V FONAMEC
Fórum Nacional da Mediação e Conciliação

Revista

do Fórum Nacional da Mediação e Conciliação

5º Encontro do Fórum Nacional da Mediação e Conciliação

Volume 1 - Número 1 - 2017

PJERJ

TJRJ NUPEMEC

EMERJ

V FONAMEC
Fórum Nacional da Mediação e Conciliação

Revista

do Fórum Nacional da Mediação e Conciliação

5º Encontro do Fórum Nacional da Mediação e Conciliação

Volume 1 - Número 1 - 2017

PJERJ NUPEMEC EMERJ

Rio de Janeiro

R. FONAMEC	Rio de Janeiro	v. 1	n. 1	p. 1-404	maio 2017

© 2017 EMERJ
Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA DO FONAMEC
Ministro Luis Felipe Salomão – STJ; Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi – STJ; Ministro Marco Aurélio Bezerra de Mello – STF; Des. Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara – TJERJ; Des. Aluísio de Castro Mendes – TRF; Des. Bento Herculano Duarte – TRTRN; Des. Cesar Felipe Cury – TJERJ; Des. Paulo Sergio Rangel do Nascimento – TJERJ; Des. Roberto Portugal Bacellar – TJPR; Juiz de Direito Herval Sampaio Júnior – TJRN; Juiz de Direito Hildebrando da Costa Marques – TJMT; Juíza de Direito Luciana Sorrentino – TJDFT ; Juíza de Direito Trícia Navarro Xavier Cabral – TJES; Dr. Hermes Zaneti Júnior – Promotor de Justiça do MPES; Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho – Promotor de Justiça do MPRJ ; Pós-Doutor Fredie Didier Júnior ; Pós-Doutor Luiz Guilherme Marinoni; Dra. Ana Cândida Menezes Marcato; Dr. Eduardo Talamini; Dra. Juliana Loss de Andrade; Dra. Maria Tereza Sadek; Dr. Petrônio Calmon.

Coordenador da Revista
Des. César Felipe Cury

Equipe Administrativa - EMERJ:
Diretora do Centro de Estudos e Pesquisas - CEPES: Elina Bussade dos Santos.
Produção Gráfico-Editorial: Assessoria de Publicação Acadêmica - EMERJ.
Responsável: Ébano Machel do Rosario Assis
Editor: EMERJ
Programação Visual: Rodolfo Santiago

Revista do Fórum Nacional de Mediação e Conciliação, v. 1, n. – Rio de Janeiro: EMERJ, 2017 –

v.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090
Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-2561
www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Presidente
Desembargador Milton Fernandes de Souza

Corregedor-Geral
Desembargador Cláudio de Mello Tavares

1º Vice-Presidente
Desembargadora Elisabete Filizzola Assunção

2º Vice-Presidente
Desembargador Celso Ferreira Filho

3º Vice-Presidente
Desembargadora Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

❖ **DIRETOR-GERAL**
Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

❖ **CONSELHO CONSULTIVO**

Desembargador Mauro Dickstein
(Vice-Presidente)

Desembargador Claudio Luiz Braga Dell'orto
(Diretor Adjunto Administrativo)

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo
(Presidente da Comissão de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - COMAM)

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas
(Presidente da Comissão Acadêmica - COMAC)

Desembargadora Claudia Pires dos Santos Ferreira

Desembargadora Maria Isabel Paes Gonçalves

Juiz Luiz Marcio Victor Alves Pereira

Juíza Adriana Ramos de Mello

FONAMEC - Composição

❖ DIREÇÃO

Presidente: Cesar Felipe Cury – Desembargador do TJERJ
1º. Vice – Presidente: Juiz de Direito Paulo Cesar Alves das Neves
2º. Vice – Presidente: Juiz de Direito Alexandre Abreu

❖ CONSELHO CONSULTIVO

Desembargador José Neves Amorim
Juiz de Direito Hildebrando da Costa Marques

❖ COMISSÕES PERMANENTES

1- COMUNICAÇÃO:

Presidente: Dr. Herval Sampaio Júnior – Juiz de Direito do TJRN
Demais Membros:
Des. Tutmés Airan de Albuquerque – TJAL
Dra. Trícia Navarro Xavier Cabral – TJES
Dra. Caroline Santos Lima – TJDFT
Dr. Hildebrando da Costa Marques – TJMT

2- ASSUNTOS ACADÊMICOS:

Presidente: Dr. Hildebrando da Costa Marques – Juiz de Direito do TJMT
Subcomissão Editorial
Presidente: Dra. Tricia Navarro Xavier – TJES
Demais membros:
Dra. Carolina Santos Lima – TJDFT
Dra. Luciana Yuki F. Sorrentino – TJDFT
Dr. Herval Sampaio Júnior – TJRN

3- ASSUNTOS INSTITUCIONAIS:

Presidente: Des. José Carlos Ferreira Alves – Desembargador do TJSP
Demais Membros:

Dr. Hildebrando da Costa Marques – TJMT
Dr. Herval Sampaio Júnior – TJRN
Dr. Alexandre Abreu – TJMA
Dr. Paulo Cesar Alves das Neves – TJGO

4- APOIO AOS NUPEMECS

Presidente: Dr. Paulo Cesar Alves das Neves – Juiz de Direito do TJGO

Demais Membros:

Des. Romero Osme Dias Lopes – TJMS
Dr. Gildo Alves de Carvalho Filho – TJAM
Dra. Marielza Brandão Franco – TJBA
Dra. Caroline Santos Lima – TJDFT

5- LEGISLAÇÃO

Presidente: Dr. Alexandre Abreu – Juiz de Direito do TJMA

Demais Membros:

Des. Erik de Souza Dantas Simões – TJPE

Desa. Dahil Paraense de Souza – TJPA

Des. Paulo Roberto de Araújo Barros – TJPI

Dra. Umbelina Lopes Pereira – TJTO

Dr. Gildo Alves de Carvalho – TJAM

❖ COMISSÕES TEMPORÁRIAS

1- JUSTIÇA RESTAURATIVA

Presidente: Dra. Umbelina Lopes Pereira – Juíza de Direito do TJTO

Presidente Adjunto: Dr. Ricardo Henrique Jentzsch – Juiz de Direito do TJPR

Demais Membros:

Des. Roberto Bacellar – TJPR

Des. Rui Celso Barbosa Florence – TJMS

Des. Paulo Roberto Barros – TJPI

Dra. Marielza Brandão Franco – TJBA

Dra. Joanice Maria Guimarães de Jesus – TJBA

Dr. Gildo Alves de Carvalho – TJAM

Dr. Aluisio Ferreira Vieira - TJRO

Dr. Leoberto Brancher - TJRS

2- MEDIAÇÃO DIGITAL

Presidente: Dr. Alexandre Abreu – Juiz de Direito do TJMA

Demais Membros:

Des. Erik de Souza Dantas Simões – TJPE

Des. Joanice Guimarães de Jesus – TJBA

Dra. Carolina Santos Lima – TJDFT

Dra. Marielza Brandão Franco – TJBA

Dra. Luciana Yuki F. Sorrentino – TJDFT

Dr. Paulo Cesar Alves das Neves – TJGO

Dr. Herval Sampaio Junior – TJRN

3- NORMATIZAÇÃO

Presidente: Presidente – Dr. Hildebrando da Costa Marques – Juiz de Direito do TJMT

Demais Membros:

Dr. Alexandre Abreu – TJMA

Dr. Herval Júnior – TJRN

Dr. José Carlos Ferreira Alves – TJSP

Dra. Luciana Yuki – TJDFT

Dr. Paulo Cesar Alves das Neves – TJGO

Sumário

11 | **Prefácio**

15 | **Apresentação**

17 | **Pasado, Presente y Futuro de las Nuevas Tecnologías aplicadas a la Resolución de Conflictos en Latinoamérica**
Dr. Alberto Elisavetsky

32 | **A Mediação Extrajudicial e a Relevância da Polícia para Resolução Consensual de Conflitos**
Anderson de Paiva Gabriel

55 | **A Conciliação no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Perspectivas de um Acesso à Justiça Qualitativo**
Camila Silveira Stangherlin

73 | **Advocacia e Adequada Solução de Conflitos na Esfera Judicial**
Camille Gonçalves Javarine Ferreira
André Luís Vieira Macabeu

94 | **Aplicação da Teoria dos Jogos na Mediação de Conflitos: o Equilíbrio de Nash como Estratégia de Maximização de Ganhos**
Carla Maria Franco Lameira Vitale
Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva

111 | **Produção Antecipada de Prova e o Disclosure no Direito Brasileiro**
Cesar Felipe Cury

132 | **O Termo, em Termos: O Poder do Compromisso na Mediação**
Danilo Prudente Lima
Isabela Sardinha Lisboa Leite

141 ▌ **ARBITRAGEM - O caso do defensivo agrícola envolvendo os produtores de soja de Diamantino/MT Um breve estudo de três conflitos à luz da arbitragem**
Gerardo Humberto Alves Silva Junior

157 ▌ **Os Conciliadores e Mediadores Judiciais Como Auxiliares Da Justiça (ART. 149 DO CPC)**
Hildebrando da Costa Marques

171 ▌ **O Papel do Juiz na Tentativa de Pacificação Social após o Advento do Novo CPC e a Lei de Mediação**
José Herval Sampaio Júnior

189 ▌ **A Luta pela Terra e a Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth**
Rafael da Mota Mendonça

200 ▌ **A Importante Função das Convenções Processuais na Mudança da Cultura do Litígio: A Interligação entre Consensualidade e Convencionalidade**
Ludmilla Camacho Duarte Vidal

225 ▌ **Entre Equívocos Conceituais e a Lógica Eficientista: Considerações sobre os Meios Consensuais no NCPC**
Marcelo Barbi Gonçalves

253 ▌ **Dispensa da Audiência de Conciliação/Mediação: Seis Dribles e Dois Gols**
Marcelo Mazzola

263 ▌ **O Princípio da Cooperação e a Audiência Prevista no Artigo 334 do Novo Código de Processo Civil**
Marco Aurélio Gastaldi Buzzi

273 ▌ **A Justiça Restaurativa Despertando o Poder Judiciário para a Cultura de Paz**
Maria Elizabeth Souza Muniz

286 | **Políticas Públicas de Métodos Consensuais Penais no Judiciário Brasileiro e seu Contato com a "Teoria do Reconhecimento" de Axel Honneth**
Maria Hortência Cardoso Lima
Carla Maria Franco Lameira Vitale

303 | **A Mediação no Direito Individual e na Justiça do Trabalho**
Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt

321 | **Mediação como Método de Solução Consensual de Conflitos: definição, modelos, objeto, princípios, previsão no CPC 2015, fases e técnicas, papeis do advogado e do Ministério Público.**
Meire Rocha do Nascimento

338 | **Elementos que Influenciam Diretamente no Resultado Positivo da Mediação Aplicada em Processos Judiciais e um Caso Concreto Digno de Análise**
Sandy de Paula Alves
Jaqueline Porcino de Paula

354 | **A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil**
Trícia Navarro Xavier Cabral

370 | **Impor ou Compor? Administrar Conflitos no 2º Grau de Jurisdição como um Repensar Necessário e Inadiável da Estratégia Controladora do Estado-Juiz**
Tutmés Airan de Albuquerque Melo

393 | **Enunciados FONAMEC**

Prefácio

A sociedade brasileira tem convivido ultimamente com inúmeros e intensos desafios.

Com a superação do período de exceção o país alcançou, em uma nova Constituição, garantias fundamentais que ao longo do tempo não confirmaram as promessas de tornar-se a sociedade mais justa e igualitária, ao menos no tempo desejado e com a efetividade esperada.

As aspirações mais relevantes para uma coexistência pacífica e fraterna, de certo modo frustradas pela incapacidade dos poderes instituídos, foram progressivamente direcionadas ao judiciário, guardião dos postulados constitucionais e principal responsável pela solução dos conflitos sociais.

A diversidade dos novos direitos de uma sociedade hipercomplexa e massificada resultou a um só tempo no esgotamento do sistema convencional de justiça, a despeito de sua hipertrofia, e na constatação da obsolescência dos métodos tradicionais de resolução de conflitos e de pacificação social.

Entre a inefetividade do processo e a busca cada vez maior pela solução do conflito subjacente evidencia-se a ruptura de um paradigma superado, cujas teorias já não são capazes de atender aos reclamos da sociedade.

É nesse interlúdio que se inserem novos significados a antigos institutos, como o da jurisdição, assim como antigas práticas, como a mediação e outros métodos dialogais, são revisitadas e atualizadas, apontado para uma nova forma de jurisdição – a justiça coexistencial.

A bom termo a doutrina nacional se volta a esses temas, e instituições como o Conselho Nacional de Justiça e a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento do Magistrado iniciam medidas concretas para atender a um novo paradigma.

A produção acadêmica, com frequência crescente, tem contribuído para o enriquecimento do debate e o aperfeiçoamento dos institutos, ao mesmo tempo em que a partir de resoluções do CNJ e da Enfam iniciativas legislativas buscam conformar o sistema de justiça aos novos tempos e desafios.

Desde a Resolução 125/2010, pelo CNJ, o legislador brasileiro fez editar um conjunto de leis importantes para a definição dos novos parâmetros de acesso à justiça e à solução justa.

Mediação e Conciliação, assim como a Arbitragem, passaram a constar das rotinas do judiciário pelo estímulo legal (art. 3º §3º do CPC/15) à adoção das soluções autocompositivas, preferencialmente preliminar ao processo (art. 24 da Lei 13.140/15), sem embargo da necessidade de sua realização em caráter incidental (art. 334 CPC/15).

A obrigatoriedade de instituição em todos os tribunais de **Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Cidadania – Nupemecs** -, órgãos de assessoria e planejamento de soluções autocompositivas, e de **Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – Cejuscs** -, responsáveis pela realização das sessões de mediação e conciliação e de atividades de cidadania, constitui a face operativa que a práxis forense deverá tornar preferencial e antecedente ao processo.

O **Fórum Nacional de Medição e Conciliação**, em seu terceiro ano de existência, participa desse que é um movimento nacional pela solução efetiva e pacífica dos conflitos. O **Fonamec**, composto por representantes dos **Nupemecs** dos 27 Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, busca contribuir, por meio da sensibilidade dos milhares de facilitadores – mediadores, conciliadores, supervisores e instrutores – e dos magistrados coordenadores, para a formulação de uma política pública da autocomposição, predisposto, por força da atuação de seus membros, a tornar efetivas as diretrizes respetivas.

A presente **Revista Eletrônica**, que tenho a honra de apresentar, faz parte dessa política. Em sua primeira edição, conseguiu congregar, em torno da excelência de seu Conselho Editorial, composto por juristas renomados, a experiência de profissionais do direito – dentre os quais, integrantes dos Nupemecs e de Cejuscs - e as principais inquietações de membros da academia sobre alguns dos temas mais instigantes da atualidade, como o acesso à justiça, os métodos não-adversariais de solução de conflitos e a ressignificação do conceito de jurisdição e do processo.

É em reconhecimento à importância e oportunidade dos temas tratados que a **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, por seu Diretor-Geral, o **Des. Ricardo Rodrigues Cardoso**, e sua equipe, em parceria com o **Fórum Nacional de Mediação e Conciliação**, apresenta aos leitores a presente publicação.

Trata-se, sem dúvida, de uma obra valiosa que visa despertar o interesse da doutrina jurídica nacional para esses relevantes temas mais do nosso direito, certo de que a partir de sua leitura surgirão novas inquietações e significativas pesquisas e produção acadêmica sobre os desafios à prestação jurisdicional e à solução pacífica dos conflitos.

Espero, sinceramente, que esta obra alcance as mãos daqueles que nela encontrem sua fonte de inspiração.

Boa leitura a todos!

Desembargador Cesar Cury
Presidente do FONAMEC

Apresentação

Tempos atrás recebi do desembargador Cesar Cury, professor da EMERJ, presidente do Fórum Permanente de Práticas Restaurativas e Mediação e Coordenador da área de mediação da Escola o pedido para contribuir na elaboração de uma revista do Fórum Nacional de Mediação e Conciliação – FONAMEC, entidade sob sua presidência, através do apoio na área de editoração.

Imediatamente, pus-me pronto para atender, mas com o tempo, o que seria apenas um auxílio transformou-se numa parceria da EMERJ/FONAMEC, que muito me honra, mormente porque se trata de uma publicação dirigida a um público ávido de conhecimento nesta área tão atual do direito, que exige da sociedade novos métodos de composição do litígio.

Sempre ouvi, e hoje repito, não haverá justiça sem uma prestação jurisdicional célere. A demora na solução dos conflitos gera incerteza e aflição. Mediação e conciliação são métodos de eficácia comprovada, pelos quais, indubitavelmente, passa a solução do problema da lentidão do processo conflitivo.

Apraz-me contribuir com esta nova revista, que traz para o seu seio artigos de renomados juristas, técnicos e outros operadores do direito, todos buscando contribuir para o debate e solução da questão.

O FONAMEC é o fórum apropriado para este fim e a revista seu instrumento. Portanto, sucesso à esta nova publicação.

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo
Diretor-Geral da EMERJ

Pasado, Presente y Futuro de las Nuevas Tecnologías aplicadas a la Resolución de Conflictos en Latinoamérica

Dr. Alberto Elisavetsky

Introducción

Avance del Comercio Electrónico - ODR

Bases para la comprensión de la Resolución de Disputas en Línea (RDL)

- El Mediador en línea: ¿usuario o proveedor?
- Inclusión y Educación como Política Pública y Responsabilidad Social Corporativa.

Aplicación Social de los Métodos

- YOUSTICE
- RDL, SIMEDIAR – ARGENTINA

Avances sobre su implementación en Latinoamérica y el Mundo.

ARGENTINA

- SALTA
- CORDOBA
- BBUENOS AIRES

ODR y la Prospectiva Internacional. 2017

OTROS PAISES

MEXICO

BRASIL

Próximos Eventos de ODR Online Dispute Resolution / Resolución de Disputas en Línea.

Conclusiones.

Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Desde 1996 el "Centro Nacional de Nuevas Tecnologías Aplicadas a la Resolución de Disputas" de la Universidad de Massachusetts Amherst, focalizó sus investigaciones en explorar distintos caminos que permitan articular la **Resolución de Conflictos** y uso de **Nuevas Tecnologías de Información y Comunicación** para gestionar problemas transfronterizos derivados del comercio electrónico , como su actividad fundante.El grupo de expertos a cargo de las mismas, percibió que, INTERNET generaría la apertura de un espacio comunicacional apropiado para resolver conflictos.

La información referida al antes mencionado Centro puede encontrarse en www.odr.info y quien suscribe este artículo es miembro (fellow) del mismo, cabe destacar que tuve el honor de ser el anfitrión del único Foro Mundial de Online Dispute Resolution/Resolución de Disputas en Línea, que se en Latinoamérica a la fecha, tuvo lugar en Buenos Aires Argentina en el año 2010, desarrollado en español, única oportunidad que no tuvo como idioma oficial el ingles en sus diez y seis ediciones.

En los inicios del segundo milenio, la posibilidad de conectarse a la red de redes estaba limitada a una escasa cantidad de usuarios que no superaba el 5% (cinco) de la población mundial, a su vez la utilización de teléfono celular y tablet era minimo. La sociedad estaba aferrada a rudimentarios y complejos equipos de escritorio.

Transcurridas dos décadas – y el cambio de siglo en el ínterin- el trabajo inicial realizado por estos pioneros es la base para **ODR/RDL** en el seguimiento y actualización del tema en cuestión.

Pocas cosas han cambiado tanto la vida de las personas durante los últimos 44 años como los celulares y, más en concreto, los smartphones o teléfonos inteligentes. En breve la utilización del 5G reducirá el tiempo de latencia (intervalo entre envío y recepción de paquetes de datos), que además de mejorar la experiencia de usuario permitirá el desarrollo de nuevos servicios, entre ellos la Resolución Electrónica de Disputa con mejor calidad.

Las cifras no engañan. Al menos 65% de los argentinos accede a internet y 54% lo hace desde su celular, mientras que 52% de los hogares del país se encuentran conectados por banda ancha, según un informe de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), con respaldo de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) y que reúne los datos de 191 países.

Según la UIT, Argentina es el segundo país de la región con mayor proporción de usuarios de Internet, con 64,7%, sólo superado por Chile (72,4%), y seguido por Uruguay (61,5%) y Brasil (57,6%).

Argentina también se encuentra entre los países latinoamericanos con mayor cantidad de personas conectadas a la banda ancha móvil con 53,6%, por detrás de Brasil (78,1%) y Uruguay (59,8%), y por delante de Chile (50,5%).

El estudio muestra que Argentina ocupa a septiembre de 2015, el cuarto puesto en la región (y el 29 en el mundo) respecto de la cantidad de hogares conectados a la red, con 52%.

Las Tics se han tornado más sencillas y económicas. Internet implica una serie de modificaciones en la nueva **economía digital** relacionada con el Derecho Humano del Consumidor, Derecho Informático, Derecho Económico, Derecho Empresario y Derecho Internacional entre otros. Sin embargo su estudio obliga a analizar interdisciplinariamente la Resolución Apropiada de Conflictos on line.

Es por ello, que ODR LATINOAMERICA www.odrlatinoamerica.com comparte y acompaña el estudio inicial de los científicos de Centro Nacional de Nuevas Tecnologías Aplicadas a la Resolución de Disputas" de la Universidad de Massachusetts Amherst, extendiendo el ámbito a la realidad latinoamericana.

AVANCE DEL COMERCIO ELECTRÓNICO - ODR

El progreso tiene sus fortalezas y debilidades. Las primeras se observan en el incremento del Comercio Electrónico, las segundas en el tratamiento de los conflictos que se suscitan en el espacio virtual.

El reto que asume **ODR LATINOAMERICA** es empoderar a los sujetos que intervienen en este nicho de negocio y/o servicio complejo local o internacional de procesos en tiempo real, adecuados y seguros para resolver razonablemente las disputas. Cuenta para ello con experiencia internacional y un equipo de expertos en resolución electrónica de disputas.

Algunas reflexiones:

Iniciada como experiencia piloto, la **plataforma de ODR/RDL** utilizada en Europa para comercio electrónico, lanzada en el año 2016, lleva gestionados 24.000 casos en tal solo un año desde su lanzamiento. La mayoría de los conflictos surgen de consumos transfronterizos a países de la Unión Europea, sobre todo en el rubro de calzado, indumentaria, billetes aéreos e insumos tecnológicos, entre otros.

Siendo la flexibilidad el eje vertebrador de la resolución de disputas on line, ODR LATINOAMERICA explora la realidad latinoamericana, Brasil, es el país más grande de la región y marca las ratios de comercio electrónico. Al 2014, en una masa de 84 millones de usuarios de Internet, Brasil, supone casi el 35 % de la población digital Latinoamericana y contribuye con un 59% al conjunto del comercio B2C de la región. De todos los usuarios de Internet brasileños, 23 millones realizaron compras on line produciendo en el 2010 unos ingresos a este tipo de comercio por valor de 14,8 billones de reales, ha superado en el 2011 el comercio electrónico de España. Por ello la meta es fomentar la utilización de las **ODR/RDL** en la zona e iniciar la práctica apropiada a dicha cultura y necesidad.

Bases para la comprensión de la Resolución de Disputas en Línea (RDL)

Las herramientas y conceptos aplicados a la resolución de conflictos a través de nuevas tecnologías se denominan en inglés Online Dispute Resolution (ODR), y resolución de disputas en línea (RDL) o resolución electrónica de disputas (RED) en español.

El primer rasgo definitorio de los métodos RDL es su apoyo sustancial en la tecnología en línea, en comparación con los métodos "clásicos" de mediación, negociación y arbitraje "cara a cara".

El segundo rasgo definitorio deriva del primero: gracias al uso de las nuevas tecnologías, los métodos RDL permiten la negociación, mediación y facilitación a distancia, dentro de los métodos llamados no adversariales de resolución de disputas. Dentro de los adversariales el arbitraje y la resolución de neutrales online está haciendo su irrupción en el mundo de los conflictos de consumo y empresariales.

Capitulo independiente y en estudio permanente es la conciliación laboral con las características distintivas, sustentadas en los principios generales de esta rama del derecho y los fundamentos que rigen los RAC conforme la Organización Internacional del Trabajo. Se recuerda que en

nuestra región muchos contratos laborales se celebran en un país para ejecutarse en otro. Lograr un protocolo entre ambos países para resolver conflictos online respetando las líneas directrices jurídicamente hablando es un reto a considerar.

Analicemos el primero: Tecnología en línea se refiere tanto al uso de dispositivos tecnológicos concretos como a la necesaria comprensión del lenguaje virtual. Para utilizar una computadora, por ejemplo, uno debe familiarizarse con sus componentes materiales como el mouse, el teclado, el botón de encendido, el monitor, etc., así como con sus unidades y entornos de funcionamiento: abrir, copiar, pegar, doble clic, el escritorio, los programas, los navegadores etc.

Por otro lado, el lenguaje virtual, aunque está vinculado con los aspectos específicos y las unidades y entornos de funcionamiento, señala hacia el plano simbólico del lenguaje y del procesamiento de la información. El término "autopista de la información" popularizado en Estados Unidos por Al Gore durante la década de 1990, hacía referencia a esta red de sistemas de comunicaciones digitales y telecomunicaciones asociadas y orientadas al transporte global de información y conocimiento.

La barrera principal que se levanta con respecto a la utilización de las RDL/ODR está vinculada a la intangibilidad del espacio donde se gestionan y transforman los conflictos, que al ser virtual muchos usuarios y profesionales encuentran dificultoso concebir que el acuerdo se pueda alcanzar en un "no-lugar" llamado nube.

Cloud computing es una concepción tecnológica y un modelo de negocio en el que se prestan servicios de almacenamiento, acceso y uso de recursos informáticos esencialmente radicados en la red.

La nube es un "no-lugar", como lo denomina Marc Augé, quien acuñó el concepto para referirse a los lugares de transitoriedad que no tienen suficiente importancia para ser considerados como "lugares". Son lugares antropológicos los históricos o los vitales, así como aquellos otros espacios en los que nos relacionamos. Un no-lugar es una autopista, una habitación de hotel, un aeropuerto o un supermercado... Carece de la configuración de los espacios y se lo considera circunstancial, casi exclusivamente definido por el pasar de individuos. No personaliza ni aporta a la identidad porque no es fácil interiorizar sus aspectos o componentes y en ellos la relación o comunicación es más artificial: nos identifica el ticket de paso, un D.N.I, la tarjeta de crédito, el mail o el usuario. Pues bien, la

resolución de conflictos por medio de las nuevas tecnologías se desarrolla en la nube, en un no-lugar, y por ello dificulta la abstracción de los operadores de conflictos que no se han entrenado para ser usuarios digitales avanzados.

La posibilidad de **mediar a distancia** es una ventaja indiscutible en el alcance de la profesión del mediador, además, la existencia de este servicio incentiva a las entidades gubernamentales y legislativas a actualizar sus normativas para crear soluciones unificadas regionalmente adecuadas a las necesidades del escenario global actual, como pueden ser los conflictos derivados del comercio electrónico internacional o en las contrataciones de profesionales residentes en otro punto del planeta, por sólo mencionar unos ejemplos.

