justiça é essencial para a materialização do Estado Democrático de Direito, para a cidadania e engloba o saber dos seus direitos, deveres, dos valores indelévels a serem preservados em qualquer sociedade humana, sem os quais não pode haver Estado, Nação ou pátria⁴⁶.

Trata-se de uma tarefa dos órgãos judiciais de garantirem que todo indivíduo possa ter sua pretensão apreciada pelo Poder Judiciário. É o que aqui chamamos de acesso formal à justiça.

Esse direito à jurisdição, de índole pública e subjetiva, divide-se em três etapas complementares, quais sejam: o acesso ao poder estatal prestador da jurisdição, a eficiência e prontidão da resposta estatal à demanda deduzida e a eficácia da decisão proferida.

Nas palavras da Professora Ada Pellegrini Grinover, o acesso formal à justiça consiste em:

“oportunidade de efetiva e concreta proteção judiciária, mediante o justo processo, entendido como conjunto de garantias que permita efetivamente às partes a sustentação de suas razões, a produção de suas provas, a possibilidade de influir sobre a formação do convencimento do juiz.”⁴⁷

⁴⁵BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁴⁶LEITE, G. P. J. O acesso à justiça como direito fundamental. Clubjus, Brasília – DF: 02.02.2009. Disponível em: <<http://clubejus.com.br/?artigos&ver=2.22619>>. Acesso em 28/07/2013.

⁴⁷GRINOVER, A. P. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. Revista de Processo. São Paulo, n. 46, p. 69, abr-jun, 1987.

Para garantir o acesso ao Poder Estatal, o que aqui denominamos acesso formal à justiça, o Estado dispõe de alguns mecanismos que visam romper barreiras como o custo e o tempo.

Quanto ao custo, cite-se o exemplo da assistência judiciária gratuita concedida àqueles que desejem pleitear em juízo, mas comprovem não dispor de recursos para tanto, nos termos do inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal. Ainda, é possível a representação dos menos favorecidos economicamente pelos advogados estatais ou defensores públicos. Destaque importante para as Defensorias Públicas dos Estados e da União que vêm aumentando em número e atuação no sistema jurídico brasileiro, não só nos processos judiciais, mas na orientação dos assistidos para que nem cheguem ao Judiciário se não se fizer necessário.

No que diz respeito ao fator tempo, o Judiciário brasileiro tenta resolver esse problema através dos Juizados Especiais e do Procedimento Sumário do Processo de Conhecimento. Contudo, nas causas em que não são preenchidos todos os requisitos exigidos por esses dois procedimentos mais ágeis são obrigadas a esperar o longo Procedimento Comum Ordinário, podendo essa espera durar anos.

O tempo do processo é um elemento que diferencia de forma nítida o acesso formal do acesso material à justiça. Quando uma resposta judicial demora a ser dada, é fato que a parte “errada”, se existir uma, se beneficia dessa morosidade, enquanto que a parte “certa” ou legítima titular do direito pleiteado se prejudica, pois a demora por vezes a faz passar por situação embaraçosa enquanto espera ter o seu direito legitimado. Ora, o conceito de acesso à justiça engloba forçosamente que o processo tenha uma duração razoável, a fim de que haja efetividade processual.

Assim, um acesso amplo e igualitário aos órgãos jurisdicionais, não necessariamente gera um resultado justo, pois a demora na declaração de um direito ou na condenação de alguém gera injustiça à parte lesada.

Destaque-se, ainda, que para a heterocomposição se configurar de forma efetiva é necessária a apreciação de mérito da demanda proposta, o que só ocorre desde que preenchidos alguns requisitos, como pressupostos processuais e condições da ação.

Entretanto, mesmo quando ultrapassados os requisitos e analisado o mérito da lide, muitas vezes a resposta dada pelo Estado-juiz não é efetiva, isto é, a decisão proferida não supre a necessidade das partes, não sendo eficaz para as mesmas. É o caso de diversas ações de reparação de danos, em que a simples imposição do pagamento de uma indenização não satisfaz a parte lesada.

Para casos como o acima descrito, o ideal é uma solução de conflitos negociada, em que as partes possam expressar livremente aquilo que desejam ou aquilo que estão dispostas a fazer para solucionar a questão.

Porém, a jurisdição estatal ainda é muito incipiente na utilização de técnicas compositivas, conforme analisado no capítulo anterior, sendo que as experiências e iniciativas por ele tentadas ainda possuem muitas falhas.

3.3 O acesso material: a justiça como “solução jurídica justa” e os entraves à mudança de paradigma

Conforme já insistentemente afirmado, o conceito de justiça aqui adotado é aquele formulado por Kazuo Watanabe, que a concebe como “ordem jurídica justa”, o que consiste na idéia de uma preocupação com o direito substancial, e não apenas de pensar o acesso à Justiça enquanto órgão jurisdicional.⁴⁸

O raciocínio de Watanabe se desenvolve no contexto histórico da redemocratização brasileira após um longo período de quase vinte anos de Ditadura Militar, em que o Estado definitivamente não era um ente capaz de proporcionar justiça; muito pelo contrário, distribuiu absurdos jurídicos e até mesmo humanos. Portanto, não era possível

⁴⁸WATANABE, K. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: PELLEGRINI, A. P.; DINAMARCO, C. R.; (Coord.). Participação e processo. São Paulo: RT, 1988. *passim*

pensar a justiça como algo atrelado exclusivamente ao Estado, pois esse não estava conseguindo desempenhar o mínimo dessa função jurisdicional.

Não se trata de dizer que o Poder Judiciário é absolutamente incapaz de proporcionar justiça aos litigantes, mas de compreender a possibilidade de se obter uma decisão justa por outros meios que não o processo convencional.

Para que essa nova idéia de justiça se torne uma realidade corrente no meio jurídico, é necessária uma nova postura mental, passando-se a pensar a ordem jurídica e as instituições pela perspectiva do destinatário das normas jurídicas, qual seja o povo.

Encarar a justiça como ordem jurídica justa é pensar em satisfação para as duas partes em disputa, e não para apenas uma delas. Nesse viés, a heterocomposição não consegue se alinhar a essa característica, uma vez que a sentença dada pelo juiz ou árbitro sempre concede vitória a uma parte e, conseqüentemente, derrota à outra. Insatisfeita, a parte perdedora tentará recuperar-se, podendo voltar a instaurar uma lide novamente, desde que não toque em aspectos protegidos pela coisa julgada ou pela convenção de arbitragem. Assim, não há a efetiva pacificação do conflito, pois o clima adversarial permanece, existindo sempre a possibilidade de surgir uma nova disputa.

Importante ressaltar que essa mudança de paradigma deve ater-se à realidade sócio-político-econômica da sociedade, pois não se pode organizar uma Justiça para uma sociedade abstrata, ou seja, sem considerar as especificidades sociais, políticas, econômicas e culturais do país.

A realidade brasileira revela uma organização da Justiça dissociada da realidade social do país. Por vezes, o próprio Estado cria conflitos; ao instaurar políticas e criar direitos sociais (habitação, saúde, educação), com o fito de aliviar as tensões dos grupos, direitos esses que não consegue honrar posteriormente e que geram conflitos (invasão de propriedades, desobediência civil). Além dos conflitos gerados pelo Estado, surgem outros, provenientes das disparidades sociais, políticas, econômicas e até mesmo regionais do país, sem contar os conflitos decorrentes das relações humanas, comuns a qualquer sociedade.

A grande questão é que a maioria dessas demandas são tratadas como se tivessem caráter individual e a elas são aplicadas técnicas processuais tradicionais, quando na verdade são verdadeiros anseios coletivos. Essa visão representa um obstáculo à mudança de postura mental necessária para se efetivar o acesso a uma ordem jurídica justa e revela uma constrangedora impotência do Judiciário, que acaba servindo de “bode expiatório” para questões muito mais complexas envolvendo os demais poderes⁴⁹.

Conforme demonstrado no capítulo anterior, essa nova idéia de justiça vem sendo incorporada por Doutrinadores, Legisladores e Acadêmicos já há algum tempo, e inclusive sendo buscada através de meios alternativos de solução de conflitos nos mais diversos ramos do Direito, contudo sem grande expressividade. A formação jurídica dos operadores do Direito, bem como a mentalidade das entidades de classes que os representam são grandes entraves à superação da cultura da sentença, prevalecendo ainda a perspectiva estatal e a cultura da adversariedade, sem a qual não se exerceria o seu papel no sistema jurídico.

Para se inserir com força no meio jurídico, e transpor a barreira imposta pela cultura da decisão imposta, a cultura do consenso necessita da adesão dos operadores do direito e, para tanto, é preciso que a Doutrina, as Faculdades de Direito e toda a comunidade acadêmica contribuam. Vale lembrar que se trata de uma mudança paradigmática, de mudar o olhar unicamente processual para uma visão mais ampla de como solucionar conflitos. Portanto, não é tarefa fácil mostrar a operadores mais antigos, com formação mais tradicional, pautada na adversariedade processual, como formas de composição como a mediação e a conciliação podem ser vantajosas.

Por outro lado, também é importante que os profissionais que desejem atuar nessa área sejam bem capacitados para tanto, a fim de que mediações ou conciliações por eles realizadas sejam efetivamente satisfatórias para as partes.

No que tange à Doutrina, enquanto fonte do Direito, e principalmente material de pesquisa no meio acadêmico, ela desempenha papel de suma importância na incorporação de

⁴⁹WATANABE, et al, Op. Cit., p. 129-130

determinada cultura ou tendência no meio jurídico. Assim, não se pode deixar de mencionar sua contribuição para a disseminação da cultura negocial de solução de conflitos.

Além dos exímios doutrinadores aqui já citados em várias passagens, muitos outros têm contribuído de maneira significativa a partir da inclusão em suas obras de tópicos referentes a formas alternativas de solução de conflitos. É o caso da tese de mestrado de Fernanda Tartuce, orientada pelo Professor Rodolfo de Camargo Mancuso, que com louvor tratou da mediação nos conflitos civis, inserida num contexto de acesso à justiça por via extrínseca ao Poder Judiciário.

Dessa forma, é possível notar a importância da doutrina na mudança de paradigma, pois uma vez que circula em todo o meio acadêmico, sua disseminação entre os estudantes e futuros operadores do direito é certa. O resultado pode ser comprovado pelas muitas teses que se tem desenvolvido nesse tema, das quais a acima citada é um simples exemplo, o que mostra o interesse despertado nos acadêmicos, estudantes ou não, bem como nos operadores do direito com visão demasiado tradicional.

A respeito da figura do advogado, cabe aqui levantar breve discussão a respeito de sua relação nas técnicas de mediação e conciliação. Conforme já foi exposto anteriormente, o papel dos advogados das partes numa conciliação/mediação não é de representação, mas apenas de auxílio e orientação, já que as partes devem ser responsáveis pelo pretense acordo a ser celebrado.

Entretanto, vale a pena discorrer sobre a formação acadêmica do bacharel em direito, futuro advogado. As faculdades de direito brasileiras, em sua grande maioria, não incluem em sua grade curricular temas voltados a meios alternativos de resolução de conflitos. Assim, a formação do advogado acaba por ser muito mais voltada ao combate judicial, à busca por vitória no litígio, e não à composição.

Assim, para o advogado a conciliação acaba sendo nada mais do que uma fase do processo pela qual é necessário passar. Por falta de preparo, ele não a vê como uma forma de efetivo acesso à justiça.

Desse modo, de maneira geral, os advogados não têm a cultura da mediação e conciliação dos interesses que estão sob seu patrocínio e, portanto, ainda não estão suficientemente capacitados para trabalhar a solução de conflitos fora do âmbito adversarial, uma vez que o ensino jurídico que lhes foi transmitido não os preparou para negociações⁵⁰.

Essa postura, porém, deve ser repensada frente aos novos paradigmas que a sociedade vem apresentando e, sobretudo, para que o advogado desempenhe com afinco sua função social: obter justiça.

A advocacia, enquanto profissão que possui *status* constitucional, nos termos do artigo 133 da Carta Magna brasileira em vigor, é representante não apenas do interesse de um particular, mas também da ordem pública, e é seu dever ético incentivar a conciliação ou mediação do interesse pelo qual postula.

Não parece coerente que um profissional que deve zelar pela obtenção de justiça obstrua o acesso à mesma, dificultando-a ou tomando o caminho mais dispendioso para seu representado; ora, muitas vezes uma disputa leva anos para ser resolvida pelo Judiciário, sendo as partes poderiam ter chegado à mesma solução de forma muito mais rápida e econômica, mas não o fazem por falta de instrução dos seus advogados no momento em que procuram sua orientação.

Diante disso, pode-se perceber que o papel do advogado é peça fundamental para a efetivação do acesso a uma ordem jurídica justa por meio alternativo ao Poder Judiciário, e a cultural adversarial apresentada pela maioria dos profissionais dessa categoria constitui uma barreira a esse acesso. A sua contribuição como orientador daqueles que lhes procuram com uma lide a resolver é um grande mecanismo de conscientização da população sobre os benefícios de uma decisão negociada em detrimento daquela que lhes é imposta, e deve-se abrir os olhos para a mudança de postura que deve ser tomada nesse sentido.

⁵⁰HESKETH, M. A. I. A conciliação: Dever ético do advogado em busca da paz e da justiça. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205505770174218181901.pdf>>. Acesso em: 07/03/2013.

Por fim, importante tratar da figura do juiz e explanar em que medida a formação da magistratura impede que a cultura da decisão negociada tenha ampla aceitação e eficácia no Poder Judiciário.

O Código de Processo Civil reserva capítulo específico aos poderes e deveres do juiz. Tanto no texto de 1973, quanto no Projeto do Novo Código, foram reservados alguns artigos para tratar das atribuições do magistrado, bem como para listar as causas de impedimento ou suspeição para julgar um processo.

Assim, tem-se implícito nos deveres do juiz o princípio mais basilar da jurisdição: a imparcialidade. Trata-se de pressuposto de validade da relação processual, uma vez que coloca o julgador acima das partes para que não se envolva na lide de maneira a agir de forma parcial. Assim explica Alexandre Magno⁵¹:

“O princípio da imparcialidade informa ao magistrado o posicionamento eqüitativo entre as partes e superior a elas, no que diz respeito a não lançar juízo de valor sobre o bem da vida pleiteado, antes do juízo de sentença (ou de verossimilhança) no processo, tão somente lançando mão para a instrução processual de seus poderes mediante o devido processo legal e em atenção às garantias processuais das partes”.

A fim de assegurar a imparcialidade como característica fundamental do exercício da função jurisdicional, a Constituição Federal estabelece em seu artigo 95 algumas garantias e vedações.

Quanto às garantias, elas permitem que o Judiciário decida sobre os conflitos apresentados sem a interferência de pressões externas, zelando assim pela imparcialidade do juiz. São garantias do magistrado a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios.

Da mesma forma, as vedações previstas nos incisos do parágrafo único do mesmo artigo têm como objetivo garantir imparcialidade no julgamento dos processos, evitando que o juiz proceda de maneira incompatível com a postura proba e imparcial que deve ter.

⁵¹ALVES, A. M. V. A imparcialidade do juiz. Themis : Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 3, n. 1, p. 21-51, 2000.

Uma vez realizada essa breve explanação sobre a necessidade de o juiz ser imparcial, perceber-se-á agora que esse princípio é a maior dificuldade encontrada pelo magistrado para mediar ou conciliar um conflito.

Muito embora a imparcialidade também componha a base principiológica dos meios de composição aqui abordados, é de se notar que há diferença entre o mediador ou conciliador serem imparciais, e o juiz o ser; este decide, impõe uma sentença e, portanto, coloca-se acima das partes no conflito, enquanto aquele se posiciona no mesmo plano dos litigantes, apenas ajudando-os a construir a melhor solução.

A neutralidade do terceiro facilitador pode ser garantida pelas próprias partes, já que são elas quem elege o mediador ou conciliador de seu caso. Quanto ao juiz, não se pode escolher aquele que vai julgar a lide, sobretudo em respeito ao princípio do juiz natural, e assim o processo é distribuído aleatoriamente a qualquer vara da Comarca na qual se protocolou a petição inicial. Para afastar o juiz e garantir a imparcialidade, é necessário que alguma das partes ou ambas peticionem, alegando seu impedimento ou suspeição para o conflito.

Bem de ver, portanto, que em virtude de a ameaça de parcialidade do juiz poder levá-lo a não julgar a lide, sua postura imparcial toma uma conotação diferente daquela tomada pelos conciliadores e mediadores extrajudiciais.

No caso do juiz-conciliador, essa questão não acarreta tão grave problema porque o papel do conciliador é interferir na sessão, propondo, sugerindo e até mesmo opinando a fim de apontar o melhor caminho para as partes. Entretanto, no caso de uma mediação endoprocessual, torna-se uma tarefa complicada para o juiz atuar como mediador. A mediação exige uma total abstenção de participação do mediador, que apenas conduz o diálogo e, o papel do juiz enquanto ator processual é intervir na questão a todo tempo.

Além da questão da imparcialidade, outra dificuldade encontrada pelo juiz para atuar como mediador ou conciliador é a falta de preparação técnica para tanto. Conforme já aqui explanado, para trabalhar com meios de composição faz-se necessário muito mais do que

simplesmente saber o direito; o terceiro facilitador precisa ter formação multidisciplinar, saber explorar o aspecto sociológico da disputa.

A formação do magistrado tem outro enfoque, pois ensina a analisar o processo, as provas produzidas e decidir por uma das partes. A oralidade se dá apenas na audiência, e com regras que não permitem um diálogo aberto entre os contendores. Como já argüido supra, a prática de sentenciar, dizer quem está certo e quem está errado, quem ganhou e quem perdeu, coloca o magistrado como uma figura acima das partes em confronto. Essa relação de desigualdade de patamares distancia o juiz dos litigantes e não permite uma interação tão próxima quanto deveria ser, o que prejudica a composição de uma solução.

Ademais, o processo brasileiro, e especificamente o processo civil, está muito longe do princípio da oralidade, em que se deveria primar pela oralidade em detrimento do conteúdo escrito. Desse modo, a maior parte do que o juiz analisa são papéis: provas escritas, documentos, etc.

Cabe salientar que as dificuldades encontradas pelo juiz para atuar como mediador/conciliador encontram sua raiz, na formação jurídica tradicional oferecida nas Faculdades de Direito brasileiras, conforme já explorado supra, pautada na litigiosidade, a qual cria a falsa impressão de que a função de conciliar é atividade menos nobre, sendo a de sentenciar a atribuição mais importante do juiz. Assim, os magistrados não conseguem enxergar a pacificação de conflitos de forma consensual. Nas palavras de Kazuo Watanabe:

“Não se apercebem os magistrados que assim pensam que a função jurisdicional consiste basicamente em pacificar com justiça os conflitantes, alcançando por via de consequência a solução do conflito”⁵².

Portanto, é notável que o juiz não é exatamente o melhor profissional para conduzir uma sessão de composição amigável, pois sua atuação fica prejudicada pelos princípios que regem sua função jurisdicional e pela própria formação que lhe foi dada.

⁵²WATANABE, K . Cultura da sentença e cultura da pacificação.. In: SALETTI, Achille. (Org.). Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Ed., 2005, v. , p. 685

Eis aí, inclusive, um dos motivos pelos quais a audiência de conciliação prevista no artigo 333 não obtém o sucesso que poderia obter. Em sua grande maioria, essa audiência acaba sendo apenas uma formalidade do Código de Processo Civil a ser cumprida pelo magistrado.

Nesse sentido, a mediação e a conciliação endoprocessuais, apesar de serem iniciativas muito interessantes e demonstrarem uma nova tendência cultural na resolução de conflitos dentro do Poder Judiciário, ainda precisam de muitos ajustes.

Válido reconhecer, contudo, que desde a edição Resolução 125/2010 do CNJ, que pretende capacitar mediadores e conciliadores para que os mesmos atuem nos Tribunais, esse quadro vem sendo alterado. Aos poucos, a mediação e a conciliação endoprocessuais se aproximam de um modelo ideal de qualidade técnica para proporcionar um acesso efetivo à justiça na solução de conflitos. Por ora, esse acesso pode ser obtido, com maior certeza, por essas técnicas em suas modalidades extrajudiciais.

3.4 O papel dos meios alternativos de solução de conflitos no acesso à justiça

Prosseguindo no conceito de justiça como solução jurídica justa, passa-se agora à co-relação entre os meios alternativos de solução de conflitos e a realização efetiva de justiça.

No que tange aos meios alternativos de solução de conflitos enquanto apartados do Poder Judiciário, é preponderante o papel desempenhado pelos mesmos, pois proporcionam justiça sem que o cidadão tenha que enfrentar os obstáculos do acesso formal, tais como morosidade e custo. Quanto ao fator tempo, já foi enfatizado que se trata de uma barreira à obtenção de justiça, pois se de fato existe uma parte certa e outra errada, esta será beneficiada pela demora processual, enquanto aquela será prejudicada, ficando à espera de um direito por tanto tempo. No que se refere ao custo, apesar de dispositivos legais que apresentam soluções práticas, como o benefício da assistência judiciária gratuita e as defensorias públicas, ainda existem muitas opiniões controvertidas quanto à sucumbência.⁵³

⁵³ MARINONI, L. G. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, vol. 37, n. 0, 2002.

Já fora aqui apresentada uma série de justificativas para não se considerar a arbitragem, apesar de forma alternativa e eficaz de solução de conflitos, como a melhor forma de obtenção de justiça, sobretudo quando a justiça for encarada tal qual ela é no presente trabalho. A razão mais importante é o fato de que, enquanto heterocomposição, a arbitragem preserva a cultura da sentença e, portanto, mantém a decisão imposta em que apenas uma das partes fica satisfeita.

Assim, os métodos de autocomposição se mostram os mais adequados para o acesso a uma solução justa. Uma vez que as partes cheguem à melhor resolução para seu conflito, a decisão por elas tomada, com o auxílio do terceiro facilitador, será a melhor que encontraram para satisfazerem seus interesses. A situação pós-solução é amigável e não adversarial, já que todos “saíram ganhando”, o que evita controvérsias futuras.

A mediação e a conciliação enquanto técnicas de autocomposição de disputas funcionam então como meio de se obter justiça, pois têm como finalidades o restabelecimento do diálogo entre as partes, e a preservação do relacionamento entre as mesmas, levando-as a compor uma solução para seus problemas. Outra função dessas técnicas consensuais de resolver disputas é a prevenção de conflitos, uma consequência da decisão negociada, vantajosa para ambas as partes.

Um dos maiores fundamentos para a adoção da negociação, da mediação e da conciliação para solucionar controvérsias é a possibilidade de escolher qualquer dessas técnicas de acordo com o tipo de conflito em questão, pois as peculiaridades de um e de outro exigem a utilização de uma ou outra técnica. Essa abertura é essencial para o estabelecimento de um bom acordo, pois dependendo do caso, será melhor que se tenha a presença de um mediador ou de um conciliador, isto é, que a atuação do terceiro seja menos ou mais incisiva, ou que não haja a intervenção de um terceiro, no caso da negociação.

Por fim, é importante destacar que a finalidade maior dos métodos de autocomposição aqui tratados é a pacificação social, que pode ser obtida em virtude de se tratarem de formas participativas e amigáveis de solucionar disputas, o que gera efetivamente a pacificação do conflito presente, além da preservação de um eventual conflito futuro, função já mencionada da mediação e da conciliação.

Não se pode deixar de ressaltar, contudo, as iniciativas de formalização de acordos no curso do processo judicial, pois muitas vezes, apesar de já iniciada a ação, o juiz ou o conciliador conseguem restabelecer o diálogo e levar as partes a soluções justas para ambas e por elas elaboradas. Entretanto, ainda são em menor número, pois na realidade o que se vê nas conciliações judiciais são meros acordos que visam resolver questões patrimoniais imediatas e não se preocupam em ouvir proponente e demandado ou em prevenir um novo conflito entre ambos.

Assim, evidentes as vantagens da mediação e da conciliação em suas modalidades extraprocessuais, que além de formas consensuais de solução de conflitos, são alternativas ao processo convencional, que por inúmeros motivos já repetidamente aqui explicitados não proporciona justiça de forma substancial para as partes em litígio.

Portanto, é clara a relação entre as técnicas de autocomposição e o acesso a uma ordem jurídica justa para as partes, pois aquelas são possíveis meios para esta, na medida em que visam a pacificação social de forma efetiva e dispõem de elementos para a composição de uma decisão satisfatória para as partes e, enquanto meios extrínsecos ao processo estatal, desafogam o Poder Judiciário brasileiro.

4. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

4.1 A previsão dos meios de composição na Legislação Processual Civil

A solução de litígios por vias alternativas ao processo convencional, na legislação processual civil brasileira, é enfatizada, nas modalidades de conciliação e arbitragem, tendo como terceiro facilitador o próprio magistrado.

No que tange especificamente às formas de composição, a lei restringe-se a tratar da conciliação, conforme artigos 125, inciso IV, 331 e 447 a 449 do CPC.

Nítido, portanto, que ainda é incipiente a presença de modos alternativos de solução de disputas nas leis processuais civis brasileiras. Entretanto, essa realidade está prestes a ser modificada, com o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, em trâmite no Congresso Nacional, além da já vigente Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) e do Projeto de Lei 94/2002, que trata de mediação paraprocessual ou judicial.