¿Cómo salvar las distancias espaciales y culturales?

¿Cómo llegar a un acuerdo cuando las partes en conflicto hablan distintos idiomas? Estas son sólo algunas de las cuestiones que aborda el campo disciplinar de la Resolución de Disputas en Línea.

El mediador en línea: ¿usuario o proveedor?

En cuanto al planteo del subtítulo, es posible afirmar que el mediador en línea es ambas cosas: por un lado, usuario de plataformas y medios tecnológicos idóneos para llevar a cabo los procesos de una mediación electrónica. Por otro lado, es también un gestor entre estos métodos y las partes. El mediador debe ser capaz tanto de utilizar estas tecnologías, como de comprenderlas, para así transformarse en un buen proveedor de soluciones a situaciones contextuales de las redes.

La palabra "prosumidor" o prosumer, es un acrónimo formado por las palabras en inglés productor (productor) y consumer (consumidor). Se trata de un término utilizado en ámbitos muy diferentes. El comportamiento del prosumidor indica tendencias emergentes socioculturales y del mercado, que las organizaciones deben gestionar adecuadamente para adaptarse a los nuevos requisitos sobre sus servicios. El prosumidor es un consumidor exigente, que es capaz de evaluar los pros y contras de la elección de diferentes tipos de tecnología, obteniendo la información por sus propios medios o formación. El mediador en línea profesional debe alcanzar el nivel de prosumidor sobre las plataformas y softwares que utiliza como herramientas.

El mediador, como prosumidor experto, puede ofrecer distintos mecanismos y diferentes respuestas ante las situaciones de las partes y del conflicto. A modo de ejemplo: cuando se desarrolla o licencia un software que permite realizar mediaciones a distancia, se debe pensar en las instancias que tendrá el proceso. De esa manera puede definirse que en una primera instancia, cuando las partes solicitan una mediación online, la misma se realice a través de un proceso asincrónico fuera de línea offline (ejemplo de esto es el case load manager, "administrador de carga del caso"). El siguiente paso puede ser fijar una reunión de mediación virtual que es un episodio sincrónico online. A posteriori y a través de algún mecanismo offline (firma electrónica, intercambio de los documentos por correo) las partes pueden ratificar lo acordado.

Gracias a la versatilidad de las herramientas utilizadas y a la capacidad de adaptación que aportan los consumidores, prosumidores y especialistas a las organizaciones desarrolladoras, las nuevas tecnologías aplicadas a la resolución de conflictos propenden a una gestión más eficaz de los conflictos ahorrando tiempo, distancia y costos.

También es importante destacar que los canales de difusión e información en Hispanoamérica entre profesionales entrenados en la resolución de disputas en línea crecen cada día. En el año 2008 y a la luz de la evolución de la internet 1.0 a la internet 2.0 se creó www.odrlatinoamerica.com, una red social sin fines de lucro que agrupa a la fecha cerca de 5000 profesionales, estudiantes y público en general interesados en descubrir y comprender cuáles son los caminos que pueden seguirse para gestionar y resolver conflictos por medio de las nuevas tecnologías.

INCLUSIÓN Y EDUCACIÓN COMO POLÍTICA PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA.

Aplicación social de los métodos

El problema de la resistencia a la incorporación de estas herramientas en el uso profesional puede tener distintas raíces. Algunas personas disponen de fácil acceso a las últimas tecnologías de información y comunicación y podrían rápidamente, superando la resistencia intelectual o emocional, entrenarse en la utilización de las RDL u ODR para su práctica profesional cotidiana.

Pero también existen razones sociales concretas que constituyen un impedimento al uso de nuevas tecnologías eficaces. Son motivos tanto económicos como de analfabetismo digital, que son más difíciles de superar. Este tipo de problemáticas muchas veces sólo pueden superarse a través de programas organizados que faciliten el acceso a los conocimientos, a servicios asesorados profesionalmente, o a los dispositivos necesarios.

Las nuevas tecnologías pueden facilitar el acceso a la justicia de aquellos que muchas veces encuentran trabas por causas de discriminación, de falta de contención, de recursos o de asesoramiento, entre otras causas. Es ante todo para estos casos que los gobiernos deben ser los facilitadores y garantes de equidad, optando por métodos eficaces, de rápida implementación y versátiles.

A modo de ejemplo: la implementación estatal de tecnología RDL puede permitirle a una señora humilde acercarse en su vecindario a un centro de mediación comunitario. La misma cuenta con la tecnología necesaria para realizar las mediaciones electrónicas por medio de plataformas interactivas profesionales que permiten hasta "caucus virtuales".

No es necesaria una "mega computadora", se trata de tecnología simple y accesible, siempre que se cuente con las plataformas y los profesionales adecuados y entrenados a estos fines. El Capital Humano es imprescindible y por ello la formación en estas habilidades.

En el Centro de Mediación Comunitario, la señora es asistida por un comediador y tiene una reunión interactiva con, por ejemplo, su ex esposo que vive en otro estado o país, él también se encuentra acompañado por otro comediador oficial, y la comunicación virtual les facilita resolver un conflicto sobre el régimen de visitas o alimentos.Con dicho relato puede visualizarse el potencial de estas herramientas aplicadas con profesionalismo, de forma consensuada por medio Entidades Gubernamentales.

Las plataformas profesionales disponibles en el mercado (no se trata de programas de videoconferencias amateurs gratuitos), como la que utiliza ODR es de muy bajo costo e implica una implementación rápida y masiva.

Ellas cumplen con los requisitos indispensables de seguridad informática y de protección de las reuniones virtuales sincrónicas de mediación propiamente dichas.

Obsérvese:

VENTAJAS	DESVENTAJAS
Conveniencia.	Requiere conocimientos de informática.
Versatilidad en los factores de tiempo y lugar.	Equipos, virus, entrenamiento.
Rápido.	Comunicaciones no “cara a cara”
Económico.	Aprendizaje de manejo de las emociones en los entornos virtuales.
Validación de identidad de las partes.	Necesidad de adaptación a la legislación vigente en cada país.
Finalización del acuerdo e intercambio de las partes.	

Apreciando lo expuesto, las bondades superan los obstáculos y algunos de ellos si bien se perciben inicialmente como una contrariedad, al superar el conflicto cognitivo las personas que comienzan a comprender y aplicar en su tarea profesional y laboral los Tics, se sienten actualizadas y con autoestima propicia para auto componer sus conflictos a través de ODR.

YOUSTICE PLATAFORMA DE RDL COMO UN EJEMPLO PARA COMPARTIR, PROYECTO EN FASE INICIAL

Es la primera plataforma global multilingüe dedicada a la resolución de disputas en línea. Fue desarrollada en República Checa y lanzada comercialmente en 2014. Se trata de una aplicación que se integra a las webs de los comercios, y permite gestionar y resolver reclamaciones presentadas online por consumidores. Los reclamos se elevan a través de la web, pero pueden referirse a compras realizadas en línea (e-commerce) o en locales físicos (brick & mortar).

La plataforma funciona de la siguiente manera: el cliente reclama al comerciante, eligiendo una opción de un menú (específico para el sector, por ejemplo: hotelería, comercio, transportes, etc.) con un listado con posibles tipos de problemas. Luego le solicita al cliente que elija de un

segundo menú cuál sería su propuesta para compensar el inconveniente.

Distintas opciones para rotular un conflicto que despliega la plataforma Youstice cuando se eleva un reclamo en línea para el sector de e-commerce.

El equipo del comerciante recibe un nuevo reclamo en su panel privado, revisa los detalles cargados por el cliente y responde. En ese punto del proceso ambas partes pueden cerrar el acuerdo o seguir negociando a través de la plataforma. Si las partes no llegan a un acuerdo, el cliente puede elevar el reclamo a una tercera parte independiente para una decisión.

La parte neutral, el mediador capacitado en RDL, es provisto a través de Centros Proveedores de Servicios de Resolución de Disputas en Línea alrededor del mundo asociados con Youstice. Los mismos cuentan con neutrales calificados y cada comercio puede seleccionar su centro proveedor de servicios de RDL. Esto le permite contar con la opción de una mediación en dos idiomas, por ejemplo, ya que cada proveedor detalla los idiomas que manejan sus neutrales. El centro RDL cuenta también con su propia cuenta dentro de Youstice, desde donde puede administrar los reclamos y asignarlos a cada uno de sus neutrales, realizar un seguimiento de cada caso y establecer cuáles serán los canales a implementarse para lograr el acuerdo entre las partes (por ejemplo: e-mail, reunión en sala de mediación virtual, etc.).

Simediar, es el centro de resolución de disputas de Youstice en Argentina y ODR LATINOAMERICA, a colaborado para la creación de los Centros en Latinoamerica, en cuanto al entrenamiento en el uso de la tecnología y la facilitación en la implementación.

RDL, SIMEDIAR - ARGENTINA

Nuestro proyecto de servicios y capacitación en **RDL, SIMEDIAR**. Es una empresa pionera en el campo de la prevención y gestión de conflictos a distancia y en el uso de las tecnologías del conocimiento y la información en Argentina.

Ofrece opciones rápidas y de bajo costo para resolver conflictos con un equipo interdisciplinario de profesionales en RDL identificados con valores y principios éticos y con vocación de servicio, comprometido en contribuir a la construcción de la paz en la era digital.

SIMEDIAR ofrece servicios de resolución de controversias mediante la administración ética, eficaz, imparcial e independiente de los procedimientos relativos a RDL. También brinda servicios de capacitación y actualización en prevención y gestión de conflictos en línea.

Avances sobre su implementación en Latinoamérica y el Mundo.

Se ha comentado ya la experiencia europea. Ver pág.

ARGENTINA

Salta

Durante el 2012, con el patrocinio de la Ministra de Justicia Dra. María Inés Diez y del Secretario de "Métodos Participativos" Dr. César Rodríguez Galíndez; se suscribió convenio con Red Social www.odrlatinoamerica.com para formar presencial y virtualmente en las "Capacidades de la Cybermediación".

El programa autorizado por Resolución Ministerial 118/12.

Durante su ejecución, se enseñaron holísticamente con materiales didácticos apropiados habilidades tecnológicas en general demostrando la "praxis" del modelo de Mediación Virtual avalado por los expertos docentes que integran ODR.

Más de un centenar de mediadores habilitados en el Registro Provincial,compartió el entrenamiento. Se destaca que, setenta de ellos, especialistas en Mediación Comunitaria replicaron el modelo compartido a sus territorios luego de consensuar peculiaridades y características propias de cada comunidad.

Siguiendo los valores de ODR y, dado el éxito en su ejecución, el modelo se ha replicado en otras provincias a lo largo y ancho de nuestro país.

Cordoba

Con el auspicio de Dirección de Métodos Participativos (Di.M.A.R.C.), con la conducción de la Dra. Débora Fortuna, se adhirió al modelo curricular innovador e itinerante de capacitaciones en RDL/ODR de ODR Latinoamérica.La capacidad y entrenamiento realizado conto con la Homologación conforme Resoluciones 083/2015, 110/2015 y 003/2016 para los mediadores de su registro. Las encuestas han ratificado que los parti-

cipantes han fortalecido la práctica cotidiana, incursionado en entornos virtuales poco conocidos por ellos.

Buenos Aires

La Dirección de Mediación de la Provincia citada, durante la gestión del Dr. Ricardo Bracamonte, incorporó por primera vez la capacitación online en RDL/ODR. A fin de resignificar y potenciar el actual trabajo de los Mediadores Registrados,seconsensuó que la capacitación formara parte de un modelo pedagógico específico para la formación continua. El dictamen es avalado por Disposiciones N**° 535/2015 y** N 652/2015. El desafío fue ampliamente cumplido y el entrenamiento es replicado de diversa manera en los 19 Departamentos Judiciales que conforman la jurisdicción bonaerense.

ODR Y LA PROSPECTIVA INTERNACIONAL. 2017

ODR Latinoamérica unido transitoriamente a "Mediando Metálogos", ambos, con el patrocinio de la Dirección de Mediación dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina, organizaron el "**Programa Internacional de Mediación**". Este proyecto cuenta con la presencia de las más destacadas figuras de la mediación internacional, entre ellas, William Ury, Sarah Cobb, Juan Carlos Vezzulla; Marines Suares y Francisco Diez

Se trata de una serie de cinco encuentros virtuales interactivos donde, interdisciplinariamente, mediadores, profesionales, estudiantes de licenciaturas y posgrados y funcionarios de los distintos Organismos P**úblicos** y Privadosrelacionados con los Métodos Participativos de Resolución de Conflictos de Hispanoamérica, podrán interactuar en tiempo real con estos grandes expositores, potenciando su formación a través de las nuevas tecnologías. Los mediadores registrados cuentan con la homologación pertinente.

La Universidad Nacional de Tres de Febrero de Argentina, cuenta con un Posgrado a distancia, en Resolucion de Conflictos y Nuevas Tecnologias del cual soy el Director, el mismo recorre todas los aspectos requeridos para ser cybermediador, desde legislaciones y plataformas, hasta simulaciones y manejo de emociones en el espacio virtual. http://www.untrefvirtual.edu.ar/oa.php?id=72

OTROS PAISES

Mexico

ODR Latinoamérica ha formado a los mediadores de la Escuela del Poder Judicial de Guanajuato, dirigida por el Maestro Tobías García Tovar.

Ya se trabaja, la mediación transfronteriza interactiva en el Estado de Tamaulipas en cuestiones civiles. Implementan, en algunos casos, **mediaciones** para personas con dificultades de documentación migratoria, llevándose a cabo en el Centro de Mecanismos Alternativos para la Solución de Conflictos, dirigido por el Dr. Roberto Montoya González.

Los acuerdos arribados, no son vinculantes, carecen de "imperium" para ser ejecutados. Lo significativo y solido del proceso, es el respeto a la autocomposición. Cuando las partes consienten comunicarse en una sesión interactiva para zanjar un diferendo, el profesional y experto en Mediación Virtual aplica estrategias y técnicas propias haciendo honor de la esencia del proceso.El respeto inherente a la persona humana, protegido en este Estado, es conteste con la evolución de los Derechos Humanos evidenciado en el "Consentimiento Dialogado".

Los encargados del Proceso, al comprender empáticamente a las partes y explicar las ventajas de la Mediación Virtual: confidencialidad, ahorro de tiempo, costo de traslados, en la mayoría de los casos,cumplen con la función de difundir y educar a la comunidad, logrando en general acuerdos satisfactorios y sustentables en el tiempo.

Brasil

ODR Latinoamérica ha distinguido en el año 2014, con el Premio "Impulsores" durante el desarrollo del Global Mediation Rio, al Ministro Marco Aurelio Gastaldi Buzzi, presidente honorario del FONAMEC. Su gestión y contribución a iniciar el camino de sensibilizar sobre la potencial implantación de las ODR/RDL entiendo que el abrió el camino, luego de facilitarme compartir sobre este nuevo campo disciplinar en el evento antes mencionado.

Algunas de últimas novedades para destacar de ODR/RDL

En enero 2017 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó una Resolución respecto de las Notas Técnicas generadas por el Grupo de Trabajo en ODR de la UNCITRAL. http://odr.info/un-general-assembly--resolution-on-odr/

En febrero de 2017 Leah Wing compilaba en un fantástico artículo los principales Códigos Éticos para la Resolución de Disputas en Línea elaborados a través de los últimos 15 años. Ello se orienta a formalizar una guía sobre cómo llevar el desarrollo global de las ODR. http://odr.info/fantastic-article-from-leah-wing-on-odr-ethical-principles/

En el pasado mes de Marzo, invitado por el Cemajur y el Superior Tribunal de Justicia de Baja California México, presente las últimas novedades en ODR/RDL en la ciudad de Tijuana, donde expertos operadores de conflictos del país, reafirmaron su interés en avanzar en el entrenamiento requerido para que las competencias en ODR/RDL formen parte de la maleta de herramientas de los negociadores, mediadores y conciliadores de la región.

El próximo mes de Julio en la Unesco, Paris Francia se desarrollara el nuevo Foro Mundial de Odr 2017, donde mi panel internacional, analizara estrategias a seguir para la utilización de smatphones y tablets para facilitación de acceso a justica.

CONCLUSIONES

Con el número en constante aumento de usuarios de Internet y de telefonía celular, es consecuente pensar que un amplio espectro de la humanidad puede beneficiarse con la utilización de las RDL/ODR.

Utilizar las nuevas tecnologías de la comunicación y la información para el bien público consiste en construir nuevos caminos versátiles, inteligentes y económicos para la resolución de conflictos.

Tener presente que avanzamos hacia un concepto de la justica o de equidad de la web, donde se presentan muchos espacios grises sobre qué legislación se debe aplicar. Por ello la creación de centros virtuales institucionales de resolución de conflictos donde la figura del tercero neutral de prestigio sea la garantía de trasparecería en la gestión y transformación de los conflictos, abre un puerta importante para fortalecer o avanzar en nuevas competencias profesionales.

La utilización de las nuevas tecnologías de información y comunicación para la prevención, gestión y transformación de conflictos coadyuvara sin lugar a dudas, al desarrollo de la profesión de mediador u operador de conflictos, permitiendo que adquieran nueva fuentes de ingresos al poder llegar con estos métodos a oponentes en conflicto lejanos geográficamente que requieran de profesionales capacitados sin importar su lugar de residencia.

La mediación privada encuentra también un mecanismo alterno de oferta de servicios que facilitara la autosustentabilidad de la actividad mediadora, posibilitando el afianzamiento en la sociedad, para conflictos que van desde consumo a sociales, pasando por familiares y empresariales.

Se están desarrollando plataformas en distintos lugares del planeta que abordan a todos o algunos de los conflictos recién descriptos, evolucionando principalmente a la utilización intensiva de smartphones y tabletas, es un requisito indispensable para el mediador formarse y entrenarse en el campo de las Online Dispute Resolution /Resolucion de Disputas en Linea y estas competencias deben formar parte sin dudarlo de todo programa de formación en resolución de conflictos, nadie puede hoy titularse como mediador, sin conocer la aptitudes queridas para ser cybermediador. •

BIBLIOGRAFÍA

AUGÉ, M. "Los no lugares. Espacios del anonimato. Antropología sobre la modernidad", 1993, Barcelona: Gedisa.

KATSH, E. &RIFKIN, J. "Online Dispute Resolution: Resolving Disputes in Cyberspace", 2001, San Francisco: Jossey-Bass.

KATSH, E., MOHAMED S. A. W., RAINEY, D. "Online Dispute Resolution: Theory and Practice", 2012, Holanda: Eleven International Publishing.

A Mediação Extrajudicial e a Relevância da Polícia para Resolução Consensual de Conflitos

Anderson de Paiva Gabriel

Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Anteriormente, atuou como Delegado de Polícia do Estado do Rio de Janeiro (2010-2017) e como Delegado de Polícia do Estado de Santa Catarina (2009-2010). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2008), especialização em Direito Público e Privado pelo Instituto Superior do Ministério Público (2010), especialização em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá (2010) e especialização em Gestão em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2011).

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar a mediação e a conciliação, enquanto métodos históricos de resolução consensual de conflitos, realçando a dimensão que alcançam hodiernamente em nosso ordenamento. A implementação da mediação na esfera extrajudicial potencializa a pacificação social, contribuindo para a superação da crise do Judiciário ao minimizar o número de processos judiciais. Destacar-se-á o papel de outras instituições, em especial a polícia judiciária, que por sua proximidade com a população e relevância social, poderá ampliar a resolução consensual dos conflitos, sanando-os próximo ao seu nascedouro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Processo. Mediação e Conciliação. Novo Código de Processo Civil. Lei de Mediação. Mediação extrajudicial. Polícia. Crise do Judiciário.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Mediação e a Conciliação. 3. A Mediação no Novo Código de Processo Civil e na Lei da Mediação 4. A Mediação pela Polícia. 5. Considerações Finais. 6. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A jurisdição sempre foi vista no Brasil como o principal mecanismo estatal de resolução de conflitos, e dentro do cenário de litígios em massa em que vivemos, desembocamos na atual crise enfrentada pelo Poder Judiciário, em que o elevado número de processos comprometeu a sua duração, retardando o julgamento final.

Por outro lado, não se pode ignorar que o processo, para seu legítimo desenvolvimento, deve atender a uma série de garantias, dentre as quais se destaca o contraditório (hoje sob a vertente participativa), tanto no processo civil quanto no penal (e até mesmo nos procedimentos administrativos), e atender a tais exigências é uma necessidade do Estado Democrático de Direito, além de ser a única forma de se obter um processo justo.

Nesse contexto, emergiram os meios alternativos de resolução de conflitos, como verdadeira panacéia para o Judiciário, ao possibilitar a efetiva pacificação e diminuir o número de litígios a se arrastar em juízo. O fenômeno, contudo, não é privilégio tupiniquim. Pelo contrário.

Na obra do processualista italiano Mauro Cappelletti, que se dedicou a estudar o acesso à Justiça, observa-se a inserção dos aludidos meios em uma vertente própria da chamada "Terceira Onda Renovatória" do direito processual. No Direito norte-americano, por sua vez, doutrinadores como Lon Fuller[1], Roger Fischer[2] e Katherine Stone[3] reverberaram as lições de Cappelletti.

Assim, houve um crescimento vertiginoso nos sistemas de *commom law*, como no Canadá, Inglaterra e Estados Unidos desde a década de 70. No sistema europeu, a política de valorização da solução consensual de conflitos entrou na ordem do dia na *European Judicial Area,* desencadeada a partir da edição da Diretiva 52, de 21 de maio de 2008, pelo Parlamento Europeu, oriunda da recomendação fundamental lançada em 1998

1 FULLER, Lon. Mediation: its forms and functions, 44 S. Cal. Law Review, 305, 1971; *The forms and limits of adjudication*, 92 Harvard Law Review, 353, 1978.

2 FISCHER, Roger and William URY. *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving*. Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

3 STONE, Katherine V. W. *Private Justice: the law of alternative dispute resolution*. New York: Foudation Press, 2000.

(98/257/CE) e em 2001 (2001/310/CE), obrigando cada Estado-membro a refletir, inserir ou criar textos legais que contemplem mecanismos de solução amigável dos conflitos, o que gerou uma série de alterações significativas nos ordenamentos nacionais de muitos países-membros.

Independentemente das diferenças nos estágios de desenvolvimento da mediação, tanto nos países que adotam o sistema *common law* quanto naqueles em que se adota o sistema *civil law*, as preocupações convergem a um ponto comum: a utilização da mediação como a solução para os problemas enfrentados pela administração pública, especialmente pelos Tribunais, respaldando o intento de acesso à justiça.

No Brasil a mediação começou a ganhar forma legislativa em 1998, mas foi em novembro de 2010, quando o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125, que as atividades de conciliação e mediação judiciais foram regulamentadas, alcançando seu ápice em 2015, com a promulgação do novo Código de Processo Civil, em cujo bojo se encontram diversas disposições abordando o instituto em tela e incentivando seu uso, e com o advento da Lei nº 13.140/15, denominada "Lei da Mediação".

A utilização da mediação para resolução de conflitos é especialmente interessante no caso de relações continuadas, questões familiares, condomínios, vizinhos, colegas de trabalho, infância e juventude e relações em que haja afeto entre as partes, pois permite a preservação do vínculo ao tratar o conflito como parte do histórico das partes e não como um fenômeno isolado, ampliando o auto-conhecimento de todos e envolvendo-os na solução do litígio.

Assim, a mediação pode proporcionar a resolução de um conflito de uma maneira alternativa, por vezes mais rápida e mais barata, através de um procedimento simples (se comparado com os que se submetem à jurisdição), ao possibilitar que as partes analisem suas perspectivas através de um panorama mais amplo de possibilidades e não precisem levar em conta somente o que a legislação determina. Isto é, a mediação confere maior autonomia para as partes envolvidas alcançarem um consenso capaz de pacificar o conflito, destacando-se ainda a confidencialidade que abrange o procedimento e a maior efetividade do acordo obtido através da mediação, por ter sido construído em conjunto e não imposto.

Malgrado os esforços enveredados para implementação na esfera judicial, verifica-se a relevância do fomento da mediação extrajudicial, como medida apta a contribuir para a superação da crise do Judiciário

ao minimizar o número de processos judiciais, permitindo uma prestação jurisdicional mais adequada nas contendas que não comportarem resolução consensual.

O processo penal não se encontra apartado dessa premissa, pelo contrário, tem muito a ganhar com o fomento da mediação extrajudicial, em especial nos crimes de ação penal privada e ação penal pública condicionada, em que a deflagração da persecução penal depende da iniciativa da vítima.

Noutro giro, ainda que se trate de um crime de ação penal pública incondicionada, muitas vezes há um conflito que antecede o delito, cuja resolução é uma exigência do Estado Democrático de Direito e do princípio da dignidade da pessoa humana que o fundamenta. Contribui-se, assim, para prevenção de novas infrações penais derivadas daquele embate. Ademais, observa-se que é frequente a afirmação de que a vítima tem sido objeto de um frequente esquecimento no processo penal, quando deveria ser também uma das protagonistas.

Lorenzo Vadell, ao analisar a situação na Espanha, afirma que tal fato não ocorre tanto:

> *[...] no processo penal espanhol porque a figura da acusação particular permitiu um largo acesso dos ofendidos ou prejudicados pelo crime, numa posição processual separada e independente do Ministério Público, portanto, como possibilidade de propor ao juiz pretensões diversas, e até contrárias, a aquelas defendidas pela acusação pública. Mas nas derradeiras reformas tem sido alargada ainda mais a obrigação de fornecer informações sobre o processo, incluso as vítimas que têm decidido não comparecer como partes processuais. À margem disso, a tendência da que estou a falar, realmente procura uma desjudicialização, ou seja, não tanto uma participação da vítima no processo, quanto uma solução do conflito sem processo, uma composição dos interesses da vítima e do arguido sem necessidade de pôr em funcionamento o caro e lento mecanismo público de solução de conflitos que até agora havia tido a exclusividade no âmbito penal. Mas podem ter razão os partidários disso também quando afirmam que desta maneira não somente se atingem os objetivos par-*

> *ticulares das partes, senão também as finalidades públicas da conservação e restauração da paz social, e inclusive, de reinserção social do delinquente.*[4]

O autor destaca ainda que a Recomendação nº (99) 19 do Comitê de Ministros do Conselho de Europa, definiu a mediação como:

> *[...] todo procedimento que permite à vítima e ao delinquente participar ativamente, se livremente assim o consentem, na resolução das dificuldades derivadas do crime, com a ajuda de um terceiro independente (mediador)" e que "a Decisão--quadro 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, no artigo 10 obriga aos Estados-membros a esforçarem-se por promover a mediação nos processos penais relativos às infrações que consideram adequadas para este tipo de medida e também por assegurar que possam ser tidos em conta quaisquer acordos entre a vítima e o autor da infração, obtidos através da mediação penal.*[5]

O CPC/2015 manteve os mesmos fundamentos do movimento reformista iniciado na década de noventa, em busca da concretização do acesso à justiça[6], especificamente, da terceira onda renovatória preconizada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, acolhendo o interesse pacificador estampado na política nacional para o tratamento adequado dos conflitos, de forma a albergar a mediação e a conciliação.