Interessante tratar um pouco mais sobre esse último Projeto de Lei. A nomenclatura “mediação paraprocessual” por ele atribuída explica-se por pretender configurar-se como um método complementar/suplementar ao Poder Judiciário⁵⁴. Dispõe o artigo 3º do Projeto que a mediação poderá ser judicial ou extrajudicial, de acordo com a qualidade dos mediadores e prévia ou incidental, conforme o momento em que couber.

Apesar da importante iniciativa do Projeto de Lei, que regulamenta a mediação e amplia o âmbito de atuação dos meios alternativos de resolução de controvérsias, faz-se necessário tecer algumas observações quanto ao texto da Lei e suas implicações práticas.

A primeira delas diz respeito à confusão que a lei faz com os papéis do mediador e do conciliador, o que termina por gerar confusões no operador do direito e demonstrar a

⁵⁴TARTUCE, F. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008. p. 241

mediação como uma mera repetição da mediação, prejudicando a credibilidade do instituto enquanto mecanismo inovador⁵⁵.

Outro ponto que merece atenção é o formalismo que se instaura no Projeto de Lei, colocando em risco a própria essência da mediação; a estipulação de um prazo de duração para o procedimento da mediação, por exemplo, vai contra os fundamentos do instituto, pois é imprescindível a realização de diversas sessões para o amadurecimento e término da mediação.

Os aspectos da referida lei aqui abordados figuraram apenas como uma representação do quadro atual dos meios de composição no âmbito civil da legislação brasileira. É certo que os mesmos estão sendo cada vez mais inseridos no ordenamento por meio de novas leis, mas falta ainda um maior rigor conceitual por parte dos legisladores para distinguir categoricamente uma técnica de composição da outra.

Atualmente, o Projeto de Lei 94/2002 encontra-se arquivado.

4.1.2 Meios de composição no Projeto do Novo Código de Processo Civil

O Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro, agora já aprovado pelo Senado, e que vem para substituir o atual texto, de 1973, traz grandes mudanças para a dinâmica do processo civil. No que tange às formas consensuais de solução de disputas, também há novidades.

O processo de elaboração do Novo Código contou com uma Comissão de Juristas instituída por Ato do Presidente da República (ATO DO PRESIDENTE Nº 379, de 2009) e com a realização de Audiências Públicas em que participaram renomados juristas.

Destaque-se a 5ª Audiência Pública, realizada em 26.03.2010, na cidade de São Paulo, no auditório do Tribunal de Justiça de São Paulo, da qual participaram e foram ouvidos a Profª. Ada Pellegrini Grinover, o Prof. Kazuo Watanabe e o Prof. Cássio Scarpinella Bueno,

⁵⁵Ibid., p. 260

além de outros, e na qual discutiu-se tema relativo aos meios alternativos de solução de conflitos. Vejamos o que consta da ata da referida Audiência Pública acerca do assunto:

“Emprego de meios alternativos de solução de controvérsias: uma boa lei processual não resolve problemas sociológicos. Apesar do ensinamento nas academias, a sentença não pacifica; já os meios que contam com a participação dos envolvidos, como conciliação e mediação, são mais efetivos para alcançar este fim. Conciliadores e mediadores remunerados e treinados pelo Estado, bem como de estabelecimento de uma audiência prévia para este fim; Tratamento adequado de medidas cautelares e antecipatórias, em alguns casos até mesmo com dispensa de sentença de mérito; Homologação de Sentença Estrangeira apenas para as condenatórias, e reconhecimento automático das declaratórias e constitutivas”⁵⁶.

Vê-se, portanto, a contribuição de juristas e estudiosos do Direito para a inserção dessas formas de resolução de conflitos no Novo Código a partir dessas discussões. No mesmo sentido, o Instituto Brasileiro de Direito Processual apresentou proposta ao Senado Federal de inserção da mediação e da conciliação no CPC. O Ministério da Justiça, também nesse viés, orientou formalmente a Comissão a incluir no texto a mediação e a conciliação, com o encaminhamento de um parecer a respeito⁵⁷.

Como resultado, o Novo Código foi finalizado com várias alterações no que se refere a essas técnicas de solução de controvérsias. Novidade importante encontra-se no CAPÍTULO III – DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA, SEÇÃO V – Dos conciliadores e dos mediadores judiciais. A nova seção conta com onze artigos (134 a 144)⁵⁸ e define os

⁵⁶BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Anexo III. Brasília, DF: Senado, 2010.

⁵⁷GRINOVER, A. P. Mediação e Conciliação como formas de resolução de conflitos. Palestra ministrada na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto em 19/04/2010.

⁵⁸**Art. 134.** Cada tribunal pode propor que se crie, por lei de organização judiciária, um setor de conciliação e mediação.

[...]

§1º A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade.

Art. 143. Obtida a transação, as partes e o conciliador ou o mediador assinarão termo, a ser homologado pelo juiz, que terá força de título executivo judicial.

princípios informadores da mediação e da conciliação, bem como os procedimentos necessários para se tornar um mediador/conciliador judicial.

Uma observação relevante no que toca aos princípios informadores pode ser notada quanto ao princípio da confidencialidade, previsto no parágrafo 1º do artigo 134, que se aplica às duas formas de solução de conflitos em questão, mas na verdade é um princípio norteador da mediação, e que inclusive a diferencia da conciliação. Entretanto, é de se deduzir que o legislador assim preferiu a fim de conceder maior segurança às partes sobre o assunto transacionado.

Ressalte-se que o texto da lei, acertadamente, define muito bem as atribuições do mediador e do conciliador, diferenciando um do outro de acordo com as características de cada técnica.

Contudo, o artigo 137, em seu parágrafo 1º revela que o exercício da mediação e da conciliação ainda está restrito ao operador do direito, pois se exige para o cadastramento em qualquer Tribunal, como requisito necessário, a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. Faltou ao legislador a percepção de que, muito mais do que apenas aspectos jurídicos, um conflito é composto principalmente por aspectos sociológicos e, para uma decisão negociada, é primordial que o terceiro facilitador tenha habilidades que nem sempre o advogado ou outro profissional da área jurídica dispõe.

A seção V termina abrindo portas para a resolução de conflitos alternativamente à via processual convencional. Mais uma vez com acerto, assim prevê o artigo 144:

Art. 144. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes.

A fim de regulamentar essas mudanças quanto à mediação e à conciliação judiciais, sobretudo o disposto no caput do artigo 134, foi editada a Resolução 125 de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, a qual “dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências”.

A Resolução, entre outras determinações, atribui aos Tribunais a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Porém, novamente nota-se a visão ainda muito restritiva do Judiciário quanto aos profissionais atuantes nos meios de composição, uma vez que o artigo 7º fala em uma composição desses núcleos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área.

Na seção relativa aos mediadores e conciliadores, a resolução impõe a capacitação desses profissionais segundo seu Anexo I e ainda, submete a atuação dos mesmos ao Código de Ética, Anexo III.

Seguindo nas modificações do Novo CPC, deve ser citado o artigo 107, inciso IV, que confirma a inserção da mediação e da conciliação ao listar, entre as atribuições do juiz, a função de não apenas tentar conciliar as partes, conforme dispunha o artigo 125, inciso IV do texto de 1973, mas a de “tentar, prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”

Por último, vale a pena destacar o artigo 333, parágrafo 1º do Novo Código, que trata da atuação do mediador ou conciliador na audiência de conciliação, antes denominada audiência preliminar.

Diante das alterações aqui elencadas, é possível perceber a tendência do Novo Código de Processo Civil de valorizar os meios alternativos de resolução de controvérsias, especificamente os meios de composição mediação e conciliação, incentivando não só a modalidade endoprocessual dessas técnicas, como também suas formas extrajudiciais, o que se pode perceber do disposto no artigo 144.

4.1.3 A mediação e a conciliação nos diferentes ramos do Direito

Além dos conflitos civis, a mediação e a conciliação também são técnicas de solução de controvérsias eficazes em outras áreas do Direito.

Na Justiça do Trabalho, a conciliação é o fundamento principal, sendo que essa Especializada surgiu com as Delegacias Regionais do Trabalho, que funcionavam como meros procedimentos administrativos para que o empregado recebesse seus direitos e, posteriormente, com a promulgação da CLT, passou a existir nas Juntas de Conciliação e Julgamento, em que o empregado podia também requerer o pagamento das verbas que julgava ter direito. O intuito sempre fora o de pacificar conflitos entre empregado e empregador, e não de transformá-los em lides judiciais. Com o passar do tempo, porém, o aumento do número de demandas levou à criação de um sistema trabalhista mais complexo, com a transformação das Juntas em Varas do Trabalho.

No entanto, o fundamento da conciliação foi mantido. A CLT contém três artigos acerca dessa premissa maior do Juízo Trabalhista: os artigos 764, 831 e 846. Na audiência inicial trabalhista, o magistrado propõe a conciliação em dois momentos, um no início e outro no final. Quando rejeitadas todas as propostas conciliatórias é que o juízo passa a ser arbitral e então o juiz decide a lide. Ainda assim, o juízo pode voltar a ser conciliatório a qualquer tempo, por vontade das partes.

Nesse viés de pacificação de controvérsias decorrentes da relação de trabalho, e diga-se dessa forma porque a Emenda Constitucional 45/2005 alterou a competência da Justiça do Trabalho, que antes abrangia apenas a relação de emprego, surgem em 2000, através da Lei 9958/2000, as Comissões de Conciliação Prévia.

Com o escopo de funcionar como um canal de resolução de controvérsias por via extrínseca à judicial, as CPP têm composição paritária e sua criação é facultativa. Sendo criada, porém, qualquer conflito de natureza trabalhista deve passar pelo seu crivo, sob pena de, não sendo tentada a conciliação nesse órgão, ser a conseqüente lide judicial extinta sem julgamento por ausência de pressuposto processual objetivo extrínseco⁵⁹.

Essa experiência extrajudicial de resolução de conflitos representa um avanço, mas ainda não foi incorporada com plena aceitação; poucas categorias adotaram a idéia e

⁵⁹VALLE, M. R. A experiência da Justiça do Trabalho: Conciliação prévia, procedimento sumaríssimo e execução previdenciária. **R. CEJ**, Brasília, n. 17, p. 52-56, abril/junho, 2002.

grande parte dos empregados vê a Comissão com desconfiança, preferindo ainda uma disputa judicial. Caso seja explicitado de maneira convincente aos trabalhadores, pode gerar bons frutos e diminuir os litígios trabalhistas.

No âmbito Societário, também tem lugar os meio de composição. As controvérsias entre os sócios podem prejudicar a *affectio societatis*, fundamento que, caso rompido, pode levar ao encerramento da própria sociedade. Para evitar consequências negativas como essa, a mediação societária desempenha papel muito importante, na medida em que seus princípios atendem prontamente às peculiaridades das relações societárias.

Além de preservar a *affectio*, a mediação é eficaz em virtude de sua função preventiva. Ora, a relação entre os sócios é duradoura, se prolonga no tempo, e por isso é muito mais vantajoso trabalhar o conflito, evitando que ele volte a se instaurar futuramente.

Entretanto, o mediador deve observar o tipo societário para se atentar, em cada caso, a um princípio específico do instituto. No caso das limitadas, deve ser privilegiado o princípio da confidencialidade, a maior pessoalidade entre os sócios exige que as informações sejam guardadas com sigilo, a fim de não desgastar ainda mais a relação. Nas sociedades de controle familiar, devem preponderar os princípios da consensualidade e da não-adversariedade, pois está em questão a relação harmônica de uma família. Em sociedades anônimas, empresas que possuem estrutura administrativa e controle interno demasiadamente complexos, o mediador precisa dominar essa complexidade e trabalhar com flexibilidade a solução do conflito⁶⁰.

Nas relações externas das empresas, isto é, entre empresas, também tem lugar a mediação como técnica de solução de controvérsias referentes a questões comerciais como quebra contratual, registro de propriedade industrial, etc. Infelizmente, no entanto, ainda há hoje uma preferência pela arbitragem, que apesar de fugir ao processo convencional, ainda tem como resultado uma decisão imposta por terceiro, e não construída pelas partes.

⁶⁰CAMPOS, N. G.; BRANCO, A. P. T.; SANTOS, R. G.. Mediação, uma velha forma de gestão de conflitos, por meio de um diferente olhar. Uma alternativa para as micro e pequenas empresas. Vitória: Sebrae. 2010. p. 72

Por último, cabe tratar brevemente sobre o Direito de Família, que pode ser visto como o direito mais humano dos ramos jurídicos. Nas relações familiares, o afeto é um elemento nuclear que gera especificidades no tema. Diante da presença de elementos sentimentais, é necessário que o operador do direito envolvido na solução de uma controvérsia familiar tenha formação diferenciada e uma sensibilidade mais acentuada. Desse modo, é basilar que os membros da família tenham à sua disposição elementos que reforcem a instituição a fim de que ela mesma possa suprir suas necessidades, sem precisar que um terceiro determine uma resolução⁶¹. Nesse sentido, a mediação e a conciliação são técnicas adequadas, sobretudo na prevenção de futuros conflitos na família, uma vez que trabalham a lide e transferem a voz às partes, o que auxilia no fortalecimento da família e reforça a capacidade da mesma em pôr fim a suas controvérsias internas e externas.

4.2 Experiências concretas envolvendo meios alternativos de solução de conflitos

A fim de ilustrar o emprego dos meios alternativos de solução de conflitos, serão listados nesse tópico alguns exemplos recentes de atuação de mediação e conciliação, mesmo na modalidade endoprocessual das duas técnicas.

4.2.1 Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e os Juizados Especiais da Fazenda Pública

Uma experiência de grande relevância em termos de solução negociada de conflitos, apesar de ainda totalmente ligada à perspectiva estatal é a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, instituídos pela Lei 9.099/95.

Trata-se de instâncias paralelas à Justiça Comum, de competência mais restrita, prevista no artigo 3º da referida lei e informado por princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, além da busca pela conciliação ou transação⁶².

⁶¹TARTUCE, F. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008. p. 278-282

⁶²BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 set. 1995.

Bem de ver, portanto, que o princípio basilar dos JECs são as soluções de disputas de forma acordada pelas partes. Não há novidade na tentativa de composição de conflitos de natureza cível, já existente no Código de Processo Civil no procedimento ordinário comum. Todavia, é uma inovação pensar em tentativa de conciliação em conflitos criminais.

Enquanto os Juizados Especiais Cíveis são competentes para apreciar causas cujo valor seja inferior ao de quarenta salários mínimos, ações de despejo para uso próprio, títulos executivos extrajudiciais, além das causas enumeradas no artigo 275, II do Código de Processo Civil⁶³, a competência dos Juizados Especiais Criminais está ligada ao menor potencial ofensivo da infração penal cometida, sendo assim consideradas as contravenções penais e os crimes cuja pena cominada por lei não seja maior do que dois anos, cumulada ou não com multa, nos termos do artigo 61 da Lei 9099/95.

Importante notar que no âmbito penal, esses Juizados têm por escopo fundamental a aplicação de penas alternativas à pena privativa de liberdade, sendo interessante a possibilidade composição dos danos, esclarecida às partes já na audiência preliminar. Caso haja conciliação, com conseqüente composição dos danos civis, será o acordo reduzido a termo e homologado pelo juiz, valendo como título executivo extrajudicial para ser executado no juízo civil competente.

Esse procedimento demonstra o objetivo de fazer o Direito Penal valer efetivamente como *ultima ratio*, pois se é possível reparar o dano sofrido pela via cível, como indenização (o meio mais comum), não há porque aplicar a lei penal, sobretudo a pena privativa de liberdade, cujo caráter reformador inclusive é muito questionável no ordenamento brasileiro.

⁶³Art. 275. Observar-se-á o procedimento sumário:

[...]

II - nas causas, qualquer que seja o valor;

a) de arrendamento rural e de parceria agrícola;

b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio;

c) de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico;

d) de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre;

e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução;

Por fim, cabe tratar brevemente sobre os profissionais admitidos para atuar nos Juizados Especiais, descritos no próprio texto da lei. Quanto aos Juizados Cíveis, podem atuar juízes de carreira, conciliadores e juízes leigos. No que tange aos Juizados Criminais, não se faz referência apenas à figura do juiz leigo. Contudo, em ambos os casos a lei é clara: os conciliadores devem ser preferencialmente, bacharéis em direito. No caso dos juízes leigos, ela é ainda mais taxativa, exigindo que sejam advogados com mais de cinco anos de experiência.

Mais uma vez, é perceptível a mentalidade do legislador, que não consegue enxergar a multidisciplinariedade de um conflito, cuja solução pode ser conduzida tão bem, ou melhor, por um profissional da área da psicologia, por exemplo, que pode trabalhar a lide com maior detalhamento. É verdade que a lei não proíbe a atuação desses outros profissionais, mas não a incentiva, colocando essa preferência como uma verdadeira restrição.

Ainda, a Lei 12.153 de 22 de dezembro de 2009 insere no Poder Judiciário os Juizados Especiais da Fazenda Pública. Nesses, é possível a realização de um acordo nas ações em que forem parte ré as Fazendas Públicas Municipal, Estadual e do Distrito Federal, cujo valor não exceda 40 (quarenta) salários mínimos e, no caso de interesse da União, cujo valor da causa não exceda 60 (sessenta) salários mínimos.

A lei menciona a figura do conciliador, dá diretrizes acerca do procedimento, especifica a competência dos Juizados e prevê a subsidiariedade das Leis 9.099/95, 10.259/01, além do Código de Processo Civil⁶⁴.

No entanto, a nosso ver, trata-se de mero procedimento diferenciado para acordar valores, pois se tratando de ente público, não se vislumbra uma verdadeira sessão de conciliação, com diálogo aberto que conduz a um acordo. Não se nega os benefícios da criação desses Juizados ao contribuinte, mas mesmo no que tange ao acesso formal à Justiça, não há grande efetividade, vez que estão instalados apenas nos Tribunais e em raras Varas, como Juizados Adjuntos, o que não facilita a acessibilidade a essa instância judicial.

⁶⁴BRASIL. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 dez. 2009.

Portanto, novamente deve ser ressaltada a importante iniciativa do Poder Público, mas também a sua incipiência, principalmente em razão da mentalidade tradicional dos legisladores e operadores estatais do direito.

4.2.2 As câmaras de mediação e conciliação

As soluções extrajudiciais de conflitos vêm ganhando espaço no cenário jurídico brasileiro atual por meio de Câmaras de Mediação, Conciliação e Arbitragem. Apesar de não muito numerosas, essas experiências vêm sendo praticadas por profissionais capacitados e resultando resultados satisfatórios para as partes.

O Instituto Mediare Diálogos e Processos Decisórios é um exemplo de referência no assunto. Especializada em mediação extrajudicial, a instituição existe desde 1997, tem sede na cidade do Rio de Janeiro e atua nas mais diversas áreas do Direito, contando com profissionais de formação multidisciplinar. Além da realização de sessões de mediação, conciliação e outras formas de solução de conflitos, o Mediare também trabalha com consultoria, capacitação de mediadores, conciliadores e outros profissionais na área de resolução alternativa de disputas, além de outras realizações⁶⁵.

Localizada também na cidade do Rio de Janeiro, merece destaque a 8ª Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem. Fundada em 2004, a câmara já trabalhou em inúmeros litígios, obtendo resultados satisfatórios para as partes, além de ter preparado várias pessoas para atuarem como pacificadores sociais no Brasil e no exterior⁶⁶.

Vale destacar que essas duas instituições, assim como várias outras, são filiadas ao CONIMA – Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem, entidade fundada em 1997 em seminário realizado no Superior Tribunal de Justiça, que tem como objetivo principal congregar e representar as entidades de mediação e arbitragem, assim como

⁶⁵Cf. página virtual do Instituto. Disponível em: <www.mediare.com.br>. Acesso em: 29/07/2013.

⁶⁶Cf. a seção “Quem Somos” da página virtual da Câmara. Disponível em: <http://www.juizoarbitral.com.br/quem_somos.html>. Acesso em: 29/07/2013.

a desenvolver e credibilidade dos MESC's (Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias), zelando pelo seguimento das normas técnicas e, sobretudo, da ética⁶⁷.

No estado de São Paulo, pode-se citar a câmara Santos-Arbitral Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem, na cidade de Santos. Apesar de atuar majoritariamente com arbitragem, a instituição também desenvolve interessante trabalho na área de conciliação e mediação, disponibilizando para escolha das partes profissionais capacitados, além de facultar às partes a escolha de especialistas que não estejam em sua lista, garantindo às partes total liberdade de escolha para a solução consensual de seu conflito⁶⁸.

Hoje, instituições de dezesseis estados brasileiros, nas cinco regiões do país, são filiadas ao CONIMA. Cabe ao Conselho, ainda, estimular a criação de novas instituições de mediação e arbitragem, orientando-as nas mais diversas áreas, sempre observando a qualidade, indispensável ao desempenho de suas atividades.

4.2.3 A Semana Nacional de Conciliação do CNJ

Dentre as campanhas realizadas anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, destaca-se a Semana Nacional de Conciliação, que visa a redução do estoque de processos do Judiciário brasileiro, além da criação de uma cultura conciliatória entre os operadores do Direito e os jurisdicionados, buscando a realização de acordos entre as partes.

A campanha surgiu em 2006 com o nome de Movimento pela Conciliação, por iniciativa dos Juizados Especiais, ancorados pelo Conselho Nacional de Justiça. Envolvendo todos os tribunais brasileiros, a campanha tem o escopo de amenizar o estrangulamento do Poder Judiciário.

⁶⁷Cf. a seção “Quem Somos” da página virtual do CONIMA. Disponível em: <http://www.conima.org.br/quem_somos>. Acesso em 29/07/2013

⁶⁸Cf. a seção “Instituição” na página virtual da Entidade. Disponível em: <<http://www.santosarbitral.com.br/>>. Acesso em 29/07/2013.

Os tribunais selecionam os processos que tenham alguma possibilidade de acordo e intimam as partes. No caso de se desejar incluir processo no qual é parte na Semana, deve-se procurar, antecipadamente, o Tribunal no qual o caso tramita.

Desde a sua primeira edição, a campanha vem se aprimorando e obtendo resultados satisfatórios. Na página eletrônica do Conselho Nacional de Justiça é possível obter dados estatísticos das Semanas Nacionais de Conciliação, desde a sua criação em 2006, atualizados até o ano de 2011⁶⁹.

Ao se analisar essas estatísticas, percebe-se que o primeiro ano de Semana da Conciliação, 2006, obteve o maior percentual de acordos dentre as audiências realizadas, atingindo um total de 55,36%. Já no ano seguinte esse percentual caiu para 42,4%, isso considerando terem sido realizadas quase três vezes mais audiências do que no ano anterior. Os anos seguintes seguem com um percentual de acordos crescente, mas com oscilação no número de audiências realizadas, o qual ora aumenta, ora diminui.

Os últimos dados fornecidos, referentes a 2011⁷⁰, revelam um total de 349.613 audiências realizadas (80,5% daquelas que foram marcadas), com 168.841 acordos firmados, obtendo-se um percentual de 48,3% de conflitos conciliados. Participaram do evento nesse ano cinquenta e quatro tribunais, espalhados pelo Brasil.

Acerca de tais dados, algumas observações devem ser tecidas. Primeiramente, quanto à atualização dos mesmos; estando há menos de três meses da realização da próxima Semana Nacional de Conciliação, ainda não foi disponibilizada a estatística referente ao ano anterior, o que revela uma falha na missão do Conselho Nacional de Justiça na compilação de tais dados, o que lhe cabe de acordo com a Resolução 125, por ele mesmo editada.

Outro ponto importante diz respeito aos facilitadores participantes do evento: a tabela 2 dos resultados de 2011 indica a participação de magistrados, juízes leigos,

⁶⁹Cf. a Seção “Semana Nacional de Conciliação” da página virtual do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao/semana-nacional-de-conciliacao>. Último acesso em: 28/08/2013.

⁷⁰Dados disponíveis em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-conciliacao/2011/Semana_Conciliacao_20-01-2012.pdf e no Anexo II do presente trabalho.

conciliadores e colaboradores, sendo estes últimos a maioria. No entanto, não se sabe qual a capacitação de tais colaboradores, que não deve ser a de conciliador, visto que não foram enquadrados nessa categoria. Questionável, portanto, a habilidade técnica destes para conduzir a um acordo.

Por último, vale apontar que a mesma tabela 2 revela que, apesar de não serem a maioria dos participantes, os magistrados foram os que atenderam a maior parte da população, o que pode ser explicado pela própria tabela 5, segundo a qual o maior número de audiências de conciliação ocorridas em 2011 se deu já na fase processual de conhecimento, ou seja, já distribuídas a um magistrado que ia julgar a lide.

4.2.4 NECRIM – Núcleos Especiais Criminais

O NECRIM consiste em órgão especializado da Polícia Civil de São Paulo que, tendo por escopo a pacificação social, promove a adequada solução de conflitos de interesses decorrentes de crimes de menor potencial ofensivo. Em 11 de março de 2013 o núcleo completou três anos de existência, tendo surgido, primeiramente, na seccional de Lins, tendo por Delegado precursor o Dr. Orildo Nogueira, que esteve à frente do projeto desde a sua criação⁷¹.

Apelidado de “polícia conciliadora” ou “polícia pacificadora”, o NECRIM é pautado por três pilares: atendimento ao público, padronização do procedimento, valorização do delegado. O ambiente é diferenciado de uma delegacia normal, sendo um espaço agradável e desprovido de celas. O delegado é qualificado para atender como um conciliador e não como autoridade policial convencional, deixando as partes confortáveis para que componham seu conflito.