Nesse sentido, já no primeiro capítulo, que institui as normas fundamentais para o processo, lança-se luz sob o tema no art. 3º, §2º e 3º do CPC/2015. Aqui, inclusive, reside a semente de nossa reflexão. Observa-se que, consoante o §2º do CPC/2015, o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos[7]. Gize-se que o diploma legal

4 VADELL, Lorenzo M. Bujoso. Direito Processual Penal: novas orientações. In: DIDIER Jr., Fredie (coord.). *Teoria Geral do Processo: panorama mundial*. v. 2. Bahia : Ed. JusPodivm, 2010, pp.519-520.

5 O legislador português já cumpriu a obrigação de desenvolver esta disposição no direito interno com a Lei 21/2007.

6 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v 8, disponível em http://www.redp.com.br.

7 SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O novo código de processo civil brasileiro (projeto de lei nº 8046/2010), a Mediação e a conciliação: meios complementares de tratar conflitos para uma outra jurisdição? In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SANTANNA, Ana Carolina Squadri; SOBREIRA, Eneisa Miranda Bittencourt; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa (organizadores). *Mediação judicial e garantias constitucionais.* Niterói : PPGSD – Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, 2013.

atribui tal encargo ao Estado e não ao Poder Judiciário, o que evidencia que os demais órgãos do Estado, entre os quais poderíamos citar a polícia, deverão ter tal premissa estabelecida em sua dinâmica de atuação.

Sepultando qualquer dúvida, o §3º do CPC/2015 estabelece que a mediação/conciliação deverá ser estimulada pelos juízes, advogados, defensores e promotores, inclusive no curso do processo[8]. Ora, se a solução consensual deve ser fomentada inclusive no curso do processo, por óbvio que também deverá ser incentivada e buscada antes do início do processo.

Isto posto, todos os operadores do Direito devem, antes mesmo da propositura de uma ação (a nosso sentir, tanto cível quanto penal, em especial quando esta for privada ou pública condicionada), deverão enveredar esforços para buscar mediar o conflito e obter uma solução consensual, preservando, assim, o Poder Judiciário de processos que sequer precisariam ter sido iniciados.

Assim como o direito penal deve ser visto como a *ultima ratio*, no tocante à proteção dos bens jurídicos mais importantes, o processo (judicial) também deve ser visto como o último recurso no tocante ao conflito, ou seja, a jurisdição, que hoje é vista como a principal via (se é que não é vista ainda como a única) estabelecida pelo direito para a resolução de conflitos, deveria se tornar o último instrumento a se lançar mão.

Os mecanismos de solução alternativa não podem substituir a jurisdição, mas sim configurar mais uma possibilidade posta à disposição dos litigantes, já que, dependendo do tipo e natureza de litígio que se apresenta, a mediação, pode sim ser mais adequada, uma vez que permite a revelação do drama humano[9] que existe por trás da disputa jurídica, possibilitando o enfrentamento da causa e não do efeito do conflito, pacificando-o de maneira verdadeiramente efetiva[10]. Na lição de Humberto Dalla[11], o Poder Judiciário deve ter o monopólio da função jurisdicional, mas não da Justiça, e nem se confundir com ela.

8 PANTOJA, Fernanda. *A Mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

9 Pontifica José Renato Nalini, abordando a figura da conciliação: "É, no entanto, extremamente importante a tentativa conciliatória. Bem-sucedida, faz com que se alcance a paz social, que é objetivo fundamental da sociedade brasileira. O acordo reveste aspecto psicológico bastante válido: a convicção das partes de que se acertaram espontaneamente, fazendo prevalecer o bom-senso, o desapego, na luta contra a intransigência e o egoísmo". (*O juiz e o acesso à justiça*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.134).

10 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública,* Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.76. Para ele, a conciliação, um dos instrumentos que informam a operosidade, é um elemento fundamental para alcançar o efetivo acesso à justiça.

11 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p.800, *et seq*.

Por fim, corroborando a tese aqui defendida, isto é, da necessidade de se desenvolver a mediação extrajudicial, o art. 175 do Código de Processo Civil de 2015 determina que outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, poderão ser regulamentadas por lei específica[12], evidenciando que o mandamento insculpido no art. 3º, §2º e imposto ao Estado, como um todo, deve ser cumprido. E a referida Lei, inclusive, já foi promulgada. Trata-se da Lei nº 13.140/15, denominada "Lei de Mediação", no bojo da qual a mesma é disciplinada[13].

Qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes e seja capacitada, poderá funcionar como mediador extrajudicial, nos termos do art. 9º, prevendo a referida Lei, ainda, que os órgãos e entidades da administração pública poderão criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas.

Como forma de se fomentar a realização da mediação extrajudicial e proteger aqueles que a ela se dedicarem, a lei em tela assegurou aos servidores públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, que estes somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

Diante do exposto, a missão de pacificar os conflitos não pode se restringir mais ao Judiciário, que deve se tornar o último recurso, através do processo. No mesmo sentido, entendemos que a mediação judicial, nos termos preconizados pelo Código de Processo Civil de 2015, também deve ser vista como residual, devendo preponderar a mediação extrajudicial, prévia ao processo.

Cabe salientar, por oportuno, que são títulos executivos judiciais tanto a decisão homologatória de autocomposição judicial quanto a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza, conforme art. 515, incisos II e III do CPC/2015.

Por sua vez, o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advo-

12 PAUMGARTTEN, Michele. *Os desafios para a integração das práticas conciliatórias no novo processo civil*. In: Revista de Processo, vol. 247/2015, p. 475-503.

13 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; et al. *O marco legal da mediação no brasil: comentários à Lei nº. 13.140 de 26 de junho de 2015*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

gados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal, configurará título executivo extrajudicial, nos termos do art. 784, IV do mesmo diploma.

Aqui, registramos lamentação por ter se deixado de inserir no citado rol de operadores do direito aptos a referendar a transação o Delegado de Polícia, o que impede a formação do título executivo extrajudicial nas mediações por ele presididas e demanda o encaminhamento do acordo ao Poder Judiciário para homologação e formação de título executivo judicial.

Embora o advento do novo Código de Processo Civil seja uma grande conquista, ele é apenas um passo a caminho da concretização do Estado Democrático de Direito e da busca por um processo justo, em que vigorem na sua plenitude todas as garantias constitucionais. Torna-se necessário, para tal mister, diminuir a avalanche de processos que assola o Poder Judiciário e dificulta uma tutela mais efetiva e adequada dos direitos, o que exige o fim do protagonismo irrestrito da jurisdição na resolução de litígios e o início da cooperação dos demais órgãos do Estado na pacificação dos conflitos[14].

Demanda-se, assim, mais que uma nova lei, uma verdadeira virada cultural, que deve começar obrigatoriamente pelos operadores do direito. Assim, necessária uma mudança paradigmática também dos advogados, defensores, promotores, delegados... Todos devem incentivar e buscar a resolução consensual dos conflitos antes mesmo do processo judicial se iniciar.

Embora os denominados "Termos de Ajustamento de Conduta" (previstos no art. 5º, §6º da Lei 7.437/85), no plano da tutela coletiva, sejam ferramentas extrajudiciais excepcionais e adequadas para tal fim[15], verifica-se que tão somente o *Parquet* exerce com maestria seu múnus, celebrando inúmeros Termos de Ajustamento (TAC)[16] em favor da sociedade, a despeito das Defensorias Públicas, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedade de economia mista também possuírem legitimação para realização desse tipo de acordo.

14 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; Desafios para a Integração entre o Sistema Jurisdicional e a Mediação a Partir do Novo Código de Processo Civil. Quais as Perspectivas para a Justiça Brasileira? In: REZENDE, Diogo; PELAJO, Samantha; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; *A mediação no novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

15 MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público e a defesa do regime democrático*. Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_138/r138-07.pdf>. Acesso em: 23 de jun. de 2007.

16 RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. 4.ed, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

É certo, contudo, que a iniciativa, também no âmbito do Ministério Público, deveria se espraiar, sempre que possível fosse, para a esfera criminal e para as demandas individuais de natureza cível.

Intenso debate doutrinário vem se construindo em torno dos limites à realização da mediação, sendo que a previsão legal insculpido no art. 3º da Lei 13.140/15 estabelece que será possível nos conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou mesmo nos direitos indisponíveis que sejam transacionáveis (nesta última hipótese, exigir-se-á a oitiva do Ministério Público e a homologação judicial).

No âmbito criminal, a limitação estaria relacionada a natureza da ação penal, sendo pacífica a plena admissibilidade nos casos de ação penal privada e condicionada à representação (face ao disposto na Lei 9.099/95). Na hipótese de ação penal pública incondicionada, há certa divergência, contudo, a nosso sentir, a melhor interpretação é pela admissão, por possibilitar a resolução de conflitos que muitas vezes antecedem o delito, o que enseja a prevenção de novas infrações penais deles derivadas. Atende-se, assim, aos anseios da justiça restaurativa[17].

Insta salientar que a ONU elaborou recomendações para o desenvolvimento da justiça restaurativa nos Estados membros, por meio das Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12.

A Justiça Restaurativa objetiva superar o modelo de sistema penal tradicional, que se lastreia na ideia de retribuição, tendo cunho punitivista. Sob essa ótica, o crime é uma violação contra o Estado e seu ordenamento. Para a concepção da Justiça Restaurativa[18], o delito atenta contra pessoas e relacionamentos, e sua superação demanda medidas definidas pelas pela vítima, ofensor e comunidade, que são afetados direta e indiretamente pelo conflito.

Segundo a Resolução ONU 2002/12[19]:

> *[...] a justiça restaurativa evolui como uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades, focando*

17 ZEHR, H. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tônia Van Acker (Trad.). São Paulo: Pala Athenas, 2008, p.170-171.

18 SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal - O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2007.

19 Disponível em: http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf, último acesso em 19/09/2016.

> *o fato de que essa abordagem permite que as pessoas afetadas pelo crime possam compartilhar abertamente seus sentimentos e experiências, bem assim seus desejos sobre como atender suas necessidades [...]*

Enfatiza-se que:

> *[...] essa abordagem propicia uma oportunidade para as vítimas obterem reparação, se sentirem mais seguras e poderem superar o problema; permite aos ofensores compreenderem as causas e consequências de seu comportamento e assumir responsabilidade de forma efetiva, bem assim possibilita à comunidade a compreensão das causas subjacentes do crime, para se promover o bem-estar comunitário e a prevenção da criminalidade [...].*

Noutro giro, reconhece-se que "[...]a utilização da justiça restaurativa não prejudica o direito público subjetivo dos Estados de processar presumíveis ofensores[...]". Ainda sob a ótica da referida normativa, cabe trazer os conceitos estabelecidos, sendo que:

> *Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*).*

Todos os órgãos estatais já deveriam estar disciplinando a realização da mediação pelos seus membros, organizando cursos e reciclagens a fim de preparar seus profissionais para esses novos desafios, como o Judiciário vem fazendo, mas não é o que se tem visto, com algumas notáveis exceções.

Nesse sentido, não podemos deixar de destacar a Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, cujos dois primeiros artigos se amoldam com perfeição ao que defendemos também para as demais instituições. Os referidos dispositivos instituem a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do *Parquet*, objetivando

assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição.

Assim, visando implementar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, de forma a possibilitar a disseminação da cultura de pacificação, a redução da litigiosidade, a satisfação social, o empoderamento social e o estímulo de soluções consensuais, determina-se a adequada formação e treinamento, acompanhamento estatístico específico, revisão periódica e o aperfeiçoamento da Política Nacional, bem como a valorização do protagonismo institucional na obtenção de resultados socialmente relevantes que promovam a justiça de modo célere e efetivo.

Iniciativas como a acima descrita são dignas do Estado Democrático de Direito e colaboram para que se alcance a plena cidadania, por facilitar a concretização de direitos e a paz social, devendo ser acolhidas e implementadas por outros órgãos do Estado.

A mediação pela polícia, inclusive, já encontra amparo no campo internacional. Diversas instituições policiais dos Estados Unidos já vêm implementando algum tipo de programa de mediação e, nesse sentido, poderíamos citar Hillsboro (Oregon), Pittsburgh (Pensilvânia)[20], Denver (Colorado)[21], Portland (Oregon), Seattle (Washington) e Pasadena (Califórnia)[22]. O fenômeno é tema, ainda, de diversos artigos e obras da doutrina estrangeira, como, por exemplo, da autora americana Maria R. Volpe.[23]

No Brasil, conquanto o novo Código de Processo Civil não ter abarcado em seu art. 3º, §3° a figura do Delegado de Polícia, deixando de lhe

20 COOPER, Christopher C. *Conceptualizing mediation use by patrol police officers.* Washington, 2003. Disponível em: http://www.cjcj.org/uploads/cjcj/documents/conceptualizing_mediation_use_by_patrol_police_officers.pdf - acesso em 18 nov. 2015.

21 PROCTOR, Jon L. Management. ROSENTHAL, Richard. *Denver's Citizen/Police Complaint Mediation Program: A Comprehensive Evaluation.* Disponível em: https://www.denvergov.org/Portals/374/documents/Mediation_Journal_Article_2-24-09.pdf - acesso em 18 nov. 2015.

22 CLARO, Raquel Filipa Soares. *Mediação de Conflitos: estudo de caso na Polícia Municipal do Porto.* Porto, 2012. Disponível em: http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/3396/3/T-21605.pdf - acesso em 18 nov. 2015.

23 VOLPE, Maria R. Mediation in the Future of Policing, http://www.mediate.com/articles/VolpeFutures.cfm, May 2015, acesso em 18/11/2015. VOLPE, Maria R. *"Police as Conflict Resolvers" in The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice* [ed by Morton Deutsch, Peter Coleman and Eric Marcus], 2014. VOLPE, Maria R. "Police and Mediation: Natural, Unimaginable or Both" in Moving Toward a Just Peace: The Mediation Continuum [ed by Jan-Fritz] Springer (The Netherlands), 2014. VOLPE, Maria R. "Police Mediation: Research Survey Themes"[with N. Phillips] in *Dispute Resolution:Managing Conflicts in Diverse Contexts*, ed by N. Phillips and S. Strobl, NY: CUNY Dispute Resolution Center, 2006. VOLPE, Maria R. L'uso della mediazione da parte delleforze di polizia [with N. Phillips], in *La mediazione come strumento di intervento sociale*, ed by L.Luison. Milano, Italy: Franco Angeli,2006. VOLPE, Maria R. "Police Mediation" Law Enforcement Encyclopedia, Sage, 2005. VOLPE, Maria R. "P*olice Use of Mediation" [with N. Phillips] Conflict Resolution Quarterly*, Winter 2003, V 21, Nº 2.

atribuir expressamente o dever de estimular a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, acreditamos piamente que a polícia civil, enquanto órgão estatal, é alcançada pelo mandamento insculpido no art. 3º, §2º, posto ser este dirigido ao Estado.

A inexistência de menção expressa talvez decorra do fato do código ser voltado para o processo civil, contudo, há que se reconhecer que a polícia é o maior receptor de conflitos sociais. E aqui, além de ressaltarmos a interseção existente entre os diferentes ramos do processo, devemos destacar que são muitas as questões cíveis que são apresentadas nas delegacias de polícia (no Rio de Janeiro, são comuns os chamados registros de "fato atípico" ou de "medida assecuratória de direito futuro"), como verdadeiro ato preparatório para o ajuizamento de uma ação cível (frequentemente, sob orientação de advogados ou encaminhamento de defensores públicos).

Como se não bastasse tal fato, a própria Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público reconhece que

> *na área penal também existem amplos espaços para a negociação, sendo exemplo o que preveem os artigos 72 e 89, da Lei nº 9.099/1995 (Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais), a possível composição do dano por parte do infrator, como forma de obtenção de benefícios legais, prevista na Lei nº 9.605/1998 (Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), a delação premiada inclusa na Lei nº 8.137/1990, artigo 16, parágrafo único, e Lei nº 8.072/1990, artigo 8º, parágrafo único, e a Lei 9.807/1999, e em tantas outras situações, inclusive atinentes à execução penal [...]*

Fato é que, inegavelmente, as delegacias configuram verdadeiros para-raios de conflitos (os quais são inerentes à condição humana), sendo o primeiro lugar para onde o cidadão envolvido em um embate se dirige, até em virtude da dificuldade em se distinguir entre um simples ilícito civil e um ilícito criminal (muitas vezes, até para os operadores do direito, os limites são tênues).

Assim, disputas familiares, acidentes de trânsito, brigas entre vizinhos, divergências condominiais, problemas conjugais, crises provocadas por um familiar envolvido com álcool ou drogas, desacordos comerciais,

lesões ao consumidor, dentre outros exemplos[24], frequentemente tomam os saguões das unidades de polícia judiciária, sendo que muitas vezes os envolvidos comparecem espontaneamente buscando dirimir a crise instaurada ante a figura da autoridade policial, ou são conduzidos pela polícia militar com tal fim.

Se no âmbito exclusivamente cível já haveria um campo fértil para os delegados de polícia mediarem conflitos, quiçá na esfera criminal. Parcela extremamente significativa dos crimes que são noticiados nas delegacias são de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada, sendo possível a solução consensual, sendo que dentre os crimes de ação penal pública incondicionada, nos quais, em tese, seria incabível a composição, muitos são infrações de menor potencial ofensivo, e é cediço que muitos Juizados Especiais Criminais (JECrim´s) vêem a obrigatoriedade da ação penal de forma mitigada nos casos em que já houve a pacificação do conflito.

Merecem citação algumas infrações penais que, sob essa ótica, possibilitariam que o delegado de polícia buscasse mediar o conflito, submetendo eventual acordo obtido a posterior homologação judicial (com prévia oitiva do Parquet): Ameaça (art. 147 do CP), Lesão Corporal Leve (art. 129 do CP), Dano (art. 163 do CP), Calúnia (art. 138 do CP), Difamação (art. 139 do CP), Injúria (art. 140 do CP), Esbulho possessório (art. 161 do CP), Lesão Corporal na Direção de Veículo Automotor (art. 303 do CTB), Vias de Fato (art. 21 da LCP), Perturbação do Sossego (art. 42 da LCP), Perturbação da tranquilidade (art. 65 da LCP), bem como os crimes contra o patrimônio cometidos em prejuízo do cônjuge desquitado ou judicialmente separado, de irmão e de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita (ar. 182 do CP), entre outros[...].

No mesmo sentido, pelas características que envolvem a relação entre autor e vítima nos crimes em que é aplicada a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), a mediação também encontra ampla aplicação. Ressalte-se que não ignoramos que o crime de violência doméstica, insculpido no art. 129, §9º do CP, quando resultante de violência doméstica contra a mulher, é considerado pelos tribunais superiores como de ação penal pública incondicionada, contudo, o delito de ameaça, por exemplo, continua sujeito à representação, bem como os crimes contra honra, cuja ação permanece sendo privada, possibilitando a mediação.

24 SPENGLER, Fabiana Marion; GIMENEZ, Charlise P. Colet. *O resgate da comunidade e o papel da mediação comunitária na sociedade globalizada e individualista*. In: Spengler, Fabiana Marion (Org.). Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa. Curitiba: Multideia, 2013.

No tocante aos crimes de ação penal pública incondicionada, a efetiva pacificação do conflito, independente da aplicação de pena que se seguirá, já é por si só razão suficiente para o uso da mediação na busca pela harmonia social. Com efeito, logra-se impedir que novos crimes derivem da desavença inicial.

O êxito dessa iniciativa pode ser multiplicado caso o legislador venha a prever instrumentos que flexibilizem a pena à luz da pacificação social. Nesse sentido, o art. 4º da Lei 12.850/13 possibilitou que o juiz, a requerimento das partes, conceda o perdão judicial, reduza em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substitua-a por restritiva de direitos, quando ocorrer a chamada "colaboração premiada" de investigado envolvido com organização criminosa. Por que não estabelecer dispositivo similar para hipótese em que houver a efetiva pacificação do conflito entre vítima e acusado? Assim como ocorre na referida colaboração, propugnamos pela possibilidade de acordo restaurativo, que ocorrerá mediante mediação do delegado de polícia, envolvendo o investigado e a vítima, com participação do defensor e do Ministério Público, ou, conforme o caso, diretamente pelo Parquet. Rogamos que o legislador em breve empreenda iniciativa com tal diretriz.

O delegado de polícia, *in casu,* pode assumir tanto a figura do mediador quanto a de conciliador, sendo que, em muitos casos, a figura de autoridade, isto é, de um terceiro isento, é justamente o que falta para superação dos enfrentamentos e das picuinhas que costumam envolver certos conflitos, possibilitando o início do diálogo e a resolução consensual.

Dessa forma, evidente que os policiais e, em especial os delegados, já exercem, ainda que de maneira precária ou informal, a função, sob certo aspecto, de mediadores. Imperioso nos parece, contudo, que tal papel, à luz do novo Código, seja institucionalmente assumido e fomentado, buscando se qualificar o contingente policial para tal atuação, através de cursos e reciclagens.

A mediação pode e deve ser iniciada nas delegacias, inclusive, por ser comum que ambas as partes estejam presentes no momento em que vai ser confeccionado o registro de ocorrência, seja por terem comparecido espontaneamente, seja por terem sido conduzidas.

Hoje, muitas vezes, apenas se faz a oitiva em separado dos envolvidos, limitando-se a questionar se há ou não o desejo de representar. Contudo, há que se passar a buscar mediar o conflito ou conciliar as partes,

evitando a contenda e alcançando uma efetiva pacificação. Interessante medida seria a criação de salas de mediação nas delegacias de polícia (e por que não nas promotorias de investigação penal, defensorias e escritórios de advocacia), maximizando a mediação extrajudicial e possibilitando a resolução consensual antes mesmo de deflagrado o processo jurisdicional.

Pioneira iniciativa nesse sentido foi realizada pela Polícia Civil de São Paulo, antes mesmo do advento do CPC/2015, merecendo nossos aplausos. Trata-se da criação dos chamados "Núcleos Especiais Criminais" ("NECRIM´s"), sendo que o primeiro foi instalado no ano de 2010 na região de Bauru, e hoje já são pelo menos 38 em funcionamento no Estado[25].

Os núcleos implantados destinam-se a mediação de conflitos relacionados a crimes de menor potencial ofensivo, realizando-se sessões presididas por um delegado de polícia, auxiliado por uma equipe vocacionada e habilitada, nas quais as partes são chamadas para se buscar a resolução consensual do conflito, isto é, um acordo, que uma vez obtido, é encaminhado ao Judiciário para homologação (com a prévia oitiva do Ministério Público).

Dessa forma, os NECRIM´s desafogam o Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que agilizam a resolução dos conflitos, contribuindo sobremaneira para a efetiva pacificação social. Segundo dados da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, somente no 1º semestre de 2015, foram realizadas 8.863 audiências, com 7.891 conciliações (89% das audiências com acordos), enquanto que em 2014, logrou-se atingir 91% de casos solucionados (19.405 audiências, com 17.585 conciliações)[26]. Cria-se, portanto, a figura do Delegado de Polícia Conciliador, capaz de solver os conflitos da população de forma célere, o que não acontece quando as partes procuram o Poder Judiciário, devido à grande quantidade de processos[27].

Ressaltando a relevância da mediação levada a efeito pelos delegados de polícia nesses núcleos, cabe trazer à baila as assertivas de Clovis Rodrigues da Costa[28]:

25 Notícia divulgada no Portal da Polícia Civil de São Paulo. Disponível em: <http://www.policiacivil.sp.gov.br/portal/faces/pages_noticias/noticiasDetalhes?collectionId=3584125652210046 98&contentId=UCM_017851&_afrLoop=4898037372216 17&_afrWindowMode=0&_afrWindowId=null#!%40%40%3F_afrWindowId%3Dnull%26collectionId%3D3584125652210046 98%26_afrLoop%3D4898037372216 17%26contentId%3DUCM_017851%26_afrWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dclvhp4cif_199>. Acesso em: 17 nov. 2015.

26 Notícia divulgada no Portal da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo. Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/noticia/lenoticia.aspx?id=36473>, acesso em: 17 nov. 2015.

27 ANGERAMI, Ana Carolina. *Núcleo Especial Criminal – Necrim - Atuação da Polícia Civil na Resolução de Conflitos.* Disponível em:<http://carolangerami.jusbrasil.com.br/artigos/140495082/nucleo-especial-criminal-necrim>. Acesso em: 17 nov. 2015.

28 COSTA, Clóvis Rodrigues Da. *Projeto: Prática de Polícia Judiciária Comunitária*. São Paulo, 2009, p.1.

O exercício da prática de Polícia Judiciária Comunitária, mediante conciliações preliminares, promovidas pelo Delegado de Polícia entre as partes envolvidas nas práticas de delitos de menor potencial ofensivo, formalizando o correspondente termo, que será submetido a apreciação do Ministério Público e do Poder Judiciário, trata-se de uma importante contribuição jurídico-social da Polícia Civil, para amenizar a lacuna existente entre o ideal que norteou a elaboração da Lei nº 9.099/95 e a realidade da sua aplicação no que tange aos princípios da celeridade e economia processual.

Essa atuação comunitária da Polícia Civil, carregada de um caráter social inerente aos atendimentos prestados em uma Delegacia de Polícia possibilitará a redução do crescente volume de feitos dos cartórios dos fóruns (JECRIM), o que refletirá diretamente sobre a tempestividade da prestação jurisdicional, resgatando não apenas a sensação subjetiva de segurança do cidadão, mas principalmente o seu sentimento de realização da justiça, outrossim, fará valer a tão sonhada prestação jurisdicional baseada na celeridade e oralidade enunciadas na Lei 9.099/95. Vale ressaltar que a prestação da atividade Policial, sobretudo a prestada nos plantões tem características sociais importantes, pois, mais do que apenas elaborar Boletins de Ocorrência, é possível observar que muitos problemas são e podem ser solucionados através da correta orientação prestadas as pessoas e as partes envolvidas.[29]

A iniciativa foi tão bem recepcionada em São Paulo que mereceu entusiasmados elogios do jurista Luiz Flávio Gomes[30]:

Se alguém quiser conhecer uma polícia conciliadora de primeiro mundo já não é preciso ir ao Canadá, Finlândia, Noruega, Dinamarca ou Suécia. Basta ir a Bauru, Lins, Marília, Tupã, Assis, Jaú e Ourinhos (todas no Estado de São Paulo). Necrim

29 SANCHES, Caio Afonso Laforga; CHINELLATO, Thiago. NECRIM- O Mais Novo Instrumento Alternativo de Solução de Conflitos. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 29 de jan. de 2013. Disponivel em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/8991/necrim_o_mais_novo_instrumento_alternativo_de_solucao_de_conflitos >. Acesso em: 17 nov. 2015.