Atualmente, o projeto já está presente em 17 (dezessete) cidades do Estado de São Paulo – além de Lins, Tupã, Bauru, Assis, Jaú, Marília, Barretos, Franca, Sertãozinho, Bragança Paulista, Adamantina, Dracena, Bebedouro, Ribeirão Preto, Araraquara, Avaré e

⁷¹Cf. Notícia de 11/03/2013 - NECRIM da Polícia Civil comemora três anos de fundação. Disponível em: http://adpesp.org.br/noticias_exibe.php?id=5254 . Acesso em 20/07/2013.

Limeira possuem o núcleo. O atendimento se dá, sobretudo, para partes envolvidas em acidentes de trânsito com vítima. Em algumas seccionais há conciliação de outros delitos, tais como ameaça, lesão corporal leve, perturbação do sossego, entre outros.

Quanto ao procedimento, o NECRIM recebe os boletins de ocorrência já triados das delegacias de polícia convencionais e faz contato com as partes, convidando-as para uma audiência de conciliação no núcleo. Esse contato é o grande diferencial do NECRIM, pois é feito por profissional capacitado, que telefona perguntando como a pessoa está, se já se resolveu o problema e explica como se dará a audiência⁷².

Na ocasião, presentes as partes, o Delegado conciliador vai tentar conduzir as partes a um acordo. Importante notar que nessa audiência não há a produção de provas e raras vezes se analisa a culpabilidade, sendo o intuito maior a promoção do diálogo. Caso seja frutífera a tentativa, as partes realizam um acordo civil e não há a instauração de um processo criminal, incorrendo a vítima em renúncia ao seu direito de representação e sendo lavrado termo de composição preliminar, extinguindo-se a punibilidade nos termos do artigo 107 do Código Penal.

Os números são interessantes: em 2012, das 8.963 audiências realizadas, 7.960 (89%) foram conciliadas e resolvidas sem precisarem passar pelo Judiciário. Esse elevado número de acordos revela a efetividade do serviço prestado. Vale a pena destacar que a iniciativa tem o apoio do Tribunal de Justiça de São Paulo, bem como do Ministério Público do Estado de São Paulo, pois ambos acreditam na polícia conciliadora como importante meio de se evitar o desgaste de um processo criminal. Ademais, confiam na figura do delegado para conciliar o conflito, visto que foi ele quem teve o primeiro contato com o caso, somando-se a isso a sua experiência na área.

4.2.5 As Comissões de Conciliação Prévia do Direito Trabalhista

O processo trabalhista, desde sua instauração em 1943, dispõe de diversos mecanismos que tem por escopo velar pelo seu rápido andamento. Tome-se como exemplo a

⁷²Informações colhidas em visita ao NECRIM de Ribeirão Preto, em conversa com o Delegado Conciliador Dr. Jorge A. Cury Neto.

limitação do número de testemunhas a três em caso de inquérito, o exercício do jus postulandi pelas próprias partes e a possibilidade de concessão da gratuidade de justiça de ofício, mediante simples declaração de pobreza, nos termos da lei.

Todavia, conforme já explanado anteriormente, o aumento do número de demandas ao longo tempo, ocasionado pela evolução das relações de trabalho, sobretudo com o fenômeno da globalização, surgimento das terceirizações, flexibilizações e danos morais constantes acabou prejudicando a celeridade até então garantida pelos mecanismos supracitados.

Assim, foi necessária uma busca por novos caminhos que solucionassem com rapidez a vasto volume de demandas propostas. Nesse viés, surgiram as Comissões de Conciliação Prévia, criadas pela Lei 9.958 de 12 de janeiro de 2000, que acresceu à Consolidação das Leis do Trabalho um novo título (VI-A), para disciplinar tais Comissões⁷³.

Segundo a lei, no caso de empresas, o número de membros da Comissão deve ser de no mínimo 2 e no máximo 10, sendo metade escolhida pelo empregador e a outra metade eleita pelos empregados, mediante voto secreto e com a fiscalização do sindicato da categoria profissional. Os representantes dos empregados dispõem de estabilidade provisória durante o mandato e um ano após o término do mesmo.

Ainda segundo a lei, exige-se que toda demanda de natureza laboral deve, obrigatoriamente, ser submetida à CCP, desde que existente, no local da prestação do serviço.

Não prosperando a conciliação, o interessado recebe uma declaração acerca da tentativa, a qual deve ser juntada à eventual reclamação trabalhista. A ausência de tal declaração, existindo comissão, leva à extinção do processo sem apreciação de mérito, por falta de pressuposto processual objetivo extrínseco.

⁷³VALLE, M. R. A experiência da Justiça do Trabalho: Conciliação prévia, procedimento sumaríssimo e execução previdenciária. **R. CEJ**, Brasília, n. 17, p. 52-56, abril/junho, 2002

Caso se processe o acordo, é lavrado termo a respeito, assinado por todos, o qual vale como título executivo extrajudicial, que pode ser executado na Justiça do Trabalho se aquilo que foi ajustado não for cumprido.

Trata-se de importante mecanismo da Justiça Laboral no que tange à solução de conflitos pela via extrajudicial, que necessita apenas, como todas as iniciativas nesse sentido, de maior aceitação, o que só será possível com uma mudança cultural, a qual esclareça à população que suas pretensões não são solucionadas única e exclusivamente pelo Judiciário e mediante uma sentença.

4.2.6 O Provimento 17/2013 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo

Temática deveras atual acerca das experiências concretas envolvendo mediação e conciliação no sistema jurídico brasileiro é aquela que tem se dado acerca do Provimento 17/2013 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, o qual autorizou os notários e registradores a realizarem mediação e conciliação extrajudiciais nas Serventias em que são titulares, quais sejam, os Cartórios de Registro Civil, Registro de Imóveis, Registro de Títulos e Documentos e Tabelionatos de Notas ou Protesto.

Publicado em 06 de junho de 2013, o ato da Corregedoria traz em sua justificativa os princípios e propósitos da Resolução 125 do CNJ e permite que sejam objeto de mediação ou conciliação extrajudicial, conduzidas pelos registradores e notários apenas questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis.

O Provimento prevê, em seu artigo 2º, que as sessões de mediação e conciliação se darão “em sala ou ambiente reservado discreto nas Serventias dos titulares de delegação, durante o horário de atendimento ao público”. O artigo 4º aponta quem pode atuar como facilitador: o titular da delegação ou o seu preposto expressamente autorizado. Já o parágrafo 1º do mesmo artigo lista os princípios a serem observados pelos mediadores e conciliadores.

O documento traz ainda muitos outros detalhes, tais como o procedimento para se requerer a submissão à sessão de mediação e conciliação, quem pode requerer, etc. e, a princípio, a medida teria efeito após 30 (trinta) dias da data de sua publicação.

No entanto, logo após ter sido publicado, a Corregedoria foi duramente criticada pela edição do Provimento e o mesmo foi atacado por um pedido de providência apresentado pela OAB/SP⁷⁴, para que fosse afastada tal autorização. Isso porque, segundo a Seccional, teria havido no caso invasão de competência da Corregedoria de Justiça do Estado de São Paulo que teria legislado, delegando aos Cartórios algo que só poderia ter sido a eles atribuído por meio de legislação específica.

Em entrevista sobre o tema ao site jurídico Migalha assim se pronunciou o Presidente da OAB/SP, Marcos da Costa:

“acreditamos que direitos do cidadão serão colocados em risco sem a orientação de um advogado preparado e consciente das repercussões jurídicas futuras, diante de uma conciliação celebrada no presente momento. Em segundo plano, é possível que estes acordos venham a ser considerados ilegítimos, uma vez que a atividade de conciliação extrajudicial é privativa da advocacia, ou seja, sem a presença do advogado é real a possibilidade de o acordo não ter nenhum valor”⁷⁵.

O Conselheiro Jorge Hélio Chaves de Oliveira indeferiu o pedido de suspensão liminar do Provimento, sob o argumento de que a não teriam sido apontados quais direitos estariam na iminência de perecimento com a manutenção do provimento 17/13, não se justificando, a urgência para sustar-lhe os efeitos antes que a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo exercesse o contraditório.

Na sequência, a Corregedoria de Justiça do Estado de São Paulo prestou informações e, no mesmo dia, divulgou um comunicado (652/13) adiando a entrada em vigor do Provimento por 30 (trinta) dias, o que se daria, portanto em 05 de setembro. A justificativa foi a necessidade de melhor adequação aos termos da Resolução 125 do CNJ.

No entanto, em 26 de agosto, a Conselheira Gisela Gondin Ramos reconsiderou a decisão inicial, suspendendo o Provimento até análise final do CNJ, ao julgar requerimento do

⁷⁴ Procedimento nº. 0003397-43.2013.2.00.0000.

⁷⁵ OAB/SP pede providência contra mediação em cartórios. Disponível em: <<http://migalhas.jusbrasil.com.br/noticias/100572371/oab-sp-pede-providencia-contra-mediacao-em-cartorios>>. Acesso em: 02/09/2013.

Conselho Federal da OAB. A decisão pautou-se em suposta invasão de competência legislativa exclusiva da União pela Corregedoria estadual, havendo infração ao princípio da estrita legalidade contido no artigo 37 da Constituição Federal, bem como artigo 236, parágrafo 1º da mesma Carta. Ainda, acerca de estar o Provimento baseado e em conformidade com a Resolução 125 do CNJ, assim se manifestou a Conselheira:

“E nem se diga que poderia se extrair da interpretação teleológica da Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, eventual fundamento para a prática do mencionado diploma regulamentar.

O ato do CNJ, em boa hora, envereda-se por estimular a reorganização do Poder Judiciário para a inversão da lógica processual, essencialmente beligerante, em favor da construção de consensos das partes litigantes. Verifica-se, nesse ínterim, que se trata de política pública direcionada ao Poder Judiciário e que, por isso mesmo, reveste-se de caráter eminentemente jurisdicional. Até por tal razão há direto e efetivo controle dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, cuja criação foi determinada por este Conselho.

O provimento paulista, por sua vez, dirige-se às serventias extrajudiciais, criando mecanismo paralelo – e privado – de resolução de conflitos. Sua regulamentação escapa à incidência da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário”⁷⁶.

Feito o breve relato do caso, passa-se à sua análise. Apesar de argumentar invasão de competência da Corregedoria na edição do Provimento, é evidente o verdadeiro escopo da Ordem dos Advogados na questão: garantir a participação da advocacia no procedimento de mediação ou conciliação extrajudicial que será realizado nos Cartórios. Aliás, esse embate de veia extremamente corporativista da OAB tem estado presente em diversos momentos na inserção dos meios consensuais de solução de conflitos: as edições das Leis dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95) e da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) também provocaram acaloradas discussões na comunidade jurídica, sendo que da primeira resultou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1539/STF).

Trata-se da confirmação do entrave que a cultura jurídica nacional representa ao surgimento de um novo paradigma na solução de conflitos, posto que essa postura da Ordem dos Advogados é um reflexo da formação dos profissionais que a compõem desde o nascimento da entidade, os quais tem a idéia fixa de que o advogado é indispensável ao sucesso nas transações, o que se sabe não ser verdade.

⁷⁶Íntegra da decisão disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/cnj-proibe-cartorios-sp-mediacao.pdf>>. Acesso em 02/09/2013.

Sem adentrar ao mérito da questão que envolve conflito de competência legislativa, o que não é tema do presente estudo, verifica-se que no que tange à supracitada colocação da Conselheira Gisela Gondin Ramos acerca da relação entre o Provimento 17/13 e a Resolução 125, a mesma é equivocada. Isso porque a Resolução, ao contrário do que por ela foi afirmado, não tem o condão de simplesmente incentivar a inversão da lógica processual, mas também de prevenir a propositura de ações desnecessárias. Não fosse assim, não existiria o convênio das Universidades com os Tribunais para a realização das sessões de mediação e conciliação pré-processuais, por profissionais capacitados nos termos da Resolução 125.

Importante ressaltar que a Corregedoria de Justiça do Estado de São Paulo, com o escopo de garantir a qualidade das sessões a serem realizadas nos cartórios emitiu o Comunicado 690, que exige a capacitação dos terceiros facilitadores nos termos da Resolução 125, conforme texto que segue:

“COMUNICADO 690/13: A CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA comunica, a propósito do disposto no art. 4º, do Provimento CG 17/2013, que os titulares de delegação de serviços extrajudiciais e seus prepostos só poderão prestar os serviços de mediação e conciliação nele previstos se estiverem habilitados em curso de capacitação e aperfeiçoamento na forma da Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça.”⁷⁷

Ademais, o temor da OAB é totalmente infundado, vez que o Provimento não proíbe a presença do defensor na realização da tentativa de composição pelo serventuário do Cartório. Apenas dispensa-o por se tratar de um procedimento simples de livre iniciativa das partes envolvidas que, portanto, não necessita da constituição de um advogado.