30 GOMES, Luis Flavio. N*ecrim: polícia conciliadora de primeiro mundo.* Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121931299/necrim-policia-conciliadora-de-primeiro-mundo>. Acesso em: 17 nov. 2015.

significa Núcleos Especiais Criminais. Pertencem à Polícia Civil do Estado de São Paulo. Paralelamente à função judiciária, foram instalados vários Necrims nas cidades mencionadas. É uma revolução no campo da resolução dos conflitos penais relacionados com os juizados especiais criminais.Por meio da conciliação estão sendo resolvidos muitos conflitos. Que essa iniciativa pioneira e alvissareira (para além de humanista e sensata) se espalhe por todo país, o mais pronto possível, até se chegar a uma nova carreira (ou uma fase inicial da carreira) dentro da polícia civil: delegado de polícia conciliador. O ser humano jamais entenderá seu semelhante enquanto não se debruçar sobre seus problemas. "Se você não é parte da solução [dos problemas humanos], então é parte do problema" (Eldridge Cleaver, americano, ativista).

Destaque-se, ainda, que a Polícia Civil de Minas Gerais vem desenvolvendo programa semelhante, denominado "Projeto Mediar", obtendo também grande sucesso. Imperioso que a iniciativa se dissemine por todo o Brasil, contribuindo para o desenvolvimento da cidadania e empoderamento individual, além de concretizar a determinação do CPC/2015 e aliviar o Poder Judiciário.

As proposições aqui esposadas, por razões óbvias, se aplicam integralmente à Polícia Federal, que comunga da mesma missão social e dispõe de aparato e realidade análoga. Por oportuno, tendo em vista a realidade carioca, não podemos deixar de registrar que acreditamos que a mediação deve ser incentivada também no âmbito da Polícia Militar, em especial nas Unidades de Polícia Pacificadora, sendo adequada ao ideal de polícia comunitária que tanto se almeja implantar. Nesse sentido, gize-se que duplas de policiais capacitadas para a mediação atuaram com extremo sucesso em algumas das comunidades, denotando a necessidade de fomento e expansão do projeto[31].

Como é cediço por aqueles que atuam na área, tais comunidades já foram de tal maneira dominadas pelo Tráfico de Drogas que a população ali residente chegou a estar à margem do Estado de Direito, e se acostumou a ter seus conflitos solucionados de maneira imediata, ainda que pela

31 MOURÃO, Bárbara Msumeci; STROZENBERG, Pedro. *Mediação de conflitos nas UPP´S: Noticias de uma experiência*. Rio de Janeiro: Cesec, 2016.

tirania dos traficantes. Assim, observa-se certa impaciência e insatisfação com a morosidade do processo jurisdicional, de maneira que a mediação, ao ser realizada pela polícia, pode permitir uma salutar aproximação dos moradores com a figura do policial, contribuindo para integração e efetiva pacificação da comunidade. As soluções construídas, por sua própria natureza, tendem a ser mais facilmente aplicadas e a gerar maior satisfação para todos os envolvidos, sendo por tal razão, muitas vezes preferíveis.

Há que se registrar que, sem embargo de toda a efetividade e vantagens trazidas pela mediação judicial, não se pode esperar que esta seja uma panaceia para os males da prestação jurisdicional. Nesse cenário, demanda-se a cooperação dos demais órgãos do Estado com o Poder Judiciário, compartilhando-se a missão de pacificação dos conflitos, de forma que o processo jurisdicional deve se tornar o último recurso, e não a única forma de solução de um litígio. Ao invés de todos os caminhos levarem ao judiciário, este deve passar a ser apenas mais um deles.

O processo deve, portanto, ser a *ultima ratio* do conflito. Nesse sentido, defendemos que a mediação extrajudicial deve preponderar e ser incentivada pelo Estado, através de seus órgãos, nos termos do art. 3º, §2º do CPC/2015, sendo instrumento de efetiva pacificação social e resolução de litígios, capaz de evitar a excessiva judicialização que impera atualmente, tornando assim, a mediação judicial residual.

Como bem salientado na Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, *o acesso à Justiça é direito e garantia fundamental da sociedade e do indivíduo e abrange o acesso ao Judiciário, mas vai além para incorporar, também, o direito de acesso a outros mecanismos e meios autocompositivos de resolução dos conflitos e controvérsias. A adoção de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos, controvérsias e problemas é uma tendência mundial, decorrente da evolução da cultura de participação, do diálogo e do consenso*.

O Brasil vive um momento de renovação no processo, implementada através da elaboração de um novo Código de Processo Civil e de novas leis processuais, passando a albergar um modelo verdadeiramente democrático, no qual as partes são chamadas a atuar em colaboração junto com o juiz, ajudando, a ele e a si próprias, a alcançar um resultado final que seja justo, tempestivo e o mais satisfatório possível para todos.

Imperiosa a renovação das demais instituições, adequando-se a contemporaneidade e ao Estado Democrático de Direito, inserindo-se a

mediação e a conciliação em suas realidades, enquanto instrumentos que incentivam o diálogo e a colaboração das partes, verdadeiras formas de empoderamento, demandando-se para tal fim, que se inicie com urgência, a partir das suas cúpulas, um movimento centrífugo que busque disseminar a cultura da solução consensual dos conflitos.

Há que se reconhecer ser necessário muito mais que a simples edição de novas normas e códigos para atingir tal desiderato, sob pena de nos limitarmos a uma visão romântica, quiçá utópica da democracia contemporânea.

Fundamental, portanto, uma verdadeira transformação cultural através da educação e conscientização da população, para que os principais atores, quais sejam, as pessoas, atuem imbuídos desse espírito, visando concretizar os preceitos de nossa Constituição Cidadã.

Os primeiros passos para a concretização dessa nova realidade já foram dados e as ferramentas adequadas estão à disposição. Cabe, portanto, aos operadores do direito e cidadãos, construir de forma efetiva o amanhã que desejam. Como certa vez disse Mahatma Gandhi: "O futuro dependerá daquilo que fazemos no presente". ●

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. In: Revista de processo, n. 73, 1998. p. 10.

ANGERAMI, Ana Carolina. Núcleo Especial Criminal – Necrim - Atuação da Polícia Civil na Resolução de Conflitos. Disponível em:<http://carolangerami.jusbrasil.com.br/artigos/140495082/nucleo-especial-criminal-necrim>. Acesso em: 17 nov. 2015.

BIAVATI, Paolo. La realizzazione dello spazio giudiziario europeo di giustizia, libertà e sicurezza: stato attuale e tendenze evolutive alla luce del programma di Stoccolma. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Ano 2013. Vol. I. Pp. 185 a 202.

BODART, Bruno. O Processo Civil Participativo - A Efetividade Constitucional e O Projeto Do Novo Código De Processo Civil. Revista de Processo | vol. 205 | p. 333 | Mar / 2012

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Mediação nos conflitos & Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2003, p. 24

CAPONI, Remo. “Controversie transnazionali ed elementi di giusto processo”. In Relazione generale al XIV convegno mondiale dell’Associazione internazionale di diritto processuale, Heidelberg, 26-30 luglio 2011. pp. 01-130.

CAPPELLETTI, Mauro e Denis Tallon, Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil, Giuffrè, Milano, 1973, págs.661/774; Luigi Paolo Comoglio, “Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’ (modelli a confronto)”, in Revista de Processo, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 23, abril-junho de 1998, n° 90, págs.95/150; Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo Lezioni sul Processo Civile, 5ª ed., il Mulino, Bologna, 2011, cap.3, “Le garanzie costituzionali”, págs.55/95; Serge Guinchard et alii, Droit processuel – droits fondamentaux du procès, 6ª ed., Dalloz, Paris, 2011; Augusto M.Morello, Constitución y Proceso - la nueva edad de las garantías jurisdiccionales, ed. Abeledo-Perrot, La Plata--Buenos Aires, 1998.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 76.

CLARO, Raquel Filipa Soares. Mediação de Conflitos: estudo de caso na Polícia Municipal do Porto. Porto, 2012. Disponível em: http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/3396/3/T-21605.pdf - acesso em 18/11/2015.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisprudenza. Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice? Rivista di Diritto Processuale. Padova: CEDAM, 2009. p. 1684-1700.

COOPER, Christopher C. Conceptualizing mediation use by patrol police officers. Washington, 2003. Disponível em: http://www.cjcj.org/uploads/cjcj/documents/conceptualizing_mediation_use_by_patrol_police_officers.pdf - acesso em 18/11/2015.

COSTA, Clóvis Rodrigues Da. Projeto: Prática de Polícia Judiciária Comunitária. São Paulo, 2009.

DAMASKA, Mirjan. I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo. Edizione originale: The faces of justice and State Authority. Tradução de Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002. p. 41.

DENTI, Vittorio. I Procedimenti non Giudiziali di Conciliazione come Istitucioni Alternative, in Rivista di Dirito Procesuale, 1980, pp. 410 e ss.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz dos; o processo civil no estado Democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a Passividade e o protagonismo judicial. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 16 - n. 2 - p. 150-169 / mai-ago 2011

FISCHER, Roger and William Ury, Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In, Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

FISS, O.M. Against Settlement, 93 Yale Law Journal 1073-90, may 1984, p. 1075.

FREEMANN, Michael. Alternative dispute resolution. New York: University Press, 1984;

FULLER, Lon. Mediation: its forms and functions, 44 S. Cal. Law Review, 305, 1971; The forms and limits of adjudication, 92 Harvard Law Review, 353, 1978.

FUX, Luiz. Novo Código de Processo Civil Temático, 1ª edição, Editora Mackenzie, 2015

GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E.A., ROGERS, Nancy H. Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes, New York: Aspen Publishers, Inc, 1999;

GOMES, Luis Flavio. Necrim: polícia conciliadora de primeiro mundo. Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121931299/necrim-policia-conciliadora-de-primeiro-mundo>. Acesso em: 17 nov. 2015.

GRECO, Leonardo, "Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo", in Os princípios da Constituição de 1988, coletânea organizada por Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, págs.369/406; "O princípio do contraditório", in Revista Dialética de Direito Processual, n° 24, março de 2005, ed. Dialética, São Paulo, págs.71/79; "A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa", in Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal – CEJ, n° 35, outubro-dezembro de 2006, Brasília, p. 20/27.

JUNOY, Joan Picó i. Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997. LEAL, Rosemiro Pereira. O Garantismo Processual e Direitos Fundamentais Líquidos e Certos, in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 4, julho a dezembro de 2009, disponível no site http://www.redp.com.br.

MARTINS, Rui Cunha. O Ponto Cego do Direito - The Brazilian Lessons, 2a ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 121/139.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O futuro da Justiça: alguns mitos", in Revista da Associa- ção dos Magistrados Brasileiros, ano 4, nº 8, 1º semestre/2000, p. 6-15.

MOURÃO, Bárbara Msumeci; STROZENBERG, Pedro. Mediação de conflitos nas UPP´S: Noticias d euma experiência. Rio de Janeiro: Cesec. 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Coimbra: Almedina, 2006.p. 191.

NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Gustavo melo Franco. Processo Constitucional: Uma Abordagem a Partir dos Desafios do Estado Democrático de Direito, in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 4, julho a dezembro de 2009, disponível no site http://www.redp.com.br.

OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. In: DOXA, nº 14, 1993. pp. 169-194. Http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm. Acesso em 20 de agosto de 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Civil Contemporâneo, 6ª edição, Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, capítulo 25.

_____. Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código De Processo Civil: Breves Considerações Acerca Dos Artigos 1º A 12 Do Pls 166/10. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VI, disponível em http://www.redp.com.br/index_edicoesredp.htm. p. 27

_____. Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo, 3a edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, capítulo 1.

_____. DURCO, Karol. A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O "Juiz Hermes" e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional, disponível em http://www.humbertodalla.pro.br, acesso em 21 de julho de 2015.. pp.6-13.

PROCTOR, Jon L. Management. ROSENTHAL, Richard. Denver's Citizen/Police Complaint Mediation Program: A Comprehensive Evaluation. Disponível em: https://www.denvergov.org/Portals/374/documents/Mediation_Journal_Article_2-24-09.pdf - acesso em 18/11/2015.

PUNZI, Carmine, Mediazione e conciliazione, Rivista di diritto processuale, v. 64, n. 4, 2009, p. 848 y ss.

SANCHES, Caio Afonso Laforga; CHINELLATO, Thiago. NECRIM- O Mais Novo Instrumento Alternativo de Solução de Conflitos. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 29 de jan. de 2013. Disponivel em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/8991/necrim_o_mais_novo_instrumento_alternativo_de_solucao_de_conflitos >. Acesso em: 17 nov. 2015. SANDER, Frank E. A. Alternative methods of dispute settlement. Washington: American Bar Association, 1979;

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. p. 678/679.

SINGER, Linda R. Settling Disputes, 2nd edition, Colorado: Westview, 1994, p. 24.

STONE, Katherine V. W. Private Justice: the law of alternative dispute resolution, New York: Foudation Press, 2000.

SWINGLE, P., The structure of Conflict, New York: Academic Press, 1970.

TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 381-410.

VOLPE, Maria R. "L'uso della mediazione da parte delleforze di polizia" [with N. Phillips], in La mediazione come strumento di intervento sociale, ed by L.Luison. Milano, Italy: Franco Angeli, 2006.

VOLPE, Maria R. Mediation in the Future of Policing. Disponível em: <http://www.mediate.com/articles/VolpeFutures.cfm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

_____. "Police as Conflict Resolvers" in The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice [ed by Morton Deutsch, Peter Coleman and Eric Marcus], 2014.

_____. "Police and Mediation: Natural, Unimaginable or Both" in Moving Toward a Just Peace: The Mediation Continuum [ed by JanFritz] Springer (The Netherlands), 2014.

_____. "Police Mediation" Law Enforcement Encyclopedia, Sage, 2005.

A Conciliação no Novo Código de Processo Civil Brasileiro:

Perspectivas de um Acesso à Justiça Qualitativo

Camila Silveira Stangherlin
Doutoranda em Direito pela Unisc; Mestra em Direito pela Uri; Especialista em Direito Processual Civil; Conciliadora Cível Voluntária; Advogada.

RESUMO: A conciliação constitui salutar método autocompositivo fomentado por inovações legislativas, visando construir o acordo perante a lide. Este ensaio objetiva analisar as condições de realização da atual conciliação, à luz dos preceitos que asseguram o acesso qualitativo à justiça como direito fundamental. Assim, questiona-se: o recente CPC estabelece as diretrizes necessárias para realizar a conciliação, atendendo aos anseios de acesso à justiça em sentido lato? A pesquisa vale-se de técnicas bibliográficas, exame de legislações e artigos científicos condizentes.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Após incessantes discussões entorno do projeto de lei que instituía o novo Código de Processo Civil brasileiro, este, finalmente, fora sancionado no ano de 2015, passando a vigorar a partir de 18 de março de 2016. Frente diversas inovações constantes, há destaque para o visível fomento aos meios consensuais de resolução de conflitos, seguindo uma tendência mundial, e, sobretudo, os parâmetros ditados pelo próprio Conselho Nacional de Justiça. Assim, a conciliação - instituto que se destaca neste ensaio -, já existente anteriormente no ordenamento jurídico, agora passa a ser política de estado, o que lhe garante maior comprometimento por parte dos lidadores do direito.

Contudo, em que pese o novo CPC destine espaço valorativo à autocomposição de conflitos por meio da conciliação, e também da mediação,

percebe-se que determinados pontos careceram de atenção por parte do legislador, o que, por vezes, pode ocasionar o esmorecimento do instituto autocompositivo frente ao conceito holístico atribuído ao direito fundamental de acesso à justiça, positivado na Constituição Federal de 1988. Assim, questiona-se: o recente Código de Processo Civil brasileiro estabelece as diretrizes necessárias para realizar a conciliação, de modo a atender aos anseios de um acesso à justiça em sentido lato (acesso qualitativo)?

Por certo, meios autocompositivos como a conciliação ganham, contemporaneamente, maior destaque frente às inovações legislativas, todavia, a prestação de um serviço de qualidade compreende mais do que a presunção de espaços jurídicos. Ainda que a previsão normativa de audiências autocompositivas seja um passo assaz importante em uma sociedade beligerante como a brasileira, não se pode olvidar dos pontos primordiais que abrangem o acesso a uma ordem jurídica justa, eis que, apesar dos avanços, o acesso qualitativo não se faz presente em grande parte dos tribunais do país. Assinala-se, ainda, que a pesquisa em tela vale-se de técnicas bibliográficas, exame de legislações, e, também, de artigos científicos condizentes ao tema, com método de abordagem dedutivo, e procedimento monográfico. Além disso, a autora do artigo leva em conta suas experiências em práticas não adversariais de tratamento adequado de conflitos no âmbito da autocomposição e da gestão dos conflitos.

Neste viés, o presente trabalho, primeiramente, irá abordar o conceito de acesso à justiça, frisando sua distinção de acesso ao poder judiciário e a amplitude do termo. Por conseguinte, será exposto o mecanismo da conciliação como meio autocompositivo, apresentando a compreensão de conflito e as inovações legislativas referentes à conciliação. Finalmente, será elucidada a forma como se encontra disposta a conciliação no novo Código de Processo Civil, assimilando os preceitos atinentes ao acesso a ordem jurídica justa.

Por certo, em decorrência aos constantes debates desenvolvidos acerca dos meios não adversariais de tratamento de conflitos, a conciliação passou a ser observada sob um novo enfoque, em que o acesso à justiça relaciona-se com a prestação de um serviço de qualidade, que, além de propiciar o sentimento de justiça às partes envolvidas, restabelece as relações sociais rompidas e, ainda, exerce uma atividade pedagógica, contribuindo para a pacificação social.

1 O ACESSO À JUSTIÇA E A AMPLITUDE DO TEMA

Primeiramente, o termo "justiça", ainda que apresente definição vocabular, remete a uma concepção desprovida de consenso, haja vista sua variação cultural, histórica e ideológica, intrínseca a cada sociedade. Entretanto, o termo sugere a compreensão aproximada daquilo que é tido como certo ou errado, justo ou injusto, sendo que cada indivíduo, involuntariamente, traz consigo o anseio pela concretude de justiça diante dos percalços cotidianos.

Para o estabelecimento de uma vida em comunidade de forma harmônica e igualitária, faz-se indispensável a instauração de uma noção de justiça comum, oponível a todos os integrantes de uma organização social. No entanto, sabe-se que, por motivos variados, a aplicabilidade desta justiça comum a todos se perde no caminho, sendo esta uma realidade vivenciada há longo tempo, tornando-se desiderato do Estado, quando este toma para si, exclusivamente, a função de dizer e aplicar o direito (jurisdição).

Nesta perspectiva, insta gizar que, com a formação e instituição do Estado Democrático de Direito, alarga-se o âmbito das garantias e direitos fundamentais, e o estabelecimento de uma sociedade justa torna-se um objetivo a ser alcançado. Assim sendo, a expressão "acesso à justiça" passa a apresentar contornos mais abrangentes, correspondendo não apenas à prestação jurisdicional efetiva, mas, sobretudo, agregando-se qualidade ao serviço (PIOVESAN, 2015, p.28).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo a garantia do pleno acesso à justiça, haja vista que os direitos fundamentais, expressos até então tão somente em declarações, necessitavam estar alocados e guarnecidos pela Constituição, como forma de galgar uma implantação efetiva por parte do Estado, assegurando-se assim os princípios de uma democratização. Ademais, o texto presente em uma Constituição reflete um pensamento preponderante em determinado momento, apresentando, ainda, reflexos condizentes com o contexto internacional.

Ao tocante à abrangência da expressão acesso à justiça, percebe-se que o mesmo, por vezes é facilmente deturpado, ao ponto de ser utilizado como sinônimo de mero alcance ao Poder Judiciário. Este (alcance ao Poder Judiciário), é bem verdade, deve ter sua amplitude estendida aos mais remotos estratos sociais, visto que, dessa maneira, estar-se-á propiciando a efetividade dos direitos fundamentais, consubstanciados pelo

Estado Democrático de Direito. De outra banda, ainda que este acesso seja ampliado, para que, de fato, existam eficácia e efetividade na prestação jurisdicional, deve haver uma diminuição no número de ações que adentram a esfera jurídica (TENENBLAT, 2011, p. 24).

Neste viés, ao que tange o acesso à justiça em sentido lato, a definição tende a apresentar-se mais complexa, vez que conceitos de cidadania e justiça interam-se nesse cenário. Dentre os aspectos que perfazem a construção do termo acesso à justiça figuram-se diversos segmentos, tais como o acesso à informação; orientação por profissionais capacitados – incluindo-se aqui, além de informações técnicas oriundas de serventuários da justiça, a orientação por profissionais de outras esferas, como psicólogos, assistentes sociais, educadores, entre outros -; disponibilização de assistência jurídica (em questões judiciais e extrajudiciais); eficácia e eficiência diante dos trâmites processuais e extraprocessuais; o tratamento isonômico entre as partes; a instituição de uma tutela satisfatória, onde a jurisdição ultrapasse a seara processual, em face de uma justiça social; e, talvez, um dos mais importantes, o tratamento adequado a cada modalidade de conflito, respeitando-se as peculiaridades inerentes às relações existentes entre as partes.

Nesse sentido, bem define LIMA FILHO:

> *[...] o termo 'acesso à justiça' abarca um conteúdo que parte da simples compreensão do ingresso do cidadão em juízo, passando por aquela que vê o processo como um instrumento para a realização dos direitos individuais, e, finalmente, aquela mais ampla que se encontra relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem é acometida a missão não apenas de garantir a eficiência do ordenamento jurídico, mas, também, a de proporcionar a realização da justiça aos cidadãos. (2003, p.153)*

Sendo assim, quando se coaduna a função de acesso à justiça com a realização de justiça a todos os cidadãos, apreende-se a magnitude que tal direito fundamental representa, pois assegurar o cumprimento de uma ordem justa demanda a aplicabilidade e a prestabilidade de setores diversos responsáveis pela estruturação de um Estado.

De mais a mais, quando se presencia uma demasiada tendência populacional de levar seus conflitos para que o Estado, através do monopó-

lio da jurisdição, os resolva, torna-se possível observar os reflexos desta propensão na efetivação do acesso ao Poder Judiciário, e, principalmente, do acesso à justiça.

Nesse sentido, compreende-se que a realidade da via judicial no Brasil encontra-se suficientemente estafada, causando empecilhos tanto à expansão do ingresso ao Poder Judiciário, quanto ao acesso à justiça. Em que pese a percepção de que o acesso ao Poder Judiciário não se fundi ao acesso à justiça, tem-se ambos comprometidos pelo estrondosos volume de ações que adentram a seara judiciária.

Por outro lado, concebida a distinção entre ingresso ao Poder e Judiciário e acesso à justiça, faz-se mister elucidar o ponto de partida para a implantação do acesso à justiça de forma qualitativa. Nessa perspectiva, é a lição de José Renato Nalini:

> *Um primeiro salto qualitativo à concepção do acesso à justiça foi considerá-la acesso à ordem jurídica justa. Funda-se na constatação de que o Estado de Direito traduz-se no Estado sob a lei, ou seja, existe o ideal de Estado de Direito quando as regras são preestabelecidas, claras e transparentes, elaboradas de acordo com um procedimento que no constitucionalismo continental, ou sistema romano-germânico, denomina-se processo legislativo. (NALINI, 2005, p. 255)*

De tal sorte, atender às necessidades de uma sociedade que se encontra constantemente em evolução requer a existência de um ordenamento jurídico eficaz, capaz de garantir a tutela dos direitos fundamentais, arrimados na Constituição Federal de 1988. Nesses termos, mais do que propiciar a possibilidade ao cidadão de estar em juízo, e de lhes assegurar a efetividade de todos os direitos individuais, mostra-se inafastável proporcionar a cada cidadão a promoção de justiça, eis que assim se estará contemplando o acesso à justiça em sua ampla perspectiva.

Nas diversas constatações apresentadas pela doutrina qualificada, merece ressalto a consideração do direito de acesso à justiça como um direito humano, e não apenas nessa ótica, mas no entendimento de que é este um direito-garantia, ao passo que por intermédio deste direito torna-se possível efetuar os demais, propiciando o exercício da cidadania. Daí está a magnitude do direito fundamental de acesso à justiça, pois por intermédio dele chega-se ao alcance dos demais.

Neste viés, é o ensinamento de Guilherme de Almeida:

> *Assim, o direito de acesso à justiça é um elemento constitutivo do próprio exercício da cidadania, pois é esse direito que possibilita o exercício da cidadania quando o cidadão é arbitrariamente impedido de fruir determinado direito por causa do Estado. Para sua efetivação, Cappelletti e Garth apontam a existência de três principais barreiras que dificultam o acesso para quem busca a realização da justiça. São elas: barreira financeira, barreira cultural e barreira psicológica. A fim de superar essas barreiras foram criadas três "ondas" de soluções práticas para os problemas de acesso à justiça. A primeira onda é a da assistência jurídica para os pobres, a segunda onda trata-se da representação dos interesses difusos e a terceira onda refere-se ao acesso à representação em juízo como uma concepção mais ampla de acesso à justiça. (ALMEIDA, 2012, p. 88)*

Ademais, é cognoscível que o direito ao acesso efetivo à justiça recebeu especial atenção na medida em que as reestruturações apresentadas pelo *Welfare State* visavam prestar elucidação às sociedades acerca dos renovados direitos fundamentais, fosse a sua qualidade de trabalhador, consumidor, locatário (entre outras), mas, sobretudo, na qualidade de cidadãos. Destarte, o direito ao acesso efetivo à justiça tem sido, de maneira progressiva, reconhecido como de relevância vital entre os novos direitos individuais e sociais, vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. (CAPPELLETTI, 1988, p. 11).

Desta feita, o direito de acesso à justiça passa a abranger uma seara mais densa, integrando o vasto tema de direitos humanos (antes de ser positivada em uma ordem constitucional), no entanto não apenas como parte adicional de determinadas declarações, mas, primordialmente, como garantia de se tornar possível a materialização da justiça.

Neste desiderato, é o fiel papel a ser desempenhado pelo Estado, atender às pretensões advindas de todos os cidadãos (sem exclusão de estratos sociais ou outras segmentações), que estão a exercer seus direitos reivindicatórios, de forma a ter apreciado seus pedidos de prestação jurisdicional, dentro de todas as garantias existentes dentro da expressão

"acesso à justiça". Uma resposta tempestiva, economicidade no processo, informação às partes, tratamento adequado ao conflito e aos litigantes, assistência jurídica e igualdade entre as partes, são algumas das nuances que compõem aquilo que se acolhe como efetivo acesso à justiça.

Nesta perspectiva, depreende-se que, frente a todas as etapas evolutivas perpassadas pela sociedade, tem-se como indubitável a precisão em buscar soluções que incrementem o acesso à justiça, eis que, em uma sociedade assaz litigante, os números de demandas judiciais acusam uma crescente fragorosa, que, consequentemente, desencadeia uma morosidade contraditória ao efetivo acesso à justiça, em seu sentido amplo.