É lamentável que a maior entidade de classes do Brasil não prestigie uma iniciativa como essa, que em nada prejudicaria os operadores do Direito, mas, por outro lado, em muito facilitaria a vida dos cidadãos. Caso entrasse em vigor, a medida permitiria que 1.525 unidades de registro civil, de imóveis, de títulos e documentos e tabelionatos de notas ou protesto, em todo o Estado de São Paulo realizassem mediação e conciliação extrajudicial e evitassem a propositura de centenas de demandas judiciais ainda nesse ano de 2013.

⁷⁷ Comunicado 690/13 disponível em <<http://www.portaldori.com.br/2013/07/02/cgjsp-publica-o-comunicado-no-6902013-que-determina-a-obrigatoriedade-de-curso-de-capacitacao-e-aperfeicoamento-para-prestacao-dos-servicos-de-mediacao-e-conciliacao-no-cartorio/>>. Acesso em 03/09/2013.

5. A EFETIVIDADE DA SOLUÇÃO NEGOCIADA DE CONFLITOS: RESULTADOS

O capítulo final do presente trabalho trará os resultados práticos da utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos, os quais foram colhidos através de dados disponibilizados na página virtual do Conselho Nacional de Justiça, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como em visitas ao Centro de Conciliação do Fórum de Ribeirão e seus quatro anexos, em quatro Faculdades de Direito da cidade, além de visita ao Tribunal Arbitral de Ribeirão Preto, essa última visando obter a perspectiva privada da solução consensual de conflitos.

5.1 A Resolução 125 do CNJ e a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses

Datada de 29 de novembro de 2010 e assinada pelo então Ministro Cezar Peluso, a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça dispõe acerca da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário, tendo dentre os princípios informadores a qualidade dos serviços como garantia de acesso à ordem jurídica justa⁷⁸.

Com 19 artigos, a Resolução esclarece a referida política e estabelece as atribuições do Conselho Nacional de Justiça, bem como as dos Tribunais. Ainda, ela trata da admissão e capacitação dos conciliadores e mediadores, prevendo que os Tribunais deverão oferecer cursos que realizem essa capacitação, de acordo com as diretrizes do Anexo I, na qual constam carga horária mínima e conteúdo programático a ser ministrado. No Anexo III consta o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, que traz princípios formadores da consciência dos facilitadores enquanto profissionais.

⁷⁸Cf. seção Conciliador e Mediador na página virtual do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao/conciliador-e-mediador>>. Acesso em: 29/07/2013.

A Resolução também determina a criação de banco de dados pelos Tribunais, cabendo ao CNJ compilar tais informações. Por fim, prevê a criação do Portal da Conciliação, disponibilizado no sítio do Conselho Nacional de Justiça, com acesso mundial.

Quando de sua edição, a Resolução 125 foi considerada um grande passo para uma possível mudança de paradigma na solução de conflitos pela via judicial. Nunca antes havia sido inserida no ordenamento jurídico pátrio uma iniciativa de tratar os conflitos de maneira adequada às suas peculiaridades; a idéia de uma solução negociada antes parecia apenas um meio de desafogar o Judiciário, evitando ou extinguindo um processo judicial.

Alguns aspectos constantes do texto da Resolução revelam essa nova perspectiva, como o termo “sessão” no lugar de “audiência”, as disposições acerca da formação dos facilitadores e as atribuições dos Tribunais, a fim de efetivar a política por todo o território nacional.

Assim, quase três anos após a sua publicação, necessária se faz a verificação da efetivação da Resolução 125, bem como seus resultados práticos, tanto em números, como em efetividade de justiça para as partes acordantes.

5.2 A implantação da Resolução 125 do CNJ no Tribunal de Justiça de São Paulo

Conforme determinado pela Resolução 125 do CNJ, os Tribunais de Justiça dos Estados, bem como Tribunais Regionais Federais deveriam a ela se enquadrar, implantando em seu seio, bem como nas Comarcas e Subseções, mecanismos de solução negociada de conflitos, em âmbito pré-processual e endoprocessual.

Aqui, será trazida análise empírica dessa implantação no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

5.2.1 A capacitação dos terceiros facilitadores

Dispõe a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça que cabe aos Tribunais de Justiça a capacitação e treinamento de conciliadores e mediadores, bem como de juízes e demais servidores em métodos consensuais de resolução de conflitos.

Nesse viés, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo oferece em seu Núcleo, localizado na capital, três módulos de cursos de formação em conciliação e mediação.

Quando conclui o primeiro e o segundo módulos, o indivíduo já está apto a ser facilitador em sessões de conciliação nos Centros. Apenas com a conclusão do terceiro e último módulo é que ele pode também mediar.

O curso conta um material de apoio que, dentre outros itens, traz um roteiro de conciliação, a fim de instruir o futuro conciliador, passo a passo, como conduzir a sessão, além de dar a ele informações pertinentes acerca de aspectos burocráticos a serem efetuados após a tentativa de acordo, sendo ele efetivado ou não.

Ainda, esse material contém uma seção destinada a instruir o pretenso conciliador/mediador sobre os objetivos da autocomposição, as atribuições do conciliador no contexto da atual mudança de paradigma, além de explanar a cultura da pacificação por meios negociais. Por fim, consta do manual a íntegra de alguns provimentos e projetos de leis que guardam relação com mediação ou conciliação, processual ou não.

Importante observar que, ao contrário do que se espera, o curso de capacitação não é gratuito, sendo o seu custo, por módulo, de aproximadamente R\$150,00 (cento e cinquenta reais), o que deve ser arcado pelo próprio interessado.

5.2.2 A Conciliação em Segunda Instância

O Tribunal de Justiça de São Paulo conta, desde 03 de março de 2011, através do Provimento 1857/2011, com um Centro Judiciário de Solução de Conflitos em Segunda Instância e Cidadania (CEJUSC). Trata-se da versão reestruturada do Setor de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição, existente desde 2004, em cumprimento às disposições da Resolução 125 do CNJ, editada em 2010.

Para que se realize sessão conciliatória em Segundo Grau é necessário que apelante ou apelada, por si mesmas ou por meio de seus advogados, a requeiram por meio de formulário disponibilizado no site do Tribunal. Ainda, a remessa ao setor de conciliação pode ser solicitada pelo advogado por meio de petição nos autos. Existe também a possibilidade de

ser a sessão de conciliação agendada por iniciativa do próprio Tribunal, se este julgar conveniente.

Quanto aos processos que podem ser objeto de conciliação em Segunda Instância, são todos aqueles que se encontrem no Tribunal aguardando julgamento de apelação, independentemente da data de sua chegada, desde que não haja qualquer impedimento legal à transação, ou seja, o feito deve envolver direito disponível, serem as partes capazes e ter havido citação válida em primeira instância.

Interessante ressaltar que a remessa ao Centro de Conciliação não interfere na ordem de julgamento do processo; não havendo acordo, o mesmo retorna à exata posição em que se encontrava anteriormente. Ademais, a tentativa de conciliação pode se dar sem que o processo esteja fisicamente no Centro, isto é, ele segue sua tramitação normal e, apenas em caso de efetivação de acordo é requisitado e segue à homologação pelo Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado. Exatamente para tanto, pede-se que as partes levem à sessão a cópia da decisão apelada e, caso necessário, os cálculos devidamente atualizados dos valores em questão.

Outra peculiaridade da conciliação em Segundo Grau é a exigência da presença das partes, e não apenas de seus advogados, como é praxe no meio jurídico. Ora, se a finalidade da conciliação é estimular o diálogo, e não só findar o processo, é fundamental a presença das partes, sendo que o papel dos advogados nesse caso é o de assessorar o cliente para que se realize um bom acordo, e não o de ser a voz do cliente, militando uma tese em favor de seu interesse, como no curso normal do processo judicial.

O CEJUSC de Segunda Instância conta ainda com uma Cartilha explicativa, que esclarece a parte interessada em submeter o seu conflito a uma sessão de conciliação ou mediação sobre a gratuidade da mesma, as vantagens da realização de um acordo, o trâmite, bem como instrui acerca de termos jurídicos e conseqüências da celebração ou não do acordo.

Apesar da louvável iniciativa e organização, é possível tecer algumas críticas a aspectos da conciliação em Segundo Grau. Vejamos o que estabelece o artigo 2º do Provimento 1857/2011, que instituiu o CEJUSC do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Artigo 2º. Para presidir as sessões de conciliação serão selecionados pelo CENTRO e designados pelo Presidente do Tribunal de Justiça, como conciliadores honorários, sem remuneração, Magistrados, membros do Ministério Público e Procuradores do Estado, todos aposentados, além de professores universitários e advogados, todos com experiência, capacitação e reputação ilibada.

Em primeiro lugar, nota-se a ideologia do Judiciário brasileiro, ainda pautada na decisão imposta, quando se utiliza o termo “presidir”, posto que, sendo o conciliador um terceiro facilitador, não preside a sessão, mas apenas facilita o diálogo, atuando como um intermediário entre as partes.

Outro ponto a ser considerado é a limitação que o dispositivo estabelece acerca de quem pode ser conciliador em sede de recurso, quem seja, apenas os servidores públicos mencionados, professores universitários e advogados. Conforme já explorado no presente trabalho, por diversas razões, a formação jurídica não deve ser um pressuposto para ser facilitador em uma tentativa de transação. Ora, um conciliador, seja qual for a sua formação acadêmica, desde que capacitado para conciliar/mediar é tão apto quanto os profissionais descritos a participar de uma sessão. Não faz sentido que se conceba que aqueles que têm a formação exigida para conciliar ou mediar um conflito em Primeira Instância não o tenham em Segunda. Em certa medida, poder-se-ia dizer que, eventualmente, profissionais de outras áreas obteriam até mesmo melhores resultados do que os operadores do Direito, em virtude da já aqui discutida formação jurídica brasileira, pautada na cultura da adversariedade.

Há que se falar também na obrigatoriedade da presença dos advogados. O contrato de honorários pode desestimular a parte a se submeter à conciliação em Segunda Instância, já que terá que pagar pela presença de seu advogado, que lhe está prestando um serviço. Ademais, muitas vezes o advogado não tem interesse na celebração do acordo, exatamente por conta de seus honorários, e pode influenciar seu cliente, ainda que indiretamente, a não firmá-lo.

Por último, há que se questionar o fato de que, no Tribunal de Justiça de São Paulo, os conciliadores, tanto em Primeira Instância, quanto em sede de recurso, não recebem remuneração, sendo o trabalho desenvolvido voluntário. Trata-se de atividade essencial à consolidação da Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos, que exige uma formação específica, o que demanda tempo e dedicação, no que tange ao período de preparação, bem como na própria atuação e, portanto, deve o Tribunal cuidar de regularizar para que seja um serviço remunerado prestado ao Estado. Importante ressaltar que São Paulo é o único estado da Região Sudeste em que o conciliador é voluntário.

Quanto aos resultados obtidos, o Tribunal disponibiliza em sua página virtual as estatísticas acerca da Semana de Conciliação, com dados específicos da Conciliação em Primeira e Segunda Instância. Apesar de pouco detalhada, a tabela referente ao último ano de realização do evento, 2012, leva a algumas conclusões. A primeira, que corrobora nosso entendimento, mostra que o maior percentual de acordos em primeira instância se dá na esfera pré-processual. Outro ponto notável é quanto ao baixíssimo número de audiências marcadas em Segunda Instância, o que pode se dar em razão do desconhecimento das partes sobre tal possibilidade ou mesmo por seu desinteresse, pelas razões listadas *supra*⁷⁹.

5.2.3 Conciliação em Primeira Instância: análise dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania da Comarca de Ribeirão Preto

A Comarca de Ribeirão Preto, seguindo as disposições da Resolução 125 do CNJ, conta hoje com um Centro de Conciliação dentro do Fórum Estadual, como um setor independente do mesmo, onde se realizam sessões de conciliação, bem como mediação, diariamente, sobretudo processuais, além de contar com mais três centros anexos, localizados em três Faculdades de Direito de Universidades da cidade.

A seguir será descrito o funcionamento desses centros, apresentados dados acerca das transações realizadas para que, ao final, seja possível fazer uma análise dos principais

⁷⁹Tabela disponível em: http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/SemanaNacionalConciliacao_2012.pdf e no Anexo II do presente trabalho.

pontos positivos e negativos da utilização de meios alternativos de solução de conflitos na comarca de Ribeirão Preto.

5.2.3.. O Centro de conciliação do Fórum Estadual

Coordenado pelo Juiz de Direito Doutor Guacy Sibille Leite, o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania do Fórum Estadual de Ribeirão Preto é um setor independente, que conta com uma espécie de cartório, onde se dá o atendimento ao público, uma sala de espera e uma sala de audiência, todos localizados no primeiro andar do fórum.