Neste ponto, cabe aos Poderes Estatais (Judiciário, Executivo e Legislativo), bem com aos operadores do direito, o afinco em encontrar soluções plausíveis capazes de solucionar os percalços constatados no sistema responsável pela prestação jurisdicional. Entretanto, oportuno destacar a lição de José Luis Bolzan de Morais:

> *Adverte-se finalmente, que a busca por mecanismos mais eficientes e baratos não pode eliminar as garantias fundamentais do processo civil, principalmente a de um julgador imparcial e da necessidade do contraditório, que foram arduamente alcançadas com o fim de prevenir arbitrariedades e injustiças. Deve-se adequar estas garantias à necessidade de acesso à justiça e à tutela dos novos direitos conquistados. (1999, p. 97)*

É bem verdade, que obter resultados com o condão de instituir, permanentemente, o acesso a uma ordem jurídica justa em uma sociedade de cultura, predominantemente, litigiosa transpassa as barreiras oriundas de leis, normas, princípios, ou quaisquer outros regramentos normativos. Nesse ínterim, comumente verifica-se que grande parcela de indivíduos que ingressam suas pretensões na seara judicial, acaba por restar insatisfeita com o serviço prestado. Tais manifestações culminam, veementemente, no desgaste da credibilidade da sociedade para com o sistema jurídico, gerando uma percepção geral de carência de justiça.

Realizar alterações neste conturbado segmento denota empenho em conjunto, com políticas públicas a serem executadas a médio e longo prazo. Mais do que isso, o pano de fundo desta aspiração encontra respaldo na mudança de mentalidade que é preciso ocorrer ainda em âmbito social. No entanto, para tais alterações tornarem-se consistentes, é neces-

sário um trabalho árduo e de engajamento global, sendo que um primeiro propósito a ser alcançado parece ter ligação substancial com o fomento institucional aos meios alternativos de resolução de conflitos, como a conciliação, já prevista no novo Código de Processo Civil brasileiro.

1.1 Principais Óbices ao Efetivo Acesso à Justiça

É cognoscível que o acesso à justiça é assegurado pela Carta Magna como um direito fundamental e imanente a todo cidadão, contudo encontra-se obstaculizado por determinados fatores que afastam a efetividade de uma ordem jurídica justa, e, consequentemente, a uma justiça social. Tais fatores, que necessitam ser superados para que a justiça, de fato, prevaleça, refere-se a questões não apenas de ordem econômica, mas também social, educacional, cultural, dentre outras. Essas barreiras representam na atualidade os principais óbices ao efetivo acesso à justiça enfrentados pelo Estado, enquanto propiciador, e pelos cidadãos, enquanto destinatários e titulares deste famigerado direito-garantia.

Nessa perspectiva, denota-se que Mauro Cappelletti (1998) consagrou os principais obstáculos a serem transpostos para que se alcançasse o acesso efetivo à Justiça, bem como propôs soluções para quebrar tais empecilhos, transpondo objeções como custas judiciais, a limitação e a possibilidade das partes, e, ainda, o problema concernente à tutela dos interesses difusos e coletivos. Por conseguinte, é perceptível que para se assegurar a concretude de todos os direitos fundamentais e do exercício da cidadania, de forma a não excluir ou delimitar segmentos sociais - pois de fato, o que se almeja não é um mero direito proclamado-, é essencial que o sistema jurídico proteja e propicie a integralidade do direito de acesso à justiça, garantidor de todos os demais.

Importa ressaltar que não se pode compendiar o conceito de acesso à justiça ao trivial acesso ao Poder Judiciário, no entanto, ao adentrar-se, inicialmente, na atribulada seara do sistema judiciário, o cidadão já se depara com entraves significativos que passam a mitigar o desempenho do acesso à justiça em sentido amplo. Nesse sentido, a lição de Ada Pellegrini Grinover elucida os principais óbices defrontados por aqueles que intentam a justiça.

> *A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da justiça, a complicação procedi-*

mental, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários. (GRINOVER, 2000, p. 19)

Dessa forma, para que se obtenha uma compreensão mais relevante acerca das barreiras prevalecentes diante do caminho percorrido pelo cidadão na busca pela pretensão jurisdicional qualitativa, faz-se necessário realizar um exame minucioso, em que se perquirirão os obstáculos de natureza econômica, de natureza social e cultura, e de natureza legal, frisando-se, desde já, que este não é um rol taxativo (ademais, salienta-se que esta não é a matéria de estudo deste trabalho, que por ora, detém-se apenas na análise perfunctória dos entraves de acesso à justiça).

Se não possível extingui-los, por certo que é possível minorá-los, de forma que se possa disponibilizar à população um serviço envolto em qualidade, que realize não apenas a solução da lide, mas que restabeleça a relação social entre as partes e incentive o alcance da justiça por meio de métodos não adversariais.

2 O INSTITUTO DA CONCILIAÇÃO

A crise já constatada há longa data no setor judiciário foi uma das grandes incitadoras para o ressurgimento do instituo da conciliação na via judicial, eis que tal instituto já existia na Constituição do Império, em 1824. Em decorrência de todas as espécies de obstáculos que minaram e obstruíram as vias de acesso à justiça – e ainda o fazem -, desde as questões pecuniárias e burocráticas até a sobrecarga dos tribunais, o Poder Judiciário viu-se desprovido de um sistema diferenciado, que desse vazão a larga demanda processual, bem como atendesse aos preceitos de acesso à justiça.

Assim, os métodos não adversariais de resolução de conflitos constituem, na contemporaneidade, um caminho primordial a ser intentado na busca da solução de controvérsias originárias das mais distintas e complexas relações interpessoais da sociedade contemporânea, sendo que "visam criar, em paralelo à administração da justiça convencional, novos mecanismos de resolução de litígios" (SANTOS, 2013, p. 217) - deixando-se a decisão imperativa para situações em que a autocomposição restar prejudicada, ou, em razão da matéria, impraticável.

Neste cenário, os meios alternativos de tratamento de conflitos, e sobretudo os autocompositivos, passaram a galgar espaços notórios, principalmente diante dos resultados positivos atingidos por eles, despontando como uma tendência no Direito Processual pátrio, desde o ano de 1995, quando editada a lei nº 9.099/95, a lei que instaurou a criação dos Juizados Especiais Cíveis. De tal sorte, a compreensão de que a autocomposição, e mais precisamente a conciliação, figura uma via de acesso à justiça mais condizente com as necessidades das partes conflitantes já paira no âmbito jurídico há algum tempo, atravessando um amadurecimento gradativo, que, com as recentes edições legislativas passa a inserir-se com mais afinco em seus propósitos pacificadores.

Nesse sentido, é a lição de Alexandre Freitas Câmara:

> *Trata-se, pois, de uma manifestação daquilo que Mauro Cappelletti chamou de justiça coexistencial, a busca de soluções consensuais, em que se consiga destruir a animosidade existente entre as partes de modo a fazer com que suas relações possam ser mantidas, continuando a se desenvolver. A justiça coexistencial é essencial para que se obtenha, através da jurisdição, pacificação social, escopo magno do Estado Democrático. (CÂMARA, 2004, p.24)*

A conciliação, assim, na contramão de uma decisão adjudicada que julga vencedor e vencido, adentrou o ordenamento jurídico visando apaziguar os conflitantes, restabelecendo o diálogo e a relação rompida, e construindo uma decisão que satisfizesse ambos os lados, de tal forma que houvesse um comprometimento com a efetivação do que restasse acordado. Entrementes, percebe-se que alguns aspectos relevantes concorreram para o visível esmorecimento da conciliação realizada perante os Juizados Especiais, ressaltando-se dentre eles, a carência de preparação dos conciliadores, e o exíguo comprometimento do poder judiciário com o funcionamento efetivo deste instrumento de pacificação social.

Com o avançar dos anos, a audiência conciliatória, no revés de seu propósito inicial, passou a constituir-se em mera fase do rito sumaríssimo prevista na legislação, rechaçando-se toda tenacidade necessária à construção de uma autocomposição qualitativa, o que repercutiu na depreciação dos cidadãos com o instituto da conciliação, e, igualmente, com os meios alternativos de solução de conflitos.

No antigo Código de Processo Civil, lei nº 5.869/73, a conciliação, apesar de ser prevista, não era aplicada com afinco pela maioria dos juízes de direito, o que fez o instituto parecer exclusividade dos Juizados Especiais Cíveis.

Hodiernamente, há uma percepção do Poder Judiciário e dos lidadores do direito para que esse panorama seja reconstruído, haja vista as ações do Conselho Nacional de Justiça, bem como das discussões que visam encontrar alternativas diante da crise do poder judiciário e da carência de um acesso à justiça qualitativo. Desta feita, inovações legislativas apreciam o fomento à autocomposição, como se vislumbra nos dispositivos do novo Código de Processo Civil.

Com efeito, num conjunto de esforços envolvendo não somente a administração judiciária e operadores do direito, mas conjuntamente com a população em geral, um novo paradigma será traçado, no qual a regra para a resolução de grande parte dos conflitos sociais será o diálogo e compreensão mútua. Voltando-se sempre aos preceitos constitucionais, eis que, como salienta SALES (2010, p. 08), "o caminho da busca pela paz social passa pela necessidade de efetivar os direitos fundamentais".

2.1 Conciliação e Mediação - Semelhanças e Diferenças no Âmbito da Construção da Cidadania

Embora bastante similares, ambos os institutos previstos no novo Código de Processo Civil apresentam um enfoque singularizado, de modo que a doutrina, majoritariamente, aponta a conciliação para uma direção, propriamente no tratamento de conflitos de interesses específicos e pontuais, e, a mediação para outra, em que o conflito advém de uma relação continuada, e há a patente necessidade de mirar-se para o futuro pós-controvérsia. Todavia, tais semelhanças e distinções, constituindo institutos que, doravante, sobretudo com as recentes edições normativas, necessitam de um olhar diferenciado, para que a mudança que se almeja, na implementação de uma cultura pacifista em detrimento de uma cultura beligerante, possa suscitar frutos em médio e longo prazo.

Outrossim, indissociável aos métodos autocompositivos está a possibilidade tangível de cada cidadão exercer sua cidadania plena (o que coaduna com o acesso à justiça), ao passo que, arrimados nos pilares da autonomia e consensualidade (entre outros valores que garantam o acesso à justiça efetiva, como inicialmente visto), participam ativamente na

construção de soluções plausíveis a seus próprios conflitos, e de acordo com seus interesses, o que propicia maior comprometimento com a realização de um acordo firmado (BRAGA NETO, 2007).

Nesta esteira, a administração da justiça e a própria atividade jurisdicional compila segmentos distintos da sociedade em prol de fundamentos funcionais e sociais dos meios autocompositivos: de um lado estão aqueles representantes da sociedade que colaboram exercendo a função de terceiro facilitador (conciliador/mediador), auxiliando no restabelecimento das relações lesadas, sendo, por vezes, leigos diante do amplo normativismo do direito, e de outro, aqueles que se dispõem a solucionar suas contendas e alcançar a justiça por intermédio de mecanismos não adversariais, através de uma justiça informal, voltada para o tratamento e para a prevenção de futuras lides.

Assim, "a participação popular na administração da justiça não é senão um capítulo do amplo tema da democracia participativa" (GRINOVER, 2007, p.04), o que se associa aos ideais de cidadania, no incessante esforço para a instauração de uma justiça mais humanizada, bem como da implantação de uma cultura pacifista e de bem-estar social.

Para tanto, no intuito de que os institutos da conciliação e da mediação firmem-se diante do ordenamento jurídico brasileiro e assegurem a devida participação popular na construção e alcance da justiça social e humanizada, faz-se necessário uma alteração categórica no discernimento coletivo, que se dará através da modificação de paradigma. Tal expressão, paradigma, vem sendo utilizada amiúde pelos lidadores e fomentadores da justiça consensual, gerando muitas vezes uma distorção de seu significado.

Na acurada definição de BRAGA NETO (2007, p. 63), o termo paradigma consiste em "uma visão compartilhada e aprovada pela sociedade, que responde ao pensamento das maiorias. Normalmente cristalizam opiniões e percepções, dando-lhes o caráter de verdades". Desse modo, é esta posição arraigada, de que o ideal de justiça alcança-se tão somente pela decisão impositiva, oriunda de um juiz togado, que merece ser revertida, formando-se, em contrapartida, um paradigma que reflita uma nova realidade, caracterizada pela não adversariedade e pela democratização da justiça.

3 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA DISPOISIÇÃO FRENTE À CONCILIAÇÃO DE CONFLITOS

Passado longo período de tramitação do Projeto de Lei que visava instituir no ordenamento jurídico pátrio o novo Código de Processo Civil, este, finalmente, fora sancionado na data de 16 de março de 2015, sob o comando da Lei nº 13.105, entrando em vigor no dia 18 de março de 2016. Dentre as diversas modificações introduzidas pelo diploma legal, há um terminante incentivo aos mecanismos de composição consensual de conflitos, seguindo uma tendência mundial, que prioriza os meios alternativos para o tratamento de litígios, em detrimento de decisões adjudicas oriundas de sentenças judiciais.

Sobre o tema, preceitua DOURADO:

> *No entanto, considerando que a autocomposição prestigia a autonomia da vontade, a espontaneidade de decisão dos próprios titulares do direito disputado, independente da força ou da solução da pendência por terceiro desinteressado, representando, assim, meio dos mais democráticos de resolução de conflitos, é recepcionada por nosso ordenamento jurídico vigente. (2016, p. 34)*

Neste viés, a conciliação irrompe-se no novo CPC como um passo inovador, mas já visto anteriormente no rito atinente aos Juizados Especiais Cíveis, onde o primeiro encontro entre os litigantes ocorre na audiência de conciliação (ou de mediação) previamente marcada pelo juiz da causa, depois de constatado o preenchimento dos requisitos essenciais referentes ao processo. Esta audiência é a regra do procedimento, sendo sua dispensa a exceção.

Por conseguinte, percebe-se que o legislador não restringiu os métodos consensuais de solução de conflitos apenas aos institutos da conciliação e da mediação, eis que, ainda que estes tenham citação expressa, os demais meios podem e devem ser intentados, por todos os operadores do direito, e, indiferentemente da fase processual que se encontre, estimulando-se de forma contínua uma decisão convencionada entre as partes.

Dentre os diversos dispositivos que fomentam a decisão consensual do conflito entre as partes, destaca-se, inicialmente, na secção V, o artigo 165 que assim expressa:

Seção V- Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais-

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Sob tal foco, percebe-se que cuidou o código de designar aos tribunais a criação de centros judiciários para a solução consensual de conflitos, observando-se ainda, que programas de estímulo e orientação à autocomposição sejam colocados em prática, o que vem a propiciar, ainda que de forma rudimentar, a efetividade do acesso à justiça, coadunando com as disposições e diretrizes da própria Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que levam em consideração aspectos de exercício da cidadania, que como anteriormente visto, entrelaça-se ao acesso qualitativo à justiça.

Destarte, após a apresentação da peça inicial e da posterior decisão acerca de sua admissibilidade, há a previsão de uma audiência de conciliação ou de mediação, oportunizando as partes a possibilidade de atuarem ativamente na construção da resolução de suas contendas, em consonância com suas necessidades, e viabilidade de execução de um potencial acordo. Nesse sentido, aduz o *caput* do artigo 334 do novo Código de Processo Civil:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Sequencialmente, os parágrafos que acompanham o artigo 334 tratam de descrever os trâmites atinentes às audiências de conciliação ou mediação, com ressalto ao § 5º que prevê a necessidade de ser declarado, de maneira expressa nos autos do processo, o desinteresse das partes em participarem de um dos mecanismos autocompositivos de tratamento de conflito. Portanto, atentou-se, acintosamente, à terminante deliberação dos envolvidos em aderirem ao método não adversarial de resolução do

litígio, vez que apenas sob essa perspectiva poderão ser gerados efeitos positivos – com necessidades e interesses de ambos os lados satisfeitos - e duradouros, reforçando no ordenamento jurídico a busca por uma justiça mais próxima, "trabalhando na capacitação das pessoas para que possam abordar, compreender e resolver seus problemas, levando-as a exercer seus direitos junto à satisfação na resolução de seus conflitos, sem imposição nem discriminação." (VEZZULLA, 2006, p.95).

No afã de facilitar aos cidadãos brasileiros o acesso a uma ordem jurídica justa, ou seja, um acesso à justiça de qualidade, e, igualmente, mitigar o número de demandas prolongadas e recursos que postergam o andamento dos processos nos tribunais, o novo Código de Processo Civil insere na ordem jurídica nacional - e no princípio dos procedimentos judiciais - a conciliação (e também a mediação). Sob tal ótica, o que, de fato, se pretende, é diluir uma cultura nacional que prioriza a adversariedade para dirimir seus mais diversos conflitos. Contudo, percebe-se que a inovação introduzida pelo novo código apresenta-se apenas como um dos múltiplos passos que devem ser efetuados na direção da mudança de paradigma que se aspira.

Para atingir-se e disponibilizar aos cidadãos um serviço que englobe o acesso à justiça em sentido lato, faz-se mister inúmeras mudanças, e muitas delas já estão em andamento. É bem verdade que os resultados destas notórias alterações apenas poderão ser constatados com o passar do tempo, contudo, algumas perguntas ainda revoam: os prazos estipulados para a realização das audiências conciliatórias serão respeitados pelos cartórios dos tribunais? Os conciliadores responsáveis pela realização das audiências receberão a preparação adequada? Haverá informação disponibilizada às partes interassadas?

Como próprio das políticas públicas, faz-se indispensável um conjunto de ações sistêmicas, programas informativos e atividades recorrentes que atinjam a todos os estratos da sociedade, no intuito de proporcionar a todo cidadão a noção básica das benesses relacionadas aos institutos da autocomposição, para que estas sejam compreendidas como regra, e não exceção. De outra banda, os ensinamentos transmitidos nos bancos acadêmicos precisam rumar para a mesma direção, para que aqueles que irão, futuramente, operar o direito sejam os maiores entusiastas do reconhecimento da jurisdição como uma maneira possível, mas não exclusiva de se solucionar conflitos.

Nessa linha, é o ensinamento de Petrônio Calmon:

> *Em conclusão, é preciso uma nova sinalização, um novo cenário, uma transformação radical no modo de ver e praticar a solução dos conflitos. Aquilo que era tradicional (atividade judicial estatal) passa a ser apenas um dos meios possíveis. Aquilo que era alternativo passa a ser mais um meio adequado. (2007, p. 345)*

Por todo o exposto, compreende-se que a conciliação é porta de passagem para o universo que anseia pelo acesso qualitativo à justiça. Estimular aos interessados para que eles sejam os construtores da decisão de suas próprias lides é intensificar a democratização. Fomentar o diálogo e o consenso como ferramentas de pacificação é auxiliar na mudança de paradigma. Novas ações precisam ser concretizadas, como aproximação do cidadão ao poder judiciário por meio da desformalização dos ambientes forenses, da instituição de uma linguagem mais acessível e de processos menos dispendiosos, porém, inegavelmente, o caminho para o acesso à justiça qualitativo parece estar perceptivelmente mais próximo de cada cidadão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Construir um conceito acerca da expressão "acesso à justiça" não é uma incumbência simples. Igualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, propiciar o acesso a uma ordem jurídica justa à sociedade não compreende tarefa fácil, porém, nos últimos anos, soluções elevam-se na tentativa incessante de disponibilizar a cada cidadão um serviço que reflita qualidade. Desvencilhar-se dos óbices que eivam o acesso à justiça em sentido lato requer um conjunto de ações que englobam não apenas o Poder Judiciário, mas principalmente este, em conjunto com os demais operadores do direito, acadêmicos, sociedade, entre outros atores.

Um grande aliado para caucionar o que se almeja na justiça plena irrompe-se nos meios alternativos de tratamento de conflitos, e, sobretudo nas formas autocompositivas, em que os preceitos de cidadania se fazem presentes por meio da participação e do diálogo colaborativo, em prol da construção consensual da solução do litígio. Desta feita, o instituto da conciliação apresenta-se como instrumento salutar, que, recentemente, com o advento do novo Código de Processo Civil, ganhou maior visibilidade (ao lado da mediação), e, principalmente, recebeu espaço jurídico

para sua concretude nos trâmites do procedimento civil, o que, anteriormente, existia, de fato, apenas nos juizados especiais.

Por certo, os dispositivos que versam sobre a realização da audiência conciliatória no novo CPC são exíguos, destinados apenas às questões pontuais, como o prazo e duração, possibilidade de desinteresse e comparecimento injustificado das partes. No mais, ao que tange a dimensão da audiência conciliatória, a fim de englobarem-se aspectos que aperfeiçoem um serviço de qualidade, este não contempla. Nesta senda, a qualificação do conciliador, a disponibilidade de informação às partes, a multidisciplinaridade essencial à maioria das lides, entre outros temas que incorporam o acesso qualitativo à justiça, não estão no código, mas já soam de maneira unânime nos debates que tratam sobre meios de efetivação do acesso à justiça.

Ademais, tais estudos e discussões já permeiam os bancos acadêmicos, o que faz crer que os futuros operadores do direito estão propícios a fomentar os meios pacíficos de solução de conflitos. Por outro lado, introduzindo a conciliação no novo Código de Processo Civil, está-se aproximando à sociedade da justiça consensual, o que é de grande valia na busca pela mudança de paradigma que tanto se almeja. Apenas com esforços conjuntos os resultados aparecerão, e os primeiros passos já foram dados. ●

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Guilherme de. **Acesso à justiça, direitos humanos e novas esferas da justiça**. Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar. São Carlos, v. 2, n. 1, jan-jun 2012, p. 83-102.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição.**Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA, Caetano Neto (Coord.). **Mediação e Gerenciamento do Processo:** Revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Editora Atlas, 2007

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Aceso em: 26 set. 2016.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**: Uma abordagem crítica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie. Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DOURADO, Sabrina. **Descomplicando Processo Civil.** 2ª edição. Recife: Armador, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Marcha do Processo.** Rio de Janeiro; Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n, v. 10,jul./dez., 2007.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 153.

NALINI, José Renato. Acesso à Dignidade. In:YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. 1ª Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 255.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 15º Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SALES, Lília Maia de Morais. **Mediare**: um guia prático para mediadores. 3ª edição, rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 14º ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Os (des) caminhos da jurisdição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

TENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça.**Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 23-35, jan./mar. 2011.

VEZZULLA, Juan Carlos. **A Mediação de Conflitos com adolescentes autores de ato infracional.** Florianópolis: Habitus, 2006.

Advocacia e Adequada Solução de Conflitos na Esfera Judicial

Camille Gonçalves Javarine Ferreira
Pós-Graduada em Direito Público e Privado (EMERJ), Juíza Coordenadora de CEJUSC (TJDFT)

André Luís Vieira Macabeu
Pós-Graduando em Direito Público (PUC-MG), Advogado e Mediador Voluntário (TJDFT)

RESUMO: Essencial à administração da justiça por força constitucional, a advocacia demanda o acompanhamento das efervescentes evoluções legislativas. No contexto recente, a incorporação dos meios consensuais de resolução de conflito ao procedimento civil positivado traduz relevante questão cuja análise se mostra fundamental. Os meios consensuais de solução de conflitos revelam-se, em muitos casos, a melhor alternativa para a pacificação social – sendo esta, indubitavelmente, escopo do processo judicial. A força trazida aos institutos da mediação e conciliação pelas inovações legislativas configura verdadeira alteração de paradigma, transferindo aos envolvidos o protagonismo da resolução de suas próprias demandas. Diante disso, é necessária a adequação da conduta do advogado às peculiaridades e técnicas inerentes aos métodos consensuais, pautando sua atuação em favorecimento de uma comunicação eficiente entre as partes e identificando seu papel de assessoramento jurídico objetivo, em preterimento a posturas beligerantes de outrora. As alterações trazidas pela Resolução 125/2010, pelo novo Código de Processo Civil e pela Lei de Mediação refletiram indubitavelmente no novo Estatuto de Ética e Disciplina da OAB. Mais do que isso, repercutem na atuação do patrono e na forma de vislumbrar o conflito e suas possíveis soluções, tornando forçoso que se conheça as alternativas à tradicional sentença resolutiva e se perquira, a cada caso, qual o melhor caminho a ser oferecido ao cliente. A atuação do advogado colaborativo na nova realidade do conflito indica a necessidade de preparação, própria e do cliente, para as

recentes metodologias e técnicas empregadas na condução da conciliação e da mediação como vias de empoderamento e comunicação entre as partes. Assim, no panorama surgido das novas disposições legais, o advogado deve reconhecer seu papel de corresponsável pelo sucesso dos métodos consensuais, por nestes identificar o meio mais adequado para atender aos reais interesses de seu cliente, superando a arraigada crença de ser a decisão judicial adjudicatória a única alternativa segura à solução dos conflitos e percebendo que, conquanto não desvalide a inegável relevância da jurisdição, a solução integrativa atingida pelos próprios sujeitos se revela generoso caminho de pacificação.

1. ADVOCACIA, JUSTIÇA E MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A advocacia demanda constante atenção às inovações legislativas. Dentre as mudanças mais modernas, merecem destaque as concernentes aos métodos consensuais de resolução de conflitos, notadamente quando se considera o recente contexto de normatização da mediação. De fato, a promulgação do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015) evidencia a necessidade de tais institutos serem melhor observados pelos operadores jurídicos, nestes incluídos os advogados, pontes entre o anseio do jurisdicionado e a aplicação do Direito.

É no intuito de esclarecer alguns dos vieses presentes na relação entre a atuação do advogado – apoiada novo Código de Ética e Disciplina da Advocacia (Resolução 02/2015 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), 1º de setembro de 2016) – e a mediação judicial, tal qual disciplinada na Lei de Mediação e no novo regramento processualista civil, que o presente estudo se realiza.

Inegável a relevância do patrocínio jurídico no deslinde das mais diversas controvérsias. Não por acaso, a Carta Magna de 1988 prevê, em seu art. 133, a indispensabilidade do advogado à administração da justiça, indicando o relevo da tarefa exercida pela ampla classe advocatícia. Como elucida OLIVEIRA JUNIOR, não se trata, em verdade, da relevância da advocacia, "a importância, realmente, é da justiça, e sem essa o advogado carece de seu fim. (...)A importância de se ter a advocacia no texto constitucional deve ser tomada em sua plenitude literal e de responsabilidade inigualável" (2002, p. 22/23). Nesse prisma, o exercício da advocacia

traduz não apenas prestação de serviços contratados, mas também a prática de encargo com repercussão social e de relevância pública. (COÊLHO; 2016, p. 90).

É sob o prisma dessa responsabilidade que deve ser enxergada a postura do advogado perante os métodos consensuais de resolução de conflito. De certo, é desafiadora a mudança. Necessário reconhecer que a visão da advocacia como guerreira rumo ao combate litigioso se mostra disseminada e arraigada por toda a sociedade. De modo ainda mais abrangente, tem-se que a própria sociedade se estabeleceu sobre alicerces de resolução litigiosa de conflitos. Como pondera VEZULLA, partimos de uma cultura com "(...) longa tradição de converter os conflitos em litígios e abordá-los desde a posição de enfrentamento que se resolve por meio da tentativa de cada parte de demonstrar ao juiz ou terceiro que tomará a decisão, que seus direitos e razões são mais convincentes" (2014, p. 57).

Assim, a inserção dos chamados meios alternativos de solução de conflitos, que fogem ao modelo habitual litigioso e beligerante representado pela sentença judicial representa real transformação na condução de divergências sociais. Tal mudança é necessária e desejada. Reiteradamente se afirma que o Poder Judiciário carece de novos caminhos para solucionar seu notório congestionamento e concretizar os ditames constitucionais de acesso à justiça em prazo razoável. Contudo, é mister ultrapassar a visão organizacional e perceber que, sendo o processo mero instrumento de veiculação do conflito, o ideal de justiça perseguido pelo ordenamento jurídico não necessariamente exige a tradicional cognição judicial. Com efeito, a cognição judicial não se mostra mais próxima de justiça que a solução consensual.

Em que pese a ainda prevalente noção de segurança[1] e superioridade que circunda a sentença, o modelo tradicional de enfrentamento dos litígios na esfera judicial tende a primar pela resolução técnica, em

1 "Unidos pelo conflito, os litigantes esperam por um terceiro que o 'solucione'. Espera-se pelo Judiciário para que diga quem tem mais direitos, mais razão ou quem é o vencedor da contenda. Trata-se de uma transferência de prerrogativas que, ao criar 'muros normativos', engessa a solução da lide em prol da segurança, ignorando que a reinvenção cotidiana e a abertura de novos caminhos são inerentes a um tratamento democrático. (...) Assim, as atenções continuam centradas na figura do juiz, do qual se espera a última palavra, 'não importa qual, mas a última'. (...) Nesses termos, os juízes creem que sua função é administrar justiça e que a realizam, quando decidem, a partir de um conceito, simultaneamente, metafísico e determinista, que não leva em consideração, salvo raras exceções, o que as partes sentem como o justo no litígio que vivem, a tal ponto que, em alguns casos, a distribuição de justiça termina sendo uma violência para com uma das partes. Quando um juiz se preocupa em comparar se seu conceito abstrato de justiça corresponde às expectativas do que é justo para as partes?" (SPENGLER; 2010, *online*).

detrimento aos reais interesses das partes, em um trâmite que costuma ser demorado, caro e, não raras vezes, ineficaz. Dificilmente os envolvidos atingirão real satisfação de seus desejos por intermédio da decisão judicial. De fato, "A parte e o advogado, ao ingressarem com a ação, não buscam uma solução conciliada do caso, mas sim uma sentença. E a sentença, apesar de ser uma solução para o caso, não leva necessariamente à pacificação das partes" (GAJARDONI; LUCHIARI

ROMANO; 2007, p. 19). Nesse sentido, esclarecedora é a lição de GRINOVER, manifestando-se sobre os métodos consensuais de resolução de conflitos:

> *É isso que vem finalmente indicar aquela que talvez seja a função primordial da conciliação: a pacificação social. Esta não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto; que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela costuma insugir-se com todos os meios de execução; e que, de qualquer modo, se limita a solucionar a parcela da lide levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do iceberg. (1990, p. 192)*

Diante desse panorama, forçoso reconhecer que a percepção de justiça – à qual o advogado é essencial – não pode se ater apenas às noções formalistas e burocráticas encerradas no trâmite processual regular. Por vezes, resultado justo é o que advém do diálogo entre as partes, mediante a aplicação de técnicas apropriadas e com observação dos reais interesses envolvidos. Assim sendo, louváveis as alterações normativas mencionadas, as quais passam a ser brevemente analisadas no tópico que se segue.

2. REGULAMENTAÇÃO DA MEDIAÇÃO JUDICIAL E NOVO CÓDIGO DE ÉTICA DA ADVOCACIA

Antigo anseio dos entusiastas da mediação, a regulamentação do instituto no Brasil ocorreu com a Lei 13.140/2015, chamada de Lei da Mediação. É este diploma que prevê, no parágrafo único do art. 1º, que "Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro impar-

cial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia".

O marco legal da mediação adveio na esteira de uma nova mentalidade, materializada na Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que instaurou uma nova política pública[2] visando estimular e aperfeiçoar os métodos consensuais de solução de conflitos, e considerando conciliação e mediação como instrumentos efetivos de pacificação social e meios para solucionar e prevenir litígios[3]. A resolução regulamentou a atuação dos serviços judiciais de conciliação e mediação, buscando assegurar a todos o "direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade" (art. 1º). A atuação do CNJ assume transformador papel no tratamento dos conflitos pelo ordenamento jurídico pátrio, de relevo irrefutável no escopo de se oferecer acesso à solução jurídica justa. Nesse contexto

> *A Resolução propõe um verdadeiro divisor de águas na história do Judiciário, que até então sempre teve suas raízes fincadas da sentença, na resolução adjudicada dos conflitos. Em verdade, a eleição desta política pública como um investimento, como uma aposta para a solução da crise pela qual passa o Poder Judiciário se deu fundamentalmente por duas premissas basilares. O primeiro deles é o fato de que, na prática, a sentença adjudicada, imposta, não cumpre o objetivo precípuo da jurisdição que é a pacificação social. (...] com a sentença uma das partes, senão ambas, sempre ficará insatisfeita e, com isso, provavelmente sobrecarregará ainda mais o Judiciário com a interposição de recursos. (...)Além disso, com o longo trâmite dos processos judiciais*

2 "O momento de quebra de paradigmas das inovações legislativas que ampliaram o sistema multiportas, colocados à disposição do cidadão para a resolução dos conflitos por meios que lhe sejam mais adequados, iniciou-se com a Res. CNJ 125/2010. De forma pioneira, o Poder Judiciário passou a criar políticas públicas para o tratamento adequado dos conflitos de interesses, a incentivar programas e ações de incentivo à autocomposição de litígios, à criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCS) e a disseminar uma cultura do diálogo, da pacificação social e a incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas de autocomposição" (NUNES; 2016, p. 35).

3 "Consequentemente, o objetivo maior dessa política é pressionar e reclamar uma prestação jurisdicional célere e eficaz, capaz de tratar os conflitos decorrentes das relações sociais, aproximando a jurisdição da cidadania, para que haja efetividade do acesso à justiça. Desse modo, o que se almeja é um Estado participativo que se aproxime do seu cidadão e busque a defesa das questões sociais, priorizando a inclusão social através da valorização da cidadania e da participação" (MIGLIAVACCA; OLIVEIRA; 2014, *online*).

> *muito provavelmente quando obtida a decisão será de pouca efetividade para a parte que a espera. Sem falar no relevante fato de que, no mais das vezes, o que se traz ao processo é apenas parte do conflito. E o Poder Judiciário, amarrado aos princípios, normas e limites processuais, fica adstrito a decidir o que consta dos autos(...). Tais moldes, como dito, além de não pacificarem socialmente também contribuem para a sobrecarga do Poder Judiciário com o ajuizamento de novas demandas (PAGLIONE; SCHRODER; 2012, online).*

A política pública formalmente inaugurada com a Resolução 125 se fortaleceu com a promulgação do CPC de 2015. Isso porque o novel diploma deu chancela de lei à mediação, até então trabalhado como diretriz ou indicação de entusiastas e do CNJ. Já no início da lei, em seu art. 3º, parágrafo segundo, ao tratar do acesso à função jurisdicional, explicita a norma que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. O parágrafo seguinte determina que conciliação, mediação e outros meios de solução consensual de conflitos devem ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e promotores, mesmo durante processo judicial já instaurado. A inserção de tais indicações na base principiológica do novo regramento processual demonstra inegável atenção à necessidade de os conflitos serem tratados de modo adequado, inclusive quando já judicializados. O CPC ainda trata, em outras oportunidades, da conciliação e mediação, dedicando relevo indiscutível aos institutos[4].

Com efeito, há uma inteira sessão dedicada aos mediadores e conciliadores judiciais, determinando a criação de Centros Judiciários de So-

4 "A mediação é uma das principais apostas do novo CPC para lidar com a crise da justiça. O legislador previu que o jurisdicionado, ao adentrar no tribunal, não terá a seu dispor apenas a via da sentença, isto é, da decisão imposta. As partes podem optar por outro caminho – o dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos, criados pela Resolução 125/2010 do CNJ –, no qual serão disponibilizados profissionais capacitados em mediação ou conciliação, para auxiliá-las nas tratativas das questões em conflito, com vistas à obtenção de um acordo. (...). Essa é a promessa do código, que estabelece um rito comum (...), cuja fase inicial, antes mesmo do oferecimento de defesa pelo réu, prevê a tentativa de solução consensual do litígio por meio de um dos métodos consensuais. Guardadas as devidas proporções, trata-se de uma versão mais modesta do sistema de "tribunais multiportas", adotado nos Estados Unidos desde a década de 1970, por meio do qual são disponibilizadas às partes outras vias de solução de conflito além da sentença, dentro do ambiente do tribunal ou sob sua chancela. O modelo brasileiro conta, porém, com um incentivo adicional, na medida em que somente a impossibilidade de transação quanto ao direito em jogo no processo e a manifestação expressa e prévia de desinteresse de ambas as partes as desobrigam de comparecerem à primeira reunião, agendada quando da propositura da ação. Além disso, decerto inspirado na legislação argentina, o novo CPC sanciona com multa o não comparecimento injustificado de qualquer das partes àquela primeira audiência, no valor de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, a ser revertida em favor da União ou do Estado" (ALMEIDA; PANTOJA; 2016, online).

lução Consensual de Conflitos – os CEJUSCs –, estabelecendo regras para credenciamento e atuação de conciliadores, mediadores e câmaras privadas de conciliação e mediação, e determinando os princípios informadores desses meios consensuais de resolução de conflitos: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada. Por sua vez, o CPC prevê audiência de conciliação e mediação, que apenas não será realizada quando ambas as partes se manifestarem antecipadamente nesse sentido, havendo, inclusive, imposição de multa à ausência injustificada[5]. É clara a atenção aos métodos que se valem de um terceiro facilitador para que as próprias partes alcancem à solução do conflito e à pacificação mais completa (GRINOVER; 2015, p. 18).

Assim, fixadas as premissas processuais da atuação do mediador e do conciliador judiciais, natural (embora fruto de grande esforço) a promulgação da Lei da Mediação, três meses após o CPC, aprofundando o tratamento do instituto e intensificando a necessidade de seu estudo e aperfeiçoamento. O novel diploma complementa, assim, a normatização da mediação, incluindo a regulamentação da mediação extrajudicial e envolvendo a Administração Pública. (ALMEIDA; PANTOJA; 2016, *online*).

Traçado o cenário normativo sobre o tema, de se notar a adequação representada pela edição do Código de Ética e Disciplina da OAB, em outubro de 2015, revogando a norma anterior, datada de fevereiro de 1995. Elogiável a sintonia da instituição em buscar modernizar os preceitos éticos indicados aos seus associados, diante da evolução jurídica ocorrida nos 20 anos desde a codificação anterior.

Destaca-se a previsão, entre os deveres do advogado, do estímulo à mediação entre os litigantes. Contudo, é de se notar que desde o antigo regramento já havia a previsão de ser dever do causídico estimular a qualquer tempo a conciliação, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios (art. 2º, parágrafo único, inciso VI, em ambos os diplomas). Ainda, ao tratar do regramento incidente sobre a cobrança de honorários

5 A esse respeito, confira-se o relevante teor do Enunciado nº 45 do Fórum Nacional de Mediação e Conciliação (FONAMEC): "Somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC/2015, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa de que trata o art. 334, parágrafo 8º." Ainda, merece destaque a tentativa de transformar a presença das partes em presença qualificada, de nada valendo que haja nomeação de representante que desconheça a situação fática envolvida ou não disponha de meios de negociação em nome do representado, consoante explicita o enunciado nº 53 do FONAMEC: "As pessoas jurídicas deverão indicar prepostos ou procuradores com reais condições de apresentar propostas de autocomposição do litígio, sob pena de incidirem na multa de que trata o §8º do art. 334 do CPC".

advocatícios, inova o art. 48 suas disposições também são aplicáveis à mediação, conciliação, arbitragem ou qualquer outro método adequado de solução de conflitos, sendo vedada, em qualquer hipóteses, a diminuição de honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer meio adequado de solução extrajudicial[6]. Por fim, o Código de Ética ainda prevê a possibilidade de o advogado atuar como conciliador, mediador ou árbitro, explicitando sua incidência nessas hipóteses (art. 77), e determinando que, em tais casos, a tais causídicos se aplicará também o dever de sigilo (art. 36, parágrafo segundo).

A ausência de dispositivos que tratem especificamente de como deve ocorrer o estímulo ou de como deve se portar o advogado, enquanto patrono da parte, mediante o uso de métodos consensuais de resolução da lide jurídico-sociológica não significa merecer o tema descuido ou abandono. Ao contrário, deve o operador do Direito se socorrer a outras fontes para determinar sua melhor atuação diante da evolução do sistema jurídico no que diz respeito a tais meios de solução de conflitos. Notadamente, quando as tentativas de se resolver a lide sociológica se der no bojo de um processo judicial, é fundamental a atenção do advogado sobre seu papel na metodologia empregada.

É inegável a relevância da presença do advogado durante as sessões de tentativa de solução consensual de conflitos. O art. 26 da Lei de Mediação determina que a mediação judicial deve se dar com as partes assistidas por advogados, ressalvadas as hipóteses legais de dispensa de patrono para atuar em juízo – substanciada nos feitos que transcorrem perante os Juizados Especiais Cíveis, estaduais ou federais, quando

6 De fato, o tratamento das verbas honorárias constitui um grande desafio à aplicação dos métodos adequados de solução de conflitos. Os moldes atualmente utilizados para ajuste do contrato de prestação de serviços advocatícios estimulam a cobrança por duração do processo/quantidade/espécie de atos praticados, sem considerar questão da maior relevância: sendo mais interessante ao cliente que a lide sociológica seja resolvida com a maior brevidade possível, e obtendo o resultado mais adequado, o acordo assim obtido deveria ser o caminho melhor remunerado, haja vista alcançar a maior satisfação do patrocinado. Contudo, ainda carece o meio jurídico de mecanismos para regular a questão remuneratória dos advogados em mecanismos consensuais de solução do litígio e, em que pese existam grandes litigantes que a cada dia se fazem mais frequentes nos CEJUSCs, ainda não demonstram real interesse em melhor remunerar os patronos que alcancem resultados consensuais válidos com a postura colaborativa desejada, em detrimento dos que ainda ignoram a nova sistemática das sessões de conciliação e mediação judiciais. Ainda, a respeito dos honorários: "Muitos advogados combinam a percepção de valores por atos processuais praticados e acabam apenas se referenciando a elementos inerentes a métodos adjudicatórios. Nos meios consensuais, o padrão de remunerar o advogado a partir das fases do processo contencioso não terá utilidade. A cobrança segundo a lógica contenciosa acaba tornando o advogado focado na extensão do litígio, de onde poderá extrair ganhos conforme o ampliado desenrolar do tramite processual. (...)A percepção imediata e célere dos honorários por sua remuneração na preparação e no assessoramento durante as sessões consensuais por certo atende a interesses econômicos dos advogados. Além disso, a cobrança pode ser diversa quando da atuação técnica para tornar o acordo um título executivo (extrajudicial ou mesmo judicial)" (TARTUCE; 2016, online).

o valor da causa o permite. Nessa toada, o art. 334, parágrafo oitavo, do novo CPC, indica que as partes devem estar acompanhadas de seus respectivos advogados quando da realização da audiência de conciliação ou mediação. Sem dúvidas,

> *A essencialidade da defesa técnica se extrai não só por esta se traduzir no ganho de confiança da parte para concretizar o acordo; mas, mormente, pelo fato de a eventual avença, homologada pelo juiz por sentença (art. 334, parágrafo 11º, NCPC), ter aptidão de definitividade (art. 487, III, "b", NCPC), devendo ser esclarecidas previamente às partes as consequências oriundas do negócio jurídico. (HARTMANN; MENDES; 2016, p.114)*

Contudo, a mera presença física do advogado na sessão não representa a desejada participação no processo. Ao oposto, a atuação com desconhecimento das técnicas empregadas e do escopo da audiência tende a gerar maior desagregação e desconfiança. É certo que o patrono exerce grande impacto nas tentativas de solução consensual do litígio, uma vez que tem a escolha entre estimular a manutenção do conflito ou batalhar pelo seu encerramento pelo modo mais adequado a cada caso. É no desprendimento à cultura do litígio, com percepção de que as estratégias jurídicas devem ser revistas, (SILVA; 2013, p. 313) e que as situações vivenciadas nas sessões de mediação e conciliação não podem servir de munição para futuras alegações que surge o espaço para a redefinição do advogado no contexto dos meios adequados para solução dos conflitos.

3. O ADVOGADO E A MEDIAÇÃO OU CONCILIAÇÃO JUDICIAL[7]

Compreendendo o advogado a evolução representada pelo tratamento adequado aos litígios, é mister que pondere a melhor forma de colaborar com as alterações implementadas.

7 Não se ignora a efervescente discussão acerca das diferenças entre mediação e conciliação. Contudo, não sendo este o tema do presente estudo, não serão esmiuçadas as divergências a respeito, considerando-se tão só a noção de serem ambas formas de negociação assistida por um terceiro neutro e imparcial, cuja função fazer as partes se comunicarem melhor, descobrirem seus verdadeiros interesses e necessidades e colaborarem para gerar múltiplas opções de acordo mutuamente convenientes (LAMM; 2016, *online*). Some-se a isso o critério utilizado pelo CPC, segundo o qual a atuação do conciliador será preferencial em casos sem vínculo anterior entre as partes e a do mediador ocorrerá prioritariamente quando existir vínculo anterior entre demandante e demandado, sendo vedado em ambos os casos qualquer tipo de constrangimento ou intimidação (art.165, parágrafos segundo e terceiro).

A primeira questão a ser enfrentada diz respeito à viabilidade da indicação de mediação ou conciliação ao litígio apresentado pela parte. Isso porque é dever do advogado, consoante define o artigo oitavo do Código de Ética, indicar quais as alternativas existentes diante do problema sócio-jurídico vivenciado por seu cliente. De fato, "O Código de Ética define essa relação no sentido do advogado sempre informar o cliente de forma muito clara dos eventuais riscos e consequências que poderão ocorrer da eventual lide", vedando o ingresso em demandas temerárias ou sem se tentativa anterior de um papel conciliador, evitando-se, assim, o litígio desnecessário (CARDELLA; CREMASCO; 2005, p. 159). Para tanto, é fundamental que o advogado, em busca da solução do fato gerador do conflito e não apenas deste, compreenda os possíveis meios de resolução disponíveis, para que, estando seguro, possa oferecer ao cliente o mais adequado (BORGES; 2017, *online*).

A compreensão do conflito apresentado, com teste de realidade e riscos envolvidos, perfaz a primeira etapa da análise da demanda trazida pelo cliente ao advogado[8]. Vencidas possíveis vedações legais à transação em razão da matéria envolvida,[9] a mediação é indicada, em razão da metodologia implementada e das técnicas utilizadas, para conflitos envolvendo relações continuadas, como as envolvendo familiares, vizinhos, ou relações contratuais duradouras[10] e com grandes repercussões. O fundo emocional tende a ser critério preponderante para a recomendação da mediação. Ainda, questões que envolvam múltiplas partes e múltiplas questões tendem a obter bons resultados pelo uso da mediação, por ofertar oportunidades vantajosas para trocas complexas (COOLEY; 2001, p. 64).

8 "O advogado analisará o caso sob o ponto de vista jurídico, econômico e negocial (chances de êxito, custo da demanda vs. Tempo, perda de chances e oportunidades (...)). Os cenários serão avaliados e os riscos pontuados. Durante essa fase, o advogado também deverá questionar o cliente para melhor compreender o conflito sob a ótica dele (...). [...] utilizando-se das mesmas técnicas do mediador, o advogado utilizará perguntas abertas para acessar os interesses do cliente, (...) as verdadeiras motivações, isto é, aquilo que sustenta o conflito." (FUOCO; 2015, *online*).

9 "[...]algumas espécies de conflitos são absolutamente insuscetíveis de serem resolvidos por meio da mediação, porque a matéria objeto do litígio não comporta transação e depende, por expressa reserva legal, exclusivamente de sentença judicial. Trata-se, por exemplo, do caso das ações de interdição, de falência ou de retificação de registro público. Ocorre, porém, que nem todo conflito versa integralmente sobre direitos indisponíveis – há, em algumas hipóteses, a possibilidade de cisão da parte patrimonial [...]. E mesmo quando se trata de direitos sobre os quais não se pode dispor, há casos em que, ainda assim, a lei permite a transação entre as partes" (ALMEIDA; PANTOJA; 2016, p. 206).

10 "[...] é preciso trabalhar com o conceito de filtragem de conflitos e não apresentar a mediação, de forma utópica e genérica, como mecanismo hábil a pacificar todo e qualquer conflito. Insistimos na tese de que a mediação não se presta a conflitos 'descartáveis'. Sua razão de ser está nos conflitos surgidos a partir das relações duradouras (...) que pré-existem à lide e que continuarão a existir, independente da solução dada àquele caso, (...) no qual predomine o componente emocional sobre o jurídico" (PINHO; 2008, p.2)

No caso da mediação judicial, a análise se dá para a manifestação sobre o desejo da audiência do artigo 334 do CPC se concretizar e, após já designada a sessão, a identificação sobre ser hipótese em que a mediação se recomenda permite uma melhor preparação para a solenidade. É imprescindível que haja uma elaboração anterior à sessão, interna e externamente. Vital a assimilação de que no tratamento consensual não se busca convencer sobre a validade ou invalidade de posições jurídicas (TARTUCE; 2016, *online)*, mas trabalhar os fatos e sentimentos relevantes e o interesse real dos envolvidos.

Diante da especial dinâmica do processo conciliativo, após identificar o real interesse e as questões subjetivas do cliente – não o provimento jurisprudencial pretendido, mas o que de fato lhe satisfaria –, e perceber a importância da mediação para satisfazê-lo, é fundamental que o patrono elucide ao patrocinado sobre as especificidades desse método, preparando-o para uma realidade que, embora judicializada, se afasta do desenho tradicional do Poder Judiciário. Assim, a mediação se inicia antes mesmo da sessão, com o advogado se preparando e esclarecendo[11] ao cliente que as conversas ocorrerão em um ambiente não adversarial, sem formalismos, sem posições competitivas e tendo a argumentação jurídica em segundo plano diante da prioritária validação de sentimentos, e não sendo o terceiro imparcial presente julgador, mas facilitador no processo coparticipativo de decisão consensual, "auxiliando na identificação de seus interesses, cuidando do ambiente da mediação para que seja favorável à formação de acordo que pode ser mais eficaz e célere e, por vezes, até mais efetivo para a plena resolução do conflito" (LEITE; 2017, *online*).

Na sessão, a atuação do advogado é essencial[12]. Sua presença não ocorre apenas em função da imposição legal, mas como fonte de valoroso auxílio ao condutor da sessão, facilitando e enriquecendo o processo, com sua experiência e criatividade na geração de opções que atendam ao real interesse do patrocinado, ciente de que a melhor forma de representar

11 "Se a via escolhida for a consensual, compete ao advogado orientar o cliente, fazendo uma verdadeira avaliação da situação concreta, que ofereça mensuração razoável do que pretende. Com a correta preparação para os meios consensuais, as partes estarão mais propensas à influência de uma negociação pautada pela busca de resoluções integrativas" (SILVA; 2013, p. 311).

12 "Faz-se necessária, portanto, uma mudança conceitual na atuação do advogado, (...) não mais como representante do autor e réu, do suplicante e suplicado, do varão e varoa; mas como parte do todo, colocando-se no mesmo plano, para enxergar o conflito não sob o prisma do saber jurídico parcial, mas sob o prisma da solução jurídica viável, justa e adequada, discernindo as hipóteses onde é possível a mediação, antes da opção pela arbitragem ou jurisdição. Abandona-se, num primeiro momento, a concepção de 'luta' com o outro e busca-se a compreensão do outro para, em seguida, alcançar a cooperação em prol de um bem maior, onde não haja vencedores e vencidos" (MÁXIMO; PEREIRA; 2016, p. 238).

seu cliente não é aumentando a polarização entre as partes ou demonstrando intransigência, mas adotando postura colaborativa[13] que reforce a confiança e a segurança das partes no método consensual e na resolução construtiva, expandindo e fortalecendo autodeterminação (SILVA; 2013, p. 311). O foco não é o conflito jurídico, esse é apenas reflexo; o processo é mero instrumento da questão humana pendente, cuja resolução é alcançada pelo empoderamento das próprias partes e restabelecimento da comunicação – fenômenos esses que, por si só, já resultam em incontestável acréscimo para os envolvidos.

> *Um advogado diligente sabe não só se comportar em uma sessão de mediação, mas também ter consciência de que ser beligerante não ajudará o seu tutelado, quando a via escolhida for esta. Sabe que se o momento é de diálogo deve se desarmar e orienta seu cliente a colaborar, a ouvir aproveitando as técnicas de negociação aplicadas neste método. Ainda que as partes não cheguem ao final desse procedimento a um acordo, todos podem se beneficiar, seja pelo avanço na implementação do diálogo, seja pela geração de opções ou pela identificação dos reais interesses das partes. (BORGES; 2017, online).*

O art. 10º do Código de Ética da OAB esclarece que a relação entre cliente e advogado é de confiança, sendo essa essencial para a manutenção daquela. Essa mesma confiança reflete para os mecanismos utilizados na solução do conflito, quando o patrono indica sua viabilidade e adequação ao problema apresentado. Há a reverberação, para o trabalho desenvolvido, da confiança patrono-patrocinado. Nesse contexto, é dever do advogado incentivar o protagonismo das partes no processo consensual (SILVA; 2013, p. 312). São destas os interesses em conflito, e são elas que precisam, mediante o empoderamento necessário, alcançar a melhor forma de resolvê-lo. Assim, na sessão de conciliação ou mediação, é funda-

13 "Ao intervir na sessão de mediação, espera-se que o advogado adote uma postura colaborativa dada a natureza não adversarial da mediação. Isso não quer dizer que o advogado deixará de negociar para alcançar os objetivos do cliente, afinal mediação é uma negociação facilitada por um neutro. Entretanto, sua atuação deve ser adaptada ao ambiente da mediação, onde impera uma postura de cooperação com foco na criação de soluções com benefícios mútuos (*win-win*). Posturas beligerantes, competitivas e negociações baseadas em barganha – técnicas, aliás, há muito superadas – não se coadunam com o processo de mediação e só aumentam o grau de litigiosidade entre as partes" (FUOCO; 2015, *online*).

mental que sejam ouvidas as partes, independentemente de estarem ou não representadas por advogados, uma vez que a oitiva não busca firmar posições jurídicas, mas identificar as questões subjetivas que as motivam. A fala do advogado não supre a fala da parte, para a dinâmica integrativa.