Como setor de conciliação, o atual Centro existe desde 2008, mas com a Resolução 125/2010 do CNJ houve algumas mudanças. A primeira e mais nítida é de cunho formal, passando de Setor de Conciliação para Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania. Outra mudança foi referente ao fato de que antes o setor não era um departamento independente dentro do fórum. Ainda, a inclusão do termo “cidadania” ao nome não foi apenas formal; depois de 2010, passou-se efetivamente a cuidar desse aspecto.

O Chefe do departamento, Wlademir Pereira da Silva, funcionário público concursado do Tribunal de Justiça de São Paulo, conta que o Centro hoje atende quatro Varas Cíveis do Fórum e que há juízes que preferem realizar a sessão de conciliação ou mediação na própria vara, por conciliador/mediador ou não, a seu critério.

Quanto aos conciliadores/mediadores, o Centro tem hoje dezoito cadastrados, sendo que aqueles que ainda não concluíram o curso de formação exigido, estão terminando. Como o curso é para conciliador e mediador, pode ser utilizada uma ou outra técnica, dependendo do que o conflito exigir. O próprio conciliador, por vezes, percebe que se trata de um caso que exige mediação e, para que isso se realize, solicita ao juiz para que autorize que assim seja feito.

O Centro realiza uma média de sete audiências por dia, sendo as mesmas marcadas de trinta em trinta minutos. Wlademir comenta, ainda, que o maior número de

acordos são oriundos das sessões, principalmente de mediação, das causas relativas à Direito de Família, enquanto que os números mais baixos, daquelas que envolvem questões bancárias.

Quanto a processos criminais, a Comarca de Ribeirão Preto ainda não realiza transações no âmbito do Centro, porém isso será implantado, embora não haja previsão para tanto. Contudo, Ribeirão Preto conta com uma unidade do NECRIM (Núcleo Especial Criminal), ligada a um dos anexos do Centro de Conciliação do Fórum, conforme se exporá adiante.

5.2.3.2 Conciliação pré-processual⁸⁰

Na Comarca de Ribeirão Preto, a conciliação pré-processual, isto é, antes de iniciado o processo judicial, é realizada, sobretudo, nos anexos do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, localizados em três Faculdades de Direito de Universidades da cidade, quais sejam, a Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), o COC e a Universidade Barão de Mauá.

Notam-se algumas características comuns aos Centros. Primeiramente, todos são fruto de parceria com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo que as Universidades arcam com os custos das instalações, papéis, correspondências, enquanto o Tribunal fornece servidores para coordenar os trabalhos (juiz coordenador e chefe do departamento). Outro aspecto comum se dá quanto ao procedimento; os três centros fazem o atendimento, triagem e agendamento da sessão de conciliação e, em caso de acordo, remetem para homologação pelo juiz.

O CEJUSC da UNAERP, localizado dentro do próprio espaço físico do campus da Universidade, existe como centro de conciliação desde setembro de 2009, mas se tornou um anexo do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania em 29.06.2012. Fábio, que é bacharel em Direito e conciliador do Centro, formado nos três módulos do Curso de Capacitação ministrado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e, gentilmente contribuiu com algumas informações, relata que a mudança se deu no formato do ambiente e dá como

⁸⁰ As visitas ao CEJUSC do fórum e aos seus Anexos se deram nos meses de fevereiro e março de 2013.

exemplo a mesa redonda que agora se usa para as sessões, tendo sido retirada a mesa retangular que colocava uma pessoa em destaque, seguindo o padrão de uma audiência presidida por juiz. Além disso, foi acrescentada a parte de Cidadania, com a inserção da presença de uma equipe com psicólogos e assistentes sociais.

Segundo Fábio, o atendimento ao público é indiscriminado, sendo que, após a triagem, a sessão é marcada para dali a, no máximo, vinte dias. O cadastro de conciliadores conta com mais ou menos dez mais frequentes, todos também formados nos três módulos do curso de capacitação, além de cinquenta e dois estagiários da Faculdade de Direito da UNAERP. São realizadas, em média, seis audiências por dia, de segunda a sexta, nos períodos da manhã e da tarde, sendo que cada uma dura aproximadamente trinta minutos, exceto as que envolvem questões de família, as quais costumam durar mais tempo pela própria natureza da relação.

Mensalmente, as audiências que resultam em acordo correspondem a 80% das realizadas, sendo que 30% das marcadas são prejudicadas em razão de ausência das partes. Questionado sobre a realização de mediação no Centro, Fábio responde que, em tese, só ocorre conciliação, mas que, raras vezes, o conciliador sente a necessidade de facilitar o diálogo por meio de mediação e redesigna a sessão para dar tempo de as partes pensarem sobre o ocorrido na sessão.

Com ótimas instalações, o CEJUSC da Faculdade COC localiza-se em prédio próximo aos fóruns da Comarca e é coordenado pelo Senhor Ademir, ex-Chefe de cartório do Tribunal de Justiça de São Paulo na Comarca de Ribeirão Preto e que assumiu o Projeto do COC, iniciado em agosto de 2012.

O Centro conta com um total de oito conciliadores, sendo quatro deles funcionários e quatro voluntários, todos com formação pelo curso de capacitação do Tribunal de Justiça. Ainda, cinco estagiários da Faculdade de Direito do COC realizam o atendimento ao público, fazendo a triagem e marcando a sessão para dali, em média, vinte e cinco dias. Ademir fala da preocupação de não ultrapassar trinta dias, a fim de cumprir o determinado pela Resolução 125 do CNJ. Entretanto, existem duas situações peculiares em que a sessão é realizada imediatamente: a primeira, quando se trata de encaminhamento do NECRIM, após

acordo que importa em renúncia da ação penal, o CEJUSC tenta a composição civil do dano junto com as partes; a segunda, nos casos de divórcio consensual, sempre que os cônjuges comparecerem juntos ao Centro. Nesses casos, não é necessário marcar, sendo a sessão realizada na mesma hora.

Questionado sobre o percentual de acordos firmados, Ademir conta que, quanto às causas de família, 90% das sessões realizadas são compostas. No âmbito cível em geral, 70%. As sessões prejudicadas em função de ausência das partes somam algo entre 15% e 20%.

Ainda, o CEJUSC COC conta com um Centro Psico-Social, com psicólogo e assistente social, que realizam acompanhamento social. Trata-se de funcionárias da prefeitura que, na realidade, atendem também aos outros CEJUSCs, mas ficam naquele por uma questão de espaço físico e instalações. Existe também um departamento jurídico, por vezes invocado para regularizar situações.

Por último, o CEJUSC do Centro Universitário Barão de Mauá, denominado Centro de Cidadania “*Hélio Bicudo*”, localiza-se dentro do campus da Universidade, no bairro Nova Riberânia e existe desde 2008, tendo sido inaugurado como CEJUSC em junho de 2012 cumprindo todas as exigências da Resolução 125 do CNJ.

O Coordenador é o Dr. Luiz Gonzaga Meziara Júnior, advogado e mestre. O Centro conta com quatro facilitadores, dentre eles advogados, professores e estudante de direito, todos com capacitação pela Escola Paulista de Magistratura.

Por dia, em média, são realizadas quatro sessões de conciliação, cada uma com duração de meia hora a duas horas, a depender do assunto a ser conciliado/mediado. A Dra. Lucimara, advogada e uma das facilitadoras do Centro explica como é realizada a triagem: o Centro do Fórum remete as causas cujas matérias possibilitam a conciliação e redige-se o Termo Inicial com a exposição do problema e a intenção da parte proponente. Em seguida, elabora-se a carta convite, que é enviada ao convidado via AR, juntamente com o termo, designando-se dia e hora para a tentativa de conciliação. Esse primeiro contato é realizado pelos estagiários, que são alunos da instituição.

A advogada conta que os maiores índices de acordo se encontram no âmbito familiar e que as maiores dificuldades de solução consensual são na área cível, principalmente problemas relacionados com Instituições financeiras. Ainda, ela aponta que uma grande dificuldade encontrada é o próprio estado psicológico das partes e, uma vez verificada a necessidade, encaminha-se o indivíduo para o profissional especializado e, por vezes, tenta-se a mediação antes da conciliação, para que se retome o diálogo.

5.2.3.3 Análise de dados: acordos realizados por ramo do Direito e as dificuldades encontradas⁸¹

O Centro de Conciliação da Comarca de Ribeirão Preto possui um controle mensal de seu funcionamento, bem como do número de acordos realizados a partir de uma divisão em duas grandes áreas do Direito: Família e Cível, sendo que esta última engloba conflitos cíveis de qualquer natureza, vez que, conforme já explicitado, não há conciliação de conflitos criminais, o que se dá no JECRIMs e no NECRIM. Ainda, dentro de cada grande área, há uma divisão entre fase pré-processual, realizada em sua grande maioria nos anexos das Faculdades, e fase pós-processual, depois de iniciado o processo judicial.

A análise de tal relatório permite tecer algumas observações relevantes. Em primeiro lugar, nota-se que a totalidade das audiências pré-processuais na área do Direito de Família realizadas é de conciliação, conduzida por um conciliador, não se realizando mediação. Já quando se trata da fase pós-processual, o relatório aponta a realização por mediador, mas o percentual de acordos obtidos ao final é zero, o que leva a duas possíveis interpretações: as sessões de mediação não estão sendo corretamente conduzidas, ou os dados são falhos, e na realidade o que esses “mediadores” estão conduzindo é uma audiência de conciliação, e os acordos nelas celebrados entram nos dados de conciliação.

Outra consideração pertinente se faz acerca do número total de acordos obtidos por mês. Na área do Direito de Família, o percentual de acordos realizados em relação ao número de audiências efetuadas é maior na fase pós-processual do que na fase processual. Já

⁸¹A tabela com os dados analisados no item 5.2.3.3 consta do Anexo III do presente trabalho.

na área Cível, não apenas se percebe o inverso, como o percentual de acordos na fase pré-processual é o dobro daquele da fase processual.

Entendemos que esse quadro do Direito de Família, que destoa da regra até aqui vista nas análises de dados globais, tem como razão a peculiaridade do Direito de Família, que envolve questões sensíveis e que tomam as partes de grande emoção. Quando surge o conflito familiar, geralmente as partes necessitam do reestabelecimento do diálogo para que consigam resolver qualquer outra questão, seja ela patrimonial ou não. Portanto, o acordo no âmbito familiar só vem depois da retomada do diálogo, o que leva, novamente, a duas possibilidades: falta de capacitação do facilitador no momento pré-processual, para mediar o conflito e, posteriormente, realizar conciliação e levar as partes ao acordo, ou, sob outra ótica, o sucesso dessas sessões pré-processuais no que tange ao entendimento entre as partes, que, posteriormente, conseguem acordar em juízo. Conforme já afirmado, falta, para se chegar a uma conclusão final, maior clareza dos dados compilados.

Por outro lado, verifica-se que os números da área Cível são a regra: o número de acordos é sempre maior na esfera pré-processual, corroborante o anteriormente verificado nos dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

5.3 O Tribunal Arbitral de Ribeirão Preto

Integrado ao Tribunal Arbitral de São Paulo (TASP), que existe desde 1998, o TASP-RP surgiu em 2005 e tem sua sede, hoje provisória, no bairro Jardim Sumaré, próximo ao Centro de Ribeirão Preto.

O Tribunal segue a Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem), que delimita as matérias que podem ter seus conflitos submetidos à arbitragem, além de seu Regulamento Interno, o qual prevê a obrigatoriedade de se tentar a mediação ou conciliação antes de ser instaurado o juízo arbitral.

Com um espaço muito aconchegante, o Tribunal conta com cinco profissionais que atuam efetivamente, todos estes advogados e com formação específica para atuar com mediação, conciliação e arbitragem.

Em visita ao TASP-RP, a Dra. Sarah Silva de Faria Nabuco, advogada formada há um ano e qualificada com especializações na área de Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, explicou sobre a dinâmica do Tribunal⁸². Ela conta que quando da abertura oito anos atrás, ela, na época formada apenas em Administração e já especializada na área, e os outros mentores do projeto em Ribeirão Preto tiveram um grande trabalho de buscar esclarecer as pessoas e empresas sobre a proposta, e comenta acreditar que isso é fruto da cultura adversarial que predomina no ordenamento brasileiro, tendo tido muita resistência dos advogados ao longo dos anos.

Sarah explica que a grande maioria dos que procuram o Tribunal atualmente são empresas, de todos os ramos e buscando solucionar as mais diversas controvérsias, sendo as mais comuns a dissolução das empresas e discussões de contratos. Além dessa prestação de serviços onerosa, o Tribunal também realiza sessões de mediação familiar de modo gratuito, sendo estes casos enviados pelo fórum, por um juiz (o qual ela não quis dizer o nome), que gosta do trabalho por eles desenvolvido. Quando o caso requer uma conciliação, cobra-se um valor irrisório, segundo ela, inferior às custas processuais.

Por semana, são realizadas, em média, quatro mediações familiares encaminhadas pelo fórum. Os demais casos que chegam ao Tribunal são submetidos à conciliação. Essas sessões são realizadas pelos cinco advogados atuantes e, no caso de não ser resolvida a controvérsia consensualmente, instaura-se o juízo arbitral, cujo árbitro é escolhido pelas próprias partes.