O protagonismo das partes encontra alicerce primordial nos esclarecimentos e orientações do patrono. Conforme preceitua o CPC (art. 166), é princípio orientador dos métodos consensuais a decisão informada[14], sendo notável a contribuição dos advogados[15] nessa necessidade (CHAGAS; MAZZEI; 2016, p. 80). Também relevante ponderar que, caso haja patente desequilíbrio de poder entre as partes, o mediador deverá suspender a sessão para que o desassistido busque assessoria jurídica (AZEVEDO; 2016, p. 257). A medida independe da concordância da outra parte, entretanto, a postura colaborativa do patrono, que percebe que as opções geradas e as informações objetivas fornecidas são de benefício mútuo, tende a minorar a necessidade de tal intervenção.

No que diz respeito à realidade dos CEJUSCs, previstos no artigo 165 do CPC como a unidade judicial indicada para realização das sessões de conciliação e mediação, a cooperação do advogado com o processo conciliatório necessariamente perpassa no respeito ao conciliador ou mediador como autoridade na sessão que preside, condutor de todos os trabalhos a serem realizados. Independente da formação jurídica do mediador ou conciliador, sua atuação é precedida de capacitação consoante determinado na Resolução 125/2010, com coordenação dos Núcleos Permanentes de Mediação e Conciliação (NUPEMECs) de cada tribunal, além da supervisão de um juiz coordenador, conforme preceitua o art. 9º da Resolução. Deste modo, dentro da sessão, o condutor e autoridade é o mediador, capacitado e investido para tal.

Assim sendo, iniciada a sessão de conciliação ou mediação, é fundamental que o advogado não apenas perceba não ser dispensável o termo ou declaração de abertura[16], mas também que neste momento estão sen-

14 "(...) somente se considera legítima uma solução na mediação (ou conciliação) se a parte possui plenas informações quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserida. Por esse motivo, não se considera adequada a composição quando alguém desconhece seus direitos." (AZEVEDO; 2016, p. 160)

15 "O advogado deve exercer a corresponsabilização, junto ao mediador, de que os participantes se comprometam com as suas decisões com total consciência das responsabilidades assumidas e fundamentalmente da transcendência e repercussão de seus atos sobre si mesmos e terceiros" (VEZULLA; 2014, p. 61.)

16 A sessão ou declaração de abertura é o momento de contato inicial entre as partes e o mediador/conciliador, tendo como propósito apresentar àquelas o processo de mediação/conciliação. Nesse momento, o mediador/conciliador explica como o processo se desenvolve, os princípios a que se submete, e as regras que deverão ser seguidas, no intuito de deixar as partes confortáveis com o processo em si, e de evitar futuros questionamentos quanto a seu

do estabelecidas as regras que ditarão a condução da sessão, com informações sobre o papel do condutor na solenidade realizada, bem como os princípios a ela aplicáveis e os mecanismos possíveis de serem utilizados. De fato, assim como ocorre com as demais peculiaridades das sessões que aplicam a nova visão de solução adequada de conflitos, a participação pretérita do advogado, elucidando antes da sessão cada parte do procedimento adotado, se mostra crucial.

Nesse prisma, e considerando a inestimável colaboração a ser oferecida pelo advogado quando presente – de modo atuante e colaborativo, e não apenas fisicamente – nas sessões, em nada contribui a circulação entre diversas audiências que ocorrem ao mesmo tempo nos CEJUSCs, de modo que o advogado não acompanha o pacto de confiança em cada uma estabelecido, atrapalha as técnicas que se tenta aplicar e demonstra indiferença ao elevado trabalho que é realizado. Ainda, importante ponderar que não cabe às partes a escolha do mediador judicial, conforme preceitua o art. 25 da Lei de Mediação, embora ainda aplicáveis os casos de suspeição e impedimento (HARTMANN; MENDES; 2016, p.113).

Outra questão que merece destaque é a aplicação da confidencialidade nas sessões de conciliação e mediação. Princípio informador do processo de mediação e conciliação, é em razão da confidencialidade que as partes não podem fazer constar, sem anuência da outra – e anuência qualificada, ou seja, com real compreensão dos efeitos possivelmente gerados –, qualquer informação sobre a sessão, inclusive sobre a não aceitação de proposta de acordo. Os argumentos e sentimentos expostos não constituirão prova, e o condutor da sessão não deporá em juízo a respeito. Tais percepções partem não apenas da evidente necessidade de que as partes se sintam confortáveis para trabalhar suas questões subjetivas,[17] mas também de imposição legal, uma vez que previstas nos parágrafos primeiro e segundo do art. 166 do CPC, bem como no art.30 da Lei de Mediação.

Como parte da confiança estabelecida no processo de mediação, é mister que o advogado demonstre respeitar as medidas que se fizerem

desenvolvimento. É, também, a oportunidade em que o mediador firma sua presença e assume a figura de condutor do processo. (AZEVEDO; 2016, p. 168 e ss.)

17 Acerca da previsão do CPC: "[...] a confiança é o ponto central da mediação. Nesse passo, a confidencialidade é o instrumento que confere este elevado grau de compartilhamento para que as partes se sintam à vontade para revelar informações íntimas, sensíveis e muitas vezes estratégicas, que certamente não exteriorizariam num procedimento orientado pela publicidade. (...)e a confidencialidade resguarda a proteção do processo em si e de sua real finalidade, permitindo, com isso, que não se chegue a resultados distorcidos em favor daquele que se utilizou de comportamentos não condizentes com a boa-fé" (PINHO; 2016, p. 92).

necessárias no afã de se obter o melhor resultado para o conflito, e assim tranquilize a parte sobre os procedimentos. Pode ser necessário o uso de ferramentas diferenciadas para alcançar o real interesse dos envolvidos. Não é outra a razão pela qual o CPC determina, em seu artigo 166, parágrafo terceiro, que "Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição".

Dentre os mecanismos que causam maior estranheza aos advogados encontram-se as sessões ou reuniões privadas. De inestimável valor em um processo no qual se busca a identificação e o acolhimento dos reais sentimentos vivenciados pela parte, a oportunidade de o interessado ser ouvido com atenção integral do mediador encontra consistente amparo doutrinário[18]. Como elucida ALMEIDA (2016, p. 57/58):

> *As reuniões privadas ou individuais (...) têm por finalidade propiciar um espaço exclusivo de conversa com um dos mediandos, incluindo ou não sua rede de pertinência e advogado(s), e atendem a múltiplas finalidades: possibilitar o acesso aos discursos de cada um, sem interferência da presença do outro; provocar reflexões destinadas a solucionar aparentes impasses; identificar a pauta subjetiva da questão apresentada. Os objetivos mencionados podem ser ampliados e incluir, dentre outros, a oferta de perguntas autoimplicativas e o acolhimento de emoções que, levadas às entrevistas conjuntas, poderiam contribuir para a manutenção das barreiras do diálogo. (...) Mediadores devem sugerir reuniões privadas sempre que houver a percepção de que estas possibilitarão ganho para a dinâmica do processo de diálogo.*

Ao perceber a relevância do mecanismo empregado, o patrono não apenas deixa de resistir à sua aplicação, como passa a ser agente facilitador das técnicas recomendadas para condução da sessão. É idêntico o resultado com o teste de realidade, instrumento de grande relevância e cuja aplicação bem sucedida depende da compreensão e colaboração do advogado. Com efeito, a aplicação do teste de realidade busca a contextu-

18 Sua utilização se dá em diversas hipóteses, como elevado grau de animosidade entre as partes, dificuldade de uma ou outra parte de se comunicar ou expressar adequadamente seus interesses e as questões presentes no conflito, a percepção de que existem particularidades importantes do conflito que somente serão obtidas por meio de uma comunicação reservada, a necessidade de uma conversa com as partes acerca das suas expectativas quanto ao resultado de uma sentença judicial (AZEVEDO; 2016, p. 187).

alização da percepção da parte sobre o conflito e sobre suas pretensões, sendo de suma importância para aplicação do princípio da decisão informada, inclusive no que diz respeito à liberdade de escolha nas obrigações assumidas pelas partes (NUNES; 2016, p. 190).

Diante de todas essas ponderações, inquestionável a relevância do advogado nos meios consensuais de resolução de conflitos, especialmente os que compreendem o método utilizado e assumem o papel de relevo a eles dedicado, como auxílio jurídico e fonte de confiança na metodologia, sem ofuscar o protagonismo das partes. Como ensina o mestre VEZULLA:

As melhores mediações de que participei foram contando com advogados tão conscientes de sua função de assessores letrados que, longe de querer trazer decisões ou argumentações que fortalecessem a oposição e o enfrentamento, contribuíam esclarecendo os aspectos do Direito e do marco legal em que se estava trabalhando com conceitos que incluíam ambos os participantes. Passavam de ser advogados da parte a ser advogados do relacionamento (2014, p. 60).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: ADVOGADO COLABORATIVO E MUDANÇA DE PARADIGMA

É inegavelmente desafiadora a necessidade de ruptura da cultura da sentença (WATANABE; 2007, p.7) para o florescimento da cultura pacificação. Magistrados, advogados e partes demonstram apego à lógica judiciária de ganhador/perdedor, e veem no conflito algo negativo, sem considerar que constitui, em verdade, natural consequência do convívio social e que pode ser trabalhado por meios em que todos ganhem, dentro de um contexto de compromisso e participação (SPENGLER; 2010).

Ao oferecer a primeira resposta jurídica à questão trazida pelo cliente, assume o advogado relevo na mudança de paradigma social desejada pois, conhecedor das possibilidades consensuais de resolução, deve oferta-las quando mais adequadas, e auxiliar na compreensão da parte a respeito, para que esta não se sinta menos representada ou segura[19] por não obter uma decisão judicial nos moldes formais. Não há inferioridade no resultado consensual:

19 "Essa transformação somente se obterá com a mudança de mentalidade dos profissionais do Direito e também dos próprios jurisdicionados, que veem na solução adjudicada pela autoridade estatal a forma mais nobre e adequada de solução de controvérsias, quando a solução negociada e amigável pode propiciar aos conflitantes uma solução mais célere, barata, exequível e acima de tudo mais democrática, porque nascida do diálogo e do entendimento entre as próprias partes" (WATANABE; 2014. p. 37).

> *Há situações em que a justiça conciliatória (ou coexistencial) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de "segunda classe" são melhores, até qualitativamente, do que os resultados do processo contencioso. A melhor ilustração é ministrada pelos casos em que o conflito não passa de um episódio em relação complexa e permanente; aí, a justiça conciliatória, ou – conforme se lhe poderia chamar, a justiça reparadora, tem a possibilidade de preservar a relação, tratando o episódio litigioso antes como perturbação temporária do que como ruptura definitiva daquela (CAPPELLETTI; 2014, online).*

De certo que a mudança perpassa pela evolução social, devendo ser estimulada a cultura da pacificação nas escolas, no tratamento familiar, nas instituições públicas. Contudo, dada a relevância do advogado como agente multiplicador, é na graduação de Direito[20] que se necessita de urgente mudança, de modo que a metodologia deixe de fomentar apenas crescimento do advogado como incansável combatente, mas também como possível apaziguador, com menor intenção litigiosa e maior leque de opções[21] estratégicas. A advocacia precisa se ver com outros olhos[22]. Os CEJUSCs também possuem colaboração a fornecer nessa mudança, demonstrando o acolhimento e o protagonismo das partes, auxiliando os

20 "(...) há que se abandonar a cultura da sentença e adotar a cultura da pacificação. Tal mudança de mentalidade, contudo, deve ser iniciada no banco das faculdades.(...) Apenas com a mudança na academia será possível observar a mudança na mentalidade dos operadores. Aliado a isso, é preciso uma grande e prolongada campanha de esclarecimento à população a fim de que, de um lado, não se criem falsas expectativas e, de outro, não se permita uma desconfiança quanto ao novo instituto, fruto de uma tradição ligada ao fato de que apenas o juiz pode resolver o problema" (PINHO; 2008, p. 288).

21 Pondera TARTUCE (2016, *online*) que, por razões variadas, infelizmente grande parte dos causídicos não aborda meios consensuais, notadamente por se sentirem ameaçados ao abandonarem a zona de conforto, acreditarem inexistir programas de treinamento de alta qualidade e não verem na autocomposição uma prioridade; registra a autora que "A atuação do advogado, essencial assessor técnico, pode e deve ser ampla, merecendo ser valorizada proporcionalmente ao ganho de tempo e de vantagens para o cliente; isso repercute não só em valores como a credibilidade e a fidelização, mas também em ganhos materiais que podem ser percebidos celeremente pelo advogado". FUOCO (2015, *online*) ressalta o papel pedagógico do advogado, e indica que o estímulo a soluções que fogem a decisões adjudicadas "não denota fragilidade, muito pelo contrário, alarga o leque de opções do cliente e demonstra inteligência estratégica por trás da tese jurídica".

22 Nesse sentido, merece destaque a edição, pelo Ministério da Justiça e OAB Federal, de um Manual de mediação de conflitos para advogados escrito por advogados, em 2014. Além de ressaltar as nuances e técnicas negociais e consensuais, há a indicação da necessária adaptação comportamental e estratégica da postura do advogado, com assimilação das características peculiares da medição e o estímulo ao uso de estratégias criativas. Dentre as indicações contidas no Manual, destacamos a enumeração das "Relevantes Contribuições do Advogado para a Mediação", merecendo relevo "Saber avaliar se a mediação é adequada para resolver o problema do seu cliente (...) Saber como utilizar da melhor forma o mediador; (...) Saber se preparar e preparar seu cliente para a mediação; (...) Saber escolher a estratégia de negociação mais adequada para cada caso (i) A função do advogado perante o procedimento de mediação; (ii) A função do advogado perante o cliente" (ORLANDO; 2014, p. 75).

patronos desejosos de aprender sobre os novos métodos, mostrando-se como ambiente propício às desejadas descobertas a serem realizadas pelos usuários, inclusive os advogados. A redução da resistência não nasce no advogado, mas no CEJUSC, a quem compete missão transformadora.

Por fim, de grande relevância que se destaque que os métodos consensuais de solução de conflitos não excluem ou desvalidam a solução judicial convencional[23]. De fato, "(...) se construímos, de maneira maniqueísta, a oposição entre o judiciário, mostrado como um pesadelo, e a mediação, apresentada como um mundo maravilhoso, o que estaríamos querendo seria retirar um conflito (...) da justiça e o enviar às próprias partes" (SIX, 2001, p. 56).

O que se deseja, de fato, é a percepção de que, em alguns conflitos, a autoconstrução da solução pode ser mais desejada, eficaz e satisfatória que a imposição representada pela sentença. É assim, e só assim, que atingiremos o resultado almejado pela política pública implementada pelo CNJ, como indica WATANABE (2014, p. 37):

Após a efetiva e correta implementação da Resolução nº 125, teremos a atualização do conceito de acesso à Justiça, tornando-o não mais mero acesso aos órgãos judiciários, e sim acesso à ordem jurídica justa. Não será mais apropriado referir-se à mediação e à conciliação como mecanismos "alternativos" à solução sentencial, devendo ser consideradas como meios "adequados" de solução de controvérsias. ●

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. **Mediação:** marco legal e cultura. Disponível em: < http://genjuridico.com.br/2016/03/28/mediacaomarcolegalecultura/>. Acesso em: 08. mar. 2017.

ALMEIDA, Tania. **Caixa de ferramentas em mediação:** aportes práticos e teóricos. 2. ed. São Paulo: Dash, 2016.

AZEVEDO, André Gomma (org.). 2009. **Manual de Mediação Judicial.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BORGES, Geralda Beatriz Dorigatti. **O olhar do advogado mediador.** Disponível em: < http://institutodialogo.com.br/o-olhar-do-advogado-mediador/>. Acesso em: 03. mar. 2017.

23 "Importante frisar que a ideia não é sustentar ao fim da jurisdição e nem apresentar a mediação como a nova panaceia para a solução de todos os conflitos. Tal interpretação, além de excessivamente simplista, poderia levar a uma distorção do Estado Democrático de Direito; o que se pretende é a existência de uma via alternativa, mais apropriada para determinados tipos de conflito, mas que não pretende (e nem pode) substituir a jurisdição (PINHO; 2008, p. 1).

CAPPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça.** In: Doutrinas essenciais de arbitragem e mediação. WALD, Arnoldo (Org.). v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: < https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/monografias/101869780/v6>. Acesso em 02. mar. 2017.

CARDELLA, Haroldo; CREMASCO, José Antônio. **Manual de ética profissional do advogado.** Campinas: Millennium Editora, 2005.

CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis; MAZZEI, Rodrigo. **Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais**. In: Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: JusPodivm, 2016.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **A mediação e o exame de ordem.** In: Mediação de conflitos: a emergência de um novo paradigma. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

COOLEY, John W. **A advocacia na mediação.** (Trad: René Loncan)**.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

FUOCO, PATRICIA FREITAS. **O papel estratégico do advogado na mediação no contexto empresarial.** In: Revista de arbitragem e mediação. v. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: < https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/periodical/93344857/v20150047>. Acesso em 02. mar. 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; LUCHIARI, Valeria Ferioli; ROMANO, Michel Betenjane. **O gerenciamento do processo.** In: Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. In: **Novas tendências do direito processual**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo Código de Processo Civil**. IN: VVAA. O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015.

HARTMANN, Guilherme Kronemberg; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **A audiência de conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil.** In: Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: JusPodivm, 2016.

LAMM, Christian. **Abogados y mediación: ¿Amigos o Enemigos?** Disponível em: < http://www.kiosko-ammediadores.es/abogados-y-mediacion-amigos-o-enemigos/>. Acesso em: 13 mar.2017.

LEITE, Gisele. **O advogado na mediação.** Disponível em: <http://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/o-advogado-na-mediacao> . Acesso em 12 mar.2017.

MÁXIMO, Maria Flávia Cardoso; PEREIRA, Daniella Veloso. **Mediação, advocacia e o novo Código de Processo Civil.** In: Mediação de conflitos: a emergência de um novo paradigma. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

MIGLIAVACCA, Luthyana Demarchi; OLIVEIRA, Luciano de Araújo. **A Resolução 125 do CNJ como política pública de fortalecimento da cidadania no tratamento dos conflitos.** Disponível em: < https://www.imed.edu.br/Uploads/micimed2014_submission_139.pdf>. Acesso em: 11 mar.2017.

NUNES, Antonio Carlos Ozório. **Manual de mediação:** guia prático da autocomposição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PAGLIONE, Gabrilela Bonini; SCHRODER, Letícia de Mattos. **Resolução 125 do CNJ e os novos rumos da conciliação e mediação:** será, enfim, a vez da efetividade da prestação jurisdicional? I Simpósio Internacional de Análises Críticas do Direito. Jacarezinho: 2012. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/? cod=18a411989b47ed75 . Acesso em: 15 mar. 2017.

OLIVEIRA JUNIOR, José Campello de. Ética: um alicerce fundamental. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

ORLANDO, Fabíola. **Relevantes Contribuições do Advogado para a Mediação.** In: Manual de Mediação de Conflitos para Advogados: Escrito por Advogados. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino. **Teoria geral da mediação a luz do projeto de lei e do direito comparado. Rio de Janeiro:** Lumen Juris, 2008

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A mediação judicial no novo CPC.** In: Desvendando o novo CPC. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SILVA, Érica Barbosa e. **Conciliação judicial.** Brasília: Gazeta jurídica, 2013.

SIX, Jean- François. **Dinâmica da Mediação.** Belo horizonte: Del Rey, 2001.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação:** um retrospecto histórico, conceitual e teórico. In: Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2010. Disponível em: < http://ead.tjrs.jus.br/navi_tjrs/agenda/pdf.php?%20COD_ARQUIVO=4309> . Acesso em: 12 mar. 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos.** Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/01/12/advocacia-nos-meios-consensuais-parte-i/>. Acesso em: 12 mar.2017.

VEZULLA, Juan Carlos. **Mediação responsável emancipadora:** reflexões sobre a atuação dos advogados**.** In: Revista do advogado. Ano 34. n. 123. São Paulo: AASP, 2014.

WATANABE, Kazuo. **A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil.** In: Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Mediação como política pública social e judiciária.** In: Revista do advogado. Ano 34. n. 123. São Paulo: AASP, 2014.

Aplicação da Teoria dos Jogos na Mediação de Conflitos:

o Equilíbrio de Nash como Estratégia de Maximização de Ganhos

The Application of the Game of Theory in Conflict Mediation: the Nash Equilibrium as Strategy of Gains Maximization

Carla Maria Franco Lameira Vitale
Mestranda-Direito/UFS. Especialista-Direito Penal e Processual Penal/FASE. Graduada em Direito/UNIT. Mediadora/TJSE. Gestora de Divisão Operacional do Nupemec/TJSE. Instrutora de mediação/CNJ.

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva
Professora-UFS.Doutora-Direito do Trabalho/USP. Mestre-Direito do Trabalho e especialista-Direito do Trabalho e Processual Civil-PUC/SP. Pós-doutoranda-Direito/UFBA e Università degli studi di Chieti.

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de analisar de que maneira a Teoria dos Jogos pode ser utilizada como subsídio teórico para explicar de que forma e em que situações a mediação será o método mais eficaz na resolução dos conflitos. A evolução da Teoria dos Jogos evidenciou a sua aplicação nos mais variados âmbitos, destacando-se pelo estudo do conflito e do comportamento dos envolvidos. A análise dessa teoria e sua

aplicação na mediação de conflitos buscará evidenciar se, em situações que envolvem relações continuadas, a conduta cooperativa assegura a maximização de ganhos mútuos como a melhor estratégia.

PALAVRAS-CHAVE: teoria dos jogos; mediação de conflitos; ganhos mútuos.

ABSTRACT: This study aims to analyze how The Game of Theory can be used as a theoretical benefit to explain how and in what situations the mediation will be the most effective method of conflict resolution. The evolution of game theory demonstrated its application in some fields, especially in the study of conflict and the behavior of those involved. The study of this theory and its application in conflict mediation will appear if in situations involving continuous relationships, the cooperative behavior ensures the maximization of mutual gains as the best strategy.

KEYWORDS: game theory; mediation of conflicts; mutual gains.

INTRODUÇÃO

A Teoria dos Jogos traz uma visão interdisciplinar do estudo do comportamento humano e fornece as bases teóricas necessárias para que se entenda a interação entre os agentes envolvidos em um contexto de disputa. O objeto de sua análise pode ser compreendido através da matemática, economia, além de outras ciências sociais e comportamentais.

Aborda dois aspectos que merecem relevância: o cooperativo e o competitivo. Assim, a Teoria dos Jogos pode ser vista como ferramenta de análise de condutas a serem observadas em situações conflitantes entre agentes racionais. Comportamentos competitivos são alvos de objetivos pessoais; comportamentos cooperativos ensejam ganhos mútuos.

É nessa perspectiva que se busca analisar a mediação com base nessa teoria, uma vez que esse método de solução de conflitos se destaca dos demais pela valorização dos interesses e sentimentos dos indivíduos inseridos num ambiente de controvérsia. A mediação visa, portanto, fomentar a satisfação de ambas as partes, e valorizar a manutenção de relações, o que somente pode ser evidenciado através de atitudes cooperativas.

Dessa forma, o presente estudo objetiva examinar a Teoria dos Jogos e sua vinculação ao conflito, de maneira a estabelecer como e em

que situações a mediação será a solução que mais se aproxima à plena satisfação das partes.

Pretende-se, ainda, com este trabalho, abordar o Equilíbrio de Nash, elemento que revolucionou a Teoria dos Jogos, por objetivar a adoção de estratégias de comportamento eficazes para maximização de ganhos, e que é o objetivo a ser alcançado por todos os envolvidos numa disputa. Em que situações o Equilíbrio de Nash consiste em cooperar e em quais o melhor é competir?

Para a realização deste trabalho, utilizar-se-á o método essencialmente bibliográfico, a partir de informações obtidas em livros, além de arquivos disponibilizados em revistas e em meio eletrônico sobre o assunto objeto de investigação. A análise das informações tem como objetivo principal organizar os dados, a fim de analisar o tema que se propõe. (GIL, 1999)

O trabalho ora apresentado tem grande relevância jurídica e social, por ser a Teoria dos Jogos matéria que desperta grande interesse, tanto por suas propriedades matemáticas e ligação com a economia, como também por suas variadas aplicações em situações que envolvem a análise do comportamento humano.

Sua aplicação no contexto da mediação, que foi recentemente regulamentada pela Lei n.º 13.140/2015, merece evidência por servir de base teórica para justificar atitudes cooperativas como instrumento de efetivação de ganhos mútuos e, consequentemente, de alcance da pacificação social.

1 TEORIA DOS JOGOS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

A Teoria dos Jogos faz parte de um dos ramos da matemática aplicada e da economia que tem como objeto de estudo a análise de situações estratégicas em que os envolvidos baseiam a sua conduta na expectativa de comportamento da pessoa com a qual interage. (AZEVEDO, 2013)

A definição trazida por Tavares (2012, p. 10 e 11), aduz que:

> *É a análise quantitativa de qualquer situação que envolva pelo menos duas partes em conflito, com o objetivo de indicar as estratégias ótimas para cada uma dela e alcançar os melhores resultados possívies. [...] A Teoria dos Jogos*

> *pressupõe que os jogadores estabeleçam um programa de jogo que lhes possibilite alcançar resultados ótimos sem deixar de levar em conta que os concorrentes também tentariam estabelecer planos similares.*

Para Marinho (2011, p.41):

> *A Teoria dos Jogos é um método matemático para abordar formalmente os processos de tomada de decisão por agentes que reconhecem sua interação mútua do tipo: "penso que você pensa o que eu penso sobre você mesmo". Ou seja, sempre que minha decisão é baseada no que eu acho que você vai fazer, em função do que você entende que eu mesmo vou decidir, a Teoria dos Jogos entra em ação.*

Essa teoria, conforme Almeida (2003), tem como objeto a análise matemática de qualquer situação que envolva um conflito de interesses, de maneira a descobrir as melhores opções, diante de condições específicas, para que se alcance o objetivo desejado por um jogador racional.

Preocupa-se com contextos onde exista a presença de mais de um interessado em maximizar seu próprio ganho, por isso tão aplicável em cenários onde o conflito precisa ser administrado.

Salienta Oliveira Filho (2011, p.251) que:

> *O uso de experimentos por modelos de jogos para formalizar situações de conflito, visa detectar os aspectos mais importantes de cada circunstância, e que influenciam as deliberações, bem como o comportamento dos agentes.*

Historicamente, afirma Almeida (2003), o estudo da Teoria dos Jogos remonta ao século XVII, mas é somente no século XX, mais precisamente após a Primeira Guerra Mundial, que há o seu desenvolvimento, quando alguns matemáticos elevaram os jogos a objeto de estudos científicos.

Destaca-se no estudo da Teoria dos Jogos, o matemático francês, Émile Borel, que partiu de observações feitas a partir do jogo de pôquer e evidenciou a questão do blefe, ao constatar que o jogador precisa basear a sua jogada, conforme expectativa de jogada, dentro de determinadas

possibilidades, do seu adversário. Tavares (2012) ressalta que foi ele quem primeiro definiu a expressão "jogos de estratégia" e publicou alguns textos sobre jogos de dois participantes com três ou cinco estratégias.

Assim, ainda conforme desenvolve Azevedo (2013), essa ideia mostra-se essencial para análise da Teoria dos Jogos, ao citar que: "um jogador (ou parte) baseia suas ações no pensamento que ele tem da jogada do seu adversário que, por sua vez, baseia-se nas suas ideias das possibilidades de jogo do oponente". Ou seja, seria uma argumentação *ad infinitum.*

O objetivo de Borel foi determinar a existência e a possibilidade de encontrar uma estratégia ótima que levaria à vitória do jogador.

No processo evolutivo da teoria em análise, também merece destaque o matemático John von Neumann, que através de sua obra direcionada à economia preocupou-se em afirmá-la como uma ciência exata.

Ressalta Almeida (2003) que esse matemático publicou trabalhos desde 1929 sobre a Teoria dos Jogos, mas foi em 1944 que se consagrou com sua obra maior, Theory of Games and Economic Behavior, a qual foi escrita em conjunto com Oskar Morgenstern. Nessa obra, problemas típicos do comportamento econômico puderam ser analisados como jogos de estratégia.

Neumann desenvolveu diversos conceitos básicos, tais como o de minimax/maximin e de jogos de soma zero, todos baseados e voltados para a competição. É o que Abrantes (2004, p.56 e p.73) explica:

> *Escolhe-se a estratégia do "maximin" (maximização do ganho mínimo) oposta pela estratégia do "minimax" (minimização do ganho máximo) pela qual se deverá posicionar o adversário. O resultado de cada combinação de estratégias, por dois jogadores ou empresas é chamado ganho).*
>
> *O dilema do prisioneiro é um jogo, de soma nula. Neste jogo, existe uma espécie de vasos comunicantes entre as acções dos jogadores, onde o ganho de um, depende do prejuízo de outro(s). Em geral, a solução escolhida como solução óptima, é associada a tomada de acções, porque nenhum dos jogadores pode ser recompensado por um desvio qualquer do curso das acções, pelo risco que tal comportamento não favoreça os outros adversários.*

Pela estratégia do "maximin", uma decisão ou ação ofensiva asseguraria a maximização do ganho mínimo de quem tem a inciativa do jogo; por outro lado, pela estratégia do "minimax", prefere-se uma decisão que minimize o ganho do seu adversário.

O teorema minimax, segundo Abrantes (2004), consiste na minimização do ganho máximo, que deverá ser perseguido pelo adversário.

Por sua vez, jogos de soma zero, nos termos do que dispõe Almeida (2003), são aqueles em que há dois jogadores com interesses antagônicos e nos quais, o ganho de um jogador pressupõe a derrota do outro.

O "Dilema do Prisioneiro" é um exemplo clássico de jogo de soma zero, criado por matemáticos da universidade de Princeton. Ilustra situação que pode ser decidida pela cooperação ou competição, conforme exposto no capítulo seguinte.

Tavares (2012) explica que jogos de soma zero:

> *São jogos de situações extremas nas quais para um jogador ganhar o outro tem que necessariamente perder, ou então as partes terminam o jogo sem saldo algum. Apresentam características de competição e cooperação que dificultam bastante a busca de uma solução que seja aplicável a todos os casos. Neste jogo uma solução direta é passível de ser encontrada por meio de estratégias, que buscam o mínimo do máximo das valias.*

Com base nesses conceitos, observa-se que a ideia de competição era essencial para garantir a maximização de ganhos individuais.

Contudo, foi o matemático John Forbes Nash, aluno de Neumann, na Universidade de Princeton, que, na década de 1950, revolucionou o conceito da Teoria dos Jogos, ao introduzir o elemento "cooperação" e o conceito de "equilíbrio" aos estudos até então existentes.

2 COMPETIÇÃO X COOPERAÇÃO: FUNDAMENTOS ESTRATÉGICOS PARA MAXIMIZAÇÃO DE GANHOS A PARTIR DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Segundo dispõe Almeida (2003), John von Neumann foi considerado o pai da Teoria dos Jogos, por ter sido o primeiro a aprofundar os estudos sobre a referida teoria, além de ter fornecido o arcabouço teórico

para a sua construção. Como dito, foi responsável pela afirmação da economia como ciência exata, nos seguintes termos:

> *Essa noção econômica foi introduzida na teoria de John von Neumann, na medida em que toda a sua teoria é voltada a jogos de soma zero, i.é, aqueles nos quais um dos competidores, para ganhar, deve levar necessariamente o adversário à derrota. Não obstante John von Neumann, para fundamentar que todos os jogos de várias pessoas podem ser reduzidos a jogos de duas pessoas, ter considerado o papel da comunicação entre os envolvidos (para produzir coalizões e garantir que cada jogo possa ser transformado em jogos de duas pessoas), sua teoria é totalmente não-cooperativa.*

Observa-se que a ideia de competição era a base estratégica para o comportamento humano.

Foi o matemático John Forbes Nash, ao romper com o paradigma da economia, que trouxe a ideia de cooperação como possibilidade de maximizar ganhos individuais.

Depreende-se da análise de Tavares (2012, p.12) que:

> *John Nash mostrou que, mesmo sob o prisma das hipóteses da teoria neoclássica, a interação entre indivíduos pode possibilitar o alcance de seus objetivos individuais, ou seja, o alcance de um resultado estável, em que nenhum dos jogadores teria incentivo para se desviar dele.*

Dessa forma, enquanto Neumann evidenciava a ideia de competição, John Nash inovou com o elemento cooperativo na Teoria dos Jogos, que, para ele, não seria incompatível com o pensamento de ganho individual.

Convém trazer à baila, a explicação trazida por Azevedo (2013, p.55) sobre o já citado "Dilema do Prisioneiro" para que se possa ilustrar e entender quando é mais vantajoso cooperar ou competir:

> *O dilema consiste na situação hipotética de dois homens, suspeitos de terem violado conjuntamente a lei, são interrogados simultaneamente (e em salas diferentes) pela polícia. A*

polícia não tem evidências para que ambos sejam condenados pela autoria do crime, e planeja recomendar a sentença de um ano de prisão a ambos, se eles não aceitarem o acordo. De outro lado, oferece a cada um dos suspeitos um acordo: se ele testemunhar contra o outro suspeito, ficará livre da prisão, enquanto o outro deverá cumprir a pena de três anos. Ainda há uma terceira opção: se os dois aceitarem o acordo e testemunharem contra o companheiro, serão sentenciados a dois anos de prisão.

Está-se diante de um dilema, e como tal não há uma resposta certa. Salienta o mesmo autor que caso o jogo fosse disputado entre dois jogadores racionais, a cooperação de ambos, rejeitando o acordo, seria a solução que os livraria de riscos, já que ambos seriam apenados com um ano de prisão. Todavia, por ser um jogo de uma única rodada, e, ainda, por não ser dado aos envolvidos a oportunidade de conversar, a solução mais esperada é a não cooperação, o que resultaria na pena de dois anos para ambos.

Esse famoso exemplo utilizado pela Teoria dos Jogos tem como objetivo, na visão de Tavares (2012, p. 12): "mostrar que mesmo indivíduos que estejam fazendo o que é melhor para si podem, ainda assim, chegar a um resultado que não é o melhor para ambos, coletivamente".

Importante notar que, quando se trata de jogo com várias rodadas e com a possibilidade dos indivíduos conversarem sobre a melhor estratégia a ser utilizada, é a cooperação com o outro participante, conforme John Nash preconiza, a melhor estratégia para maximizar ganhos individuais.

Em contextos em que haja pouco interesse mútuo, a tendência é que não haja incentivo para colaborar; porém, em situações nas quais haja a possibilidade de ganhos mútuos, a cooperação é a melhor estratégia a ser seguida.

É dessa forma que a Teoria dos Jogos será utilizada como instrumento de análise para que se entenda porque e quando optar pela mediação trará melhores resultados individuais aos envolvidos em um conflito.

Oportuno se faz conceituar a mediação. De acordo com o parágrafo primeiro, art. 1º da Lei de Mediação: "Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvol-

ver soluções consensuais para a controvérsia". (BRASIL, Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015, 2015).

De acordo com Warat (2001, p. 9):

> *(...) a função da mediação é de intervir basicamente no aspecto emocional, buscando transformar uma relação conflituosa em uma relação saudável, auxiliando as partes a compreender o conflito de forma mais aprofundada (o que implica compreender os seus próprios desejos e interesses), para que, com isso seja possível converter um comprometimento negativo em um comprometimento positivo ou aumentar o nível de cooperação entre as partes.*

Segundo o entendimento de Bacellar (2012), a mediação tem como objetivo a solução pacífica das controvérsias entre pessoas, fortalecer suas relações e preservar laços de confiança e os compromissos que as vinculam. São os próprios envolvidos no conflito que constroem as soluções, com o objetivo de superá-lo de forma construtiva, o que se mostra muito mais satisfatório e duradouro para as partes.

Como se vê, privilegia-se a participação dos envolvidos, que são os verdadeiros protagonistas da sessão. O mediador, atuará como facilitador do diálogo entre as partes, que tem como um de seus objetivos o restabelecimento da comunicação entre os envolvidos, ao serem estimuladas a refletir sobre os seus reais interesses.

Observam Doria e Doria (1999) que, em jogos cooperativos, a comunicação entre as partes que jogam assume fundamental importância.

O psicanalista e mediador Vezulla (2006) reforça essa questão ao afirmar que o mediador "(...) orienta o seu trabalho para que se estabeleça uma comunicação cooperativa e respeitosa entre os participantes, com o objetivo de aprofundar a análise e a compreensão do relacionamento, das identidades, necessidades, motivações e emoções(...)".

Logo, a mediação, ao privilegiar a comunicação proporciona um aprendizado que auxilia na formação do indivíduo, como cidadão responsável por seus atos e consequências correlatas, ressalta a responsabilidade de cada um, a adequação das próprias escolhas, a valorização a si e ao próximo, a cooperação e a tolerância.

Busca-se demonstrar, através dos conceitos acima expostos, que o referido mecanismo enfatiza a comunicação cooperativa e a questão da confiança para a solução satisfatória dos conflitos.

Oliveira Filho (2011, p.230) reitera esse entendimento quando diz que: "A Teoria dos Jogos tenta elucidar a influência da comunicação sobre o comportamento humano".

O enfoque da mediação são os casos provenientes de relações continuadas, como as familiares, empresariais, trabalhistas ou de vizinhança, as quais proporcionam a oportunidade de manutenção ou restabelecimento de vínculos, e os interesses e sentimentos podem ser melhor trabalhados, através do estímulo ao diálogo construtivo.

É nesse sentido que dispõe a redação do art. 165, §3º do Código de Processo Civil Brasileiro, ao afirmar que:

> *O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.*

A metáfora que se faz entre a Teoria dos Jogos e a mediação evidencia o fato de que o resultado de um conflito não depende exclusivamente da atuação de um dos jogadores, mas é resultado da interação das estratégias e táticas utilizadas no decorrer da sessão de mediação. O comportamento dos envolvidos é fator de forte influência no resultado a ser buscado.

É de se notar que quando as partes assumem condutas competitivas durante uma sessão de mediação, trocando insultos ou posicionando-se em pontos específicos da demanda, o fazem por ausência de informação ou falta de amadurecimento racional para lidar com os interesses reais e sentimentos envolvidos no conflito.

Assim pontua Silva (2013, p.163):

> *Isso porque o procedimento de mediação, que enfatiza a cooperação ao invés do confronto, é pautado na identificação das reais motivações das partes, de sorte a transparecer os*

sentimentos e interesses subjacentes ao conflito, possibilitando os dissidentes chegarem a um acordo em uma dimensão ampla da problemática, sem palpites de terceiro, através do restabelecimento da comunicação e da transformação do conflito.

A mediação, por ser recomendada em contextos de relações continuadas, assim como a análise de resultados baseados na Teoria dos Jogos, propicia a formulação de condutas estratégicas, baseadas na expectativa de comportamentos dos demais envolvidos.

E o meio para modelar esse jogo são as informações disponíveis, trabalhadas através de uma comunicação produtiva, devidamente estimulada pelo mediador, que tem como função primordial fazer com que as partes percebam que cooperar aumentará as possibilidades de ganhos individuais e, consequentemente, de benefícios mútuos.

Essa questão de pensamento no ganho individual não deve ser tida como ausência de ética na conduta, mas sim, conforme ressalta Azevedo (2013), como um aspecto de racionalidade, voltada à otimização de resultados, que deverá ser evidenciada e estimulada pelo mediador durante toda a sessão.

3 O EQUILÍBRIO DE NASH NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

John Forbes Nash Junior formulou a noção de equilíbrio que ostenta seu nome e revolucionou a economia e outras ciências, o que o levou a conquistar o prêmio Nobel de economia, com a tese Non-Cooperative Games (Jogos Não-Cooperativos, publicada em 1951).

No processo evolutivo da Teoria dos Jogos, John Nash, a aperfeiçoou e abordou de maneira inovadora a interação entre indivíduos racionais envolvidos numa disputa. Verificou ser possível agregar ganhos aos resultados através a cooperação

Pode-se conceituar o princípio de equilíbrio, consoante dispõe Azevedo (2013, p.56), como uma combinação de estratégias que os jogadores devem escolher, de maneira que nenhum jogador faria melhor se escolhesse uma outra alternativa, dada a estratégia que o outro escolhe. Ou seja, “a estratégia de cada jogador deve ser a melhor resposta às estratégias dos outros”.

De maneira similar, Marinho (2011, pg. 216) assim dispõe:

> *A Teoria dos Jogos é um modelo racional de modelagem dos processos de tomada de decisão, aplicável principalmente em situações em que a decisão de um agente econômico influencia a decisão do outro - ou, em outras palavras, situações em que "eu penso que você pensa". Modelado o problema, é possível identificar a decisão que apresenta o melhor resultado econômico, conhecido como "equilíbrio de Nash": "a melhor decisão possível, levando-se em conta a decisão do outro.*

Conforme pontua Werlang (1994, p.8): "(...) dadas as possibilidades dos outros, nenhum indivíduo encontra uma que lhe dê satisfação maior do que aquela que lhe foi indicada, diz-se que esta lista de alternativas é um equilíbrio de Nash."

O Equilíbrio de Nash é obtido quando os comportamentos dos envolvidos numa situação de disputa se estabilizam em resultados, em virtude dos quais não há incentivo para se arrepender ao analisar posteriormente a situação, considerando a conduta da outra parte.

Conforme preconiza Rosa (2014, p.40):

> *Em jogo com jogadores racionais e maximizadores de interesse, a ação de cada um dos jogadores será a melhor em face da combinação de estratégias, inexistindo estímulos para mudanças. É possível identificar o Equilíbrio de Nash verificando qual a melhor resposta do jogador diante da estratégia do oponente, em jogos finitos, visualizando os possíveis resultados* - payoffs.

Preleciona Fiani (2006, p.93) que "uma combinação de estratégias constitui um equilíbrio de Nash quando cada estratégia é a melhor resposta possível às estratégias dos demais jogadores, e isso é verdade para todos os jogadores".

Oliveira Filho (2011) bem observa que:

> *De fato, Nash logrou demonstrar a existência de ponto de equilíbrio para regular qualquer tipo de situação finita: cooperativa ou não cooperativa; soma zero ou variante; dois*

> *ou mais agentes. Todo o seu esforço era voltado para tornar mais úteis e práticas as ideias lançadas em Theory of Games and Economic Behavior (1947), por Von Neumann e Morgenstern. Ainda que as estratégias puras não mostrassem um ponto de equilíbrio, sempre se poderia encontrá-lo por mei de mistura das linhas de ação.*

Nessa esteira de entendimento, necessário diferenciar situações onde existe uma relação de continuidade, daquelas que são pontuais, e que podem ser resolvidas em uma única "jogada". Nestas, o equilíbrio de Nash consiste em agir de forma competitiva, já que a maximização do ganho individual é atingida e não há incentivos para que haja cooperação, dadas as possibilidades de condutas da outra parte, cujo contato se encerra ali. Negociações simples e referentes a valores monetários exemplificam de forma satisfatória essa situação.

Por outro lado, pode-se afirmar que em relações continuadas, o equilíbrio de Nash consiste em cooperar. Observa-se, contudo, que essa atitude cooperativa é estimulada como forma de otimização do próprio ganho individual e tem como consequência a geração de ganhos mútuos.

Explica Tavares (2012) que:

> *(...) em um jogo devem estar especificadas as ações que podem ser empreendidas pelos jogadores. Uma ação de um jogador é a manifestação de sua vontade em termos reais, ou seja, é uma atitude, tal como cooperar ou não com o seu oponente, fazer acordos ou "guerrear", reagir ou se acomodar diante de uma ameaça entre outras alternativas. Em relação a acordos e cooperação, a teoria dos jogos pode ser classificada como jogos cooperativos, aqueles em que os acordos são permitidos, e jogos não-cooperativos, nos quais os acordos não são possíveis.*

Assim, a mediação enquadra-se na definição de jogos cooperativos e se destaca como método mais adequado de resolução de conflitos em situações onde há relação de continuidade entre os envolvidos. É o que se verifica em questões que envolvem família e vizinhança, por exemplo.

Ocorre que na maioria dos conflitos, as partes se posicionam como adversárias, onde vencer a disputa torna-se objetivo primordial dos envolvidos.

Essa concepção se encontra enraizada no comportamento humano, tendo em vista que, desde a infância, os indivíduos sempre foram estimulados a competir. Seja nas brincadeiras de criança, jogos em geral, gincanas, ou em outras atividades, necessariamente, há um ganhador e um perdedor. São poucas exceções de jogos que estimulam a cooperação, a exemplo do frescobol.

Assim, a função do mediador assume relevância, uma vez que seu papel consiste em auxiliar os envolvidos em um conflito a perceberem qual a melhor estratégia a ser seguida e, assim, atingir o Equilíbrio de Nash.

É esse o entendimento de Silva (2013) ao afirmar que cabe ao mediador criar condições para promoção do diálogo entre as partes, bem como para restabelecer a comunicação e promover a transformação do conflito.

Em outras palavras, o mediador deve ter a habilidade de fazer com que os envolvidos percebam que maximizarão seus ganhos individuais, quando agirem de forma cooperativa.

Nesse linha também é o pensamento de Almeida (2003, p.3):

> *A ideia de cooperação não é totalmente incompatível com o pensamento de ganho individual, já que, para Nash, a cooperação traz a noção de que é possível maximizar ganhos individuais cooperando com o adversário. Não é uma ideia ingênua, pois, ao invés de introduzir somente o elemento cooperativo, traz dois ângulos sob os quais o jogador deve pensar ao formular sua estratégia: o individual e o coletivo. Se todos fizerem o melhor para si e para os outros, todos ganham.*

O que se depreende é que a cooperação, em situações de conflito que envolvem relações continuadas, onde recomenda-se a mediação, torna-se a melhor estratégia racional. Até mesmo para indivíduos egoístas, a cooperação contínua maximizará os ganhos individuais e, consequentemente, gerará benefícios mútuos.

E é justamente neste aspecto que a Teoria dos Jogos, através do Equilíbrio de Nash, pode ser utilizada como fundamento teórico aplicado à mediação de conflitos.

CONCLUSÃO

O estudo da Teoria dos Jogos tem como fundamento analisar situações de conflito, nas quais os envolvidos baseiam suas decisões conforme

a utilidade que se pretende atingir. Para tanto, deverá escolher a melhor estratégia, a partir do que se espera daqueles que estão inseridos no mesmo contexto, de maneira a encontrar um equilíbrio que seja a melhor opção para se obter ganhos.

Por essa teoria, parte-se do pressuposto de que cada jogador age com o intuito de maximizar seu próprio resultado e, com esse objetivo, deve planejar sua conduta, de forma racional, baseado nas possibilidades de ações dos demais envolvidos. Assim, torna-se necessário conhecer os motivos das outras partes, já que todos devem agir racionalmente e com o propósito de satisfazer seus próprios interesses.

A relevância da Teoria dos Jogos é reconhecida, já que pode ser aplicada a situações do cotidiano, onde precisa-se adequar o comportamento individual à previsibilidade das condutas das pessoas com as quais se interage, de maneira a agir competindo ou cooperando.

Assim, através dos fundamentos da Teoria dos Jogos pode-se melhor compreender a função da mediação, que é fazer com que as partes envolvidas num conflito entendam que a conduta cooperativa pode ser a melhor opção para maximizar seus próprios ganhos, o que trará como consequência a geração de benefícios mútuos.

A mediação de conflitos destaca-se, entre os métodos adequados de resolução de conflitos, como instrumento de efetivação da paz social, uma vez que trata os envolvidos no litígio de maneira diferenciada, educando-o para que seja capaz de resolver suas próprias demandas, presentes ou futuras.

O mediador, através de suas habilidades cognitivas e aplicação de técnicas de mediação, atua como facilitador do diálogo entre as partes, com o intuito de tornar a comunicação possível e produtiva, além de evidenciar e auxiliá-las a resolver os reais interesses e necessidades, vinculados aos sentimentos. A ideia é empoderar os mediandos, para que se sintam aptos e capazes de pensar na melhor solução, que atenda a justiça de cada um.

A ausência de diálogos tem como consequência, muitas vezes, processos competitivos com resultados destrutivos, onde fatalmente os ganhos serão minimizados.

Ressalte-se a importância da comunicação na análise da Teoria dos Jogos e da Mediação, a qual assume ainda maior relevância em contextos cooperativos e onde há interesses convergentes entre os participantes.

Por isso, a ênfase que se dá ao trabalho do mediador, que age como catalizador de interesses e transformador do contexto competitivo em cooperativo, o que enseja bons resultados, que atendem aos interesses de todos os envolvidos no conflito e resulta em ganhos mútuos.

Através da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a mediação de conflitos vem sendo uma política pública defendida por nossos tribunais e o atual Código de Processo Civil a eleva a um posição de destaque, sendo recomendada em situações onde haja previsão de continuidade de relacionamento.

Como já visto, a cooperação será a melhor estratégia em situações que envolvem relações continuadas, que é justamente onde a mediação de conflitos pode melhor ser trabalhada.

Logo, nesses casos, o Equilíbrio de Nash, que pode ser conceituado como a melhor decisão a ser tomada, considerando a decisão da outra parte com quem se interage, é obtido quando se age de forma colaborativa.

E o principal desafio do mediador é fazer com que as partes percebam o conflito de forma positiva e conscientizem-se de que cooperar maximizará seus ganhos individuais. ●

REFERÊNCIAS:

ABRANTES, Maria Luísa. **A Teoria dos Jogos e os Oligopólios**. 1 ed. Multitema, 2004.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. **A Teoria dos Jogos: Uma Fundamentação Teórica dos Métodos de Resolução de Disputa**. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. V. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. p. 175-200.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2013.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

BRASIL. **Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 08 jul. 2015.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.

htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.

DORIA, F.A.; DORIA, P. **Comunicação: dos fundamentos à internet**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos: com Aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

GIL, Antônio. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 1999.

MARINHO, Raul. **Prática na Teoria: aplicações da teoria dos jogos e da evolução aos negócios**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA FILHO, José de. **Teoria dos Jogos. Vivendo e aprendendo a jogar.** Um encaminhamento aos jogos da vida. Aracaju: Info Graphics, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Mediação interdisciplinar de conflitos: mecanismo apropriado para resolução de conflitos familiares. In: _____ (Org). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 160-180.

TAVARES, Jean Max. **Teoria dos Jogos Aplicada à Estratégia Empresarial**. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas.** São Paulo: Ed. Método, 2008.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Adolescentes, Família, Escola e Lei. A Mediação de Conflitos**. Lisboa: Comunicação, 2006.

WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

WERLANG, Sénargio Ribeiro da Costa. **Teoria dos Jogos**. Ciência Hoje, v. 18, n. 105, Nov/Dez. 1994.

Produção Antecipada de Prova e o Disclosure no Direito Brasileiro

Cesar Felipe Cury
Desembargador no TJRJ. Presidente do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Cidadania do TJRJ. Presidente do Fórum Nacional de Mediação e Conciliação. Presidente do Fórum Permanente de Práticas Restaurativas e Mediação da Escola da Magistratura do RJ - EMERJ. Coordenador do Curso de Formação em Mediação Judicial da EMERJ. Professor da EMERJ. Mestrado UNESA.

RESUMO: O presente estudo procura apontar em breves contornos o sistema formado pela combinação entre os institutos da **produção antecipada de prova com a finalidade específica**, prevista no art. 381, incisos II e III, do CPC/15, e da **solução consensual de conflitos**, inserido nas normas fundamentais do processo (art. 3º §3º do CPC/15) e disciplinado nos arts. 165 a 175 do CPC/15 com a integração do art. 24 da Lei 13140/15, que trata da resolução de controvérsias entre particulares.

Pretende-se demonstrar que o legislador de 2015, com a edição de dois diplomas normativos (em linha com a Res. 125/10 CNJ), compôs um sistema que institui uma **fase preliminar ao processo** com a faculdade de **acesso a dados relevantes** entre os potenciais litigantes, com o compartilhamento de responsabilidades entre partes e juiz.

O estudo sugere ainda a necessidade de definição de parâmetros para o exercício das atividades probatória e compositiva extraprocessual, por meio de protocolos legais ou institucionais.

PALAVRAS CHAVES: NOVO CPC E LEI DE MEDIAÇÃO – RESOLUÇÃO 125/2010 CNJ – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO CONSTITUCIONAL - JURISDIÇÃO CONSENSUAL–JURISDIÇÃO COMPARTILHADA – MULTIPOR-

TAS - PARADIGMA – PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA – PROVA – CENTROS JUDICIÁRIOS–PROTOCOLOS PRÉ-PROCESSUAIS– SOLUÇÃO JUSTA.

SUMÁRIO: Considerações iniciais sobre jurisdição e produção de prova com finalidade à solução consensual. Novos Paradigmas do Processo Brasileiro. Do liberalismo e ao Constitucionalismo Processual. Sistema Multiportas: a necessária adaptação das Cortes de Justiça. A flexibilização do processo. Produção antecipada de provas e a solução consensual. Natureza jurídica da produção antecipada de provas. Jurisdição Compartilhada. Solução Consensual. Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. Competência. Protocolos Pré-Processuais. Conclusões. Bibliografia

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito ao acesso a documentos e outras provas preliminar ao processo (art. 381, incs. II e III, do CPC/15) constitui uma abertura do processo civil contemporâneo a uma participação privada[1] mais acentuada – nada a ver com a doutrina contratualista, da concepção privatística do processo – permitindo aos interessados, em atuação cooperativa com o juiz, melhores condições de avaliação do caso ao ensejo da adoção de meios de solução negociada direta ou assistida ou à renúncia ao exercício do direito de ação[2], sem embargo da possibilidade de gerenciamento (*management*) do processo futuro por meio de convenções processuais[3].

A participação do juiz se deve à necessidade de controle na obtenção da prova em poder de terceiro, mas a atuação judiciário-administrativa é limitada aos aspectos formais necessários, sem valoração de conteúdo, em exercício de jurisdição voluntária[4].

1 De acordo com Didier, "o princípio do autorregramento da vontade no processo visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas". Filho, Didier. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil *in* Negócios Processuais. Coordenadores Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Bahia