Sarah conta que as sessões de mediação que realiza destina-se apenas a reestabelecer o diálogo entre os familiares em conflito e quanto a questões patrimoniais, estas são discutidas em posterior conciliação. No âmbito empresarial, ela relata que o maior índice de acordos se dá nas questões que envolvem contratos empresariais e o menor, no que diz respeito à dissolução de sociedades.

⁸²A visita ao TASP-RP ocorreu em 26/08/2013 e durou aproximadamente 40 minutos.

Questionando-a sobre um possível banco de dados do Tribunal, com números de sessões realizadas e percentual de acordos, ela esclarece que ainda não possui tal controle porque as instalações ruins do prédio os fizeram perder os arquivos, mas garante que o percentual de acordos dentre as tentativas é superior a 90%.

Por fim, respondendo à pergunta sobre as dificuldades que hoje obstruem a realização de soluções consensuais de conflitos, ela diz que acredita que, além da questão cultural e da falta de conhecimento das pessoas sobre os métodos alternativos de solução de conflitos, existem questões políticas que impedem que essas formas de resolução de disputas sejam direcionadas ao setor privado, pois acredita que o Judiciário não é capaz de gerar justiça efetiva pela via consensual, pois lhe falta estrutura e, mesmo assim, tudo acaba sendo abarcado pelo Estado, como, por exemplo, os Setores de Conciliação dos Fóruns Estaduais. Ela comenta, ainda, achar um absurdo o direcionamento de mediação e conciliação aos Cartórios Extrajudiciais (Registro Civil, Registro de Imóveis, Registro de Títulos e Documentos, Tabelionatos de Notas e Protestos).

CONCLUSÃO

Através da pesquisa realizada, foi possível traçar um panorama histórico da solução de conflitos e perceber que a autocomposição é um fenômeno anterior à aparição do Estado, já praticada nos primórdios da civilização, mas que acabou sendo esquecida em virtude de uma atribuição quase exclusiva do Estado em resolver disputas e de certo encantamento com o processo estatal que, contudo, entra em crise a partir de um momento recente da história.

O retorno à utilização das formas compositivas de solução de controvérsias tem como fundamentos centrais a crise processual acima mencionada, o que caracteriza obstáculos ao próprio acesso formal à justiça, como morosidade e custo, e a busca por uma justiça que praticamente não é possível obter por meio de uma sentença judicial, que é a justiça enquanto ordem ou solução jurídica justa, a qual proporciona justiça para ambas as partes da lide, e não para apenas uma.

No que tange à mediação e conciliação, a conceituação das duas técnicas revelou suas peculiaridades e a importância de conhecê-las para saber qual a melhor técnica a ser aplicada no caso concreto. Já quanto à negociação, sua aplicação mostrou-se inadequada na seara processual, sendo importante notar que na esfera extraprocessual, apenas a negociação baseada em princípios ou méritos mostra-se eficiente enquanto técnica de autocomposição de conflitos, vez que a negociação posicional trabalha com a idéia de ganhar-perde, e, assim, não é capaz de garantir justiça para ambas as partes.

Quanto aos terceiros facilitadores, sua formação multidisciplinar é característica determinante para a boa condução da solução do conflito. Contudo, a aceitação desse profissional, não necessariamente com formação jurídica como facilitador em uma autocomposição é algo que depende de uma mudança de paradigma que envolve questões culturais, bem como é consequência da própria formação que os cursos jurídicos brasileiros proporcionam, sempre pautada na adversariedade.

Além da cultura jurídica nacional, outro entrave à mudança de perspectiva em matéria de solução de conflitos é o corporativismo revelado pela Ordem dos

Advogados do Brasil, que interferem de maneira pouco positiva a cada passo dado no sentido de se aumentarem as alternativas de resolver um conflito extrinsecamente ao processo judicial, tentando sempre proteger a classe advogada e garantir a sua atuação em procedimentos que nem sempre dela necessitam.

Acerca da aplicação dessas técnicas no meio jurídico, nota-se que ainda prevalece a cultura da sentença e sob perspectiva estatal. Por outro lado, as iniciativas que vem surgindo com o escopo de solucionar conflitos de maneira consensual e antes de iniciado um processo judicial vem crescendo. É o que se verifica em experiências como os NECRIMs no âmbito criminal, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, bem como as Câmaras de Mediação e Conciliação privadas, além das Comissões de Conciliação Prévia do Direito do Trabalho.

Ademais, a edição da Resolução 125 do CNJ é um grande passo para a inserção da cultura do consenso ainda depois de ajuizada uma demanda processual, visando extinguir o processo e garantir justiça às partes. Quando de sua edição, o seu sucesso era uma incógnita para todos e não se sabia sobre a sua efetivação. Três anos depois, é possível notar que muito já foi feito pelos Tribunais para se adequar a tal regulamentação.

Uma observação que deve ser feita é que, apesar dos grandes avanços dentro da temática, o que se tem hoje, ainda, é o foco da cultura da decisão negociada voltado majoritariamente para a conciliação, visando fazer as partes chegarem a um acordo para evitar ou extinguir um processo. Os próprios dados fornecidos focam mais nos valores acordados, o que revela estar a mediação sendo deixada de lado, tendo sido isto comprovado pelas próprias visitas realizadas, em que, por vezes os facilitadores entrevistados confundem os dois institutos e acreditam realizarem sessões de mediação, quando na verdade não o fazem.

Especificamente no que concerne ao Tribunal de Justiça de São Paulo, aqui abordado, são perceptíveis as iniciativas e animadores os resultados já obtidos. Contudo, muito do projeto ainda precisa ser revisto, a fim de garantir o acesso irrestrito à população a esses novos mecanismos de solução de conflitos.

A pesquisa empírica teve papel fundamental no trabalho realizado, posto que permitiu o contato com profissionais de diversas áreas que atuam no mesmo ramo: o de meios alternativos de solução de conflitos, revelando diferentes perspectivas; no âmbito dos CEJUSCs e NECRIMs, a visão é positiva quanto aos resultados e pequena é a crítica que se faz às ações estatais no tratamento dos conflitos, enquanto que na área privada, reclama-se do apadrinhamento do Estado nas questões envolvendo mediação e conciliação e clama-se por incentivo do mesmo para a privatização da solução consensual de conflitos, alegando-se que o Judiciário não tem estrutura para mais essa tarefa. A concordância, no entanto, se dá quanto à cultura jurídica da sentença, considerada por todos os questionados o maior entrave a ser derrubado para a inversão da lógica no tema.

Ainda, o contato com a prática permitiu derrubar alguns mitos incrustados pela teoria e ver as dificuldades que precisam ser enfrentadas para que, com o tempo, o consenso seja a regra e o litígio judicial, a exceção ou última opção.

Por fim, e diante de todo o exposto, a presente pesquisa, contextualizada no tempo presente e sempre de acordo com a realidade brasileira, permite concluir com plena certeza que importantes passos vêm sendo dados, tanto pelo Estado, quanto pela iniciativa particular, no sentido de uma mudança de paradigma na solução de conflitos, inserindo a mediação e a conciliação cada vez mais no ordenamento jurídico pátrio.

Porém, é necessário valorizar mais os profissionais que desempenham tal papel, bem como incentivar a prática da mediação, que muitas vezes deve preceder a realização de qualquer acordo. Nesse viés, todos os operadores do Direito têm o dever de atuar, a fim de derrogar a mentalidade da decisão imposta e inserir uma nova maneira de encarar o conflito e gerar justiça efetiva para as partes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, T. **Mediação e Conciliação: Duas práticas distintas, dois paradigmas diversos.** Disponível em:

<http://www.mediare.com.br/08artigos_11mediacaoconciliacao.html> Acesso em: 10/09/2010.

ASSMAR, G. **Legislação Brasileira no que tange à Mediação de Conflitos.** Disponível em: <http://www.mediare.com.br/08artigos_09legislacaobrasileira.html> Acesso em: 18/12/2010.

ALVES, A. M. V. A imparcialidade do juiz. Themis : **Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 3, n. 1, p. 21-51, 2000.

BITTAR, E. C. **Curso de filosofia do Direito.** São Paulo: Atlas, 2001, p. 171-177

BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.** Anexo III. Brasília, DF: Senado, 2010.

BRASIL. **Constituição (1924).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Constituição (1888).** Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Imperador, 1824.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**, Brasília, DF, 1973.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 2013. Dispõe sobre a proibição da pesca. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 set. 1996.

BRASIL. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 dez. 2009.

BUENO, C. S. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMPOS, N. G.; BRANCO, A. P. T.; SANTOS, R. G. **Mediação, uma velha forma de gestão de conflitos, por meio de um diferente olhar**. Uma alternativa para as micro e pequenas empresas. Vitória: Sebrae, 2010.

CAPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

-----; Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**. Brasília, ano 19, n.74, p. 82-97, abril-junho 1994

CARMONA, C. A. A crise do processo e os meios alternativos para a solução de controvérsias. **Revista de Processo**, Brasília, ano 14, n.56, p. 91-99, out-dez. 1989.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009. V. 1. 6 ed.

DOMINGOS, T. O. **A Teoria da Justiça**. Revista da Faculdade de Direito. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/526/524>>. Acesso em: 15/07/2013.

FERRAZ, T. S. **A conciliação e sua efetividade na solução de conflitos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao/historico>> Acesso em: 25/02/2011.

FISCHER, R.; URY, W.; PATTON, B. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2 ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005. p. 33-103.

GRINOVER, A. P. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 46, p. 69, abr-jun, 1987.

-----; CINTRA, A. C. A.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

-----; Os fundamentos da justiça conciliativa. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**. Rio de Janeiro, Ano II, n. 5, p. 22-27, maio, 2008.

KANT, I. DMS, 1968, p. 223, 35-36; p. 224, 1-2. Tradução de José Lamago: KANT, I..

HESKETH, M. A. I. **A conciliação**: Dever ético do advogado em busca da paz e da justiça. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505770174218181901.pdf>> Acesso em 07/03/2013.

KELSEN, H. **O que é justiça?** Martins Fontes: São Paulo, 1997.

LEITE, G. P. J. **O acesso à justiça como direito fundamental**. Clubjus, Brasília – DF: 02.02.2009. Disponível em: <<http://clubejus.com.br/?artigos&ver=2.22619>>. Acesso em 28/07/2013.

MARINONI, L. G. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, vol. 37, n. 0, 2002.

MENKEL-MEADOW, C. **Dispute Resolution**: Beyond the Adversarial Model, Nova Iorque: Ed. Aspen Publishers, 2005, p. 100.

NUNES, C. P. O conceito de justiça em Aristóteles. **Revista do TRT da 13ª Região**, 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19220/O_Conceito_de_Justi%C3%A7a_em_Arist%C3%B3teles.pdf?sequence=4>. Acesso em 25/07/2013.

PLATÃO. **A república**. 2 ed. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2007. p. 46

PINTO, C. A. D. S. **Conciliação**: expressão maior do pacto social entre as partes. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-dez-07/conciliacao_expressao_maior_pacto_social_entre_partes> Acessado em: 26/10/2010

ROSALEM, V.; SANTOS, A. C. **Estudo dos Principais Estilos de Negociação Adotados Por Gestores de Micro e Pequenas Empresas Varejistas**. Centro Federal de Educação Tecnológica de Bambuí – CEFET. Disponível em: <http://www.aedb.br/seget/artigos07/1140_Estudo%20dos%20Principais%20Estilos%20de%20Negociacao.pdf>. Acesso em: 30/07/2013.

SALGADO, J. C. A Idéia de Justiça em Kant- Seu Fundamento na Liberdade e na Igualdade. Minas Gerais. 1986. Ed. EDH- UFMG.

SÃO PAULO. Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Material de apoio**: setores de conciliação. São Paulo: Tjsp, [2012?]. 37 p.

SERPA, M. N. **Mediação, processo judicioso de resolução de conflitos**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG. 1997. P. 104

TARTUCE, F. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

VALLE, M. R. **A experiência da Justiça do Trabalho**: Conciliação prévia, procedimento sumaríssimo e execução previdenciária. **R. CEJ**, Brasília, n. 17, p. 52-56, abril/junho, 2002.

WATANABE, K. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: PELLEGRINI, A. P.; DINAMARCO, C. R.; (Coord.). Participação e processo. São Paulo: RT, 1988. p. 128-135

-----; **Cultura da sentença e cultura da pacificação**. In: SALETTI, Achille. (Org.). Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Ed., 2005.

**Anexo I - Resultados da Semana
Nacional de Conciliação de 2011 – CNJ**

Anexo II - Tabela Semana Nacional de Conciliação 2012 – TJ/SP

**Anexo III – Relatório Mensal do
CEJUSC do Fórum de Ribeirão Preto
(Fevereiro/2013)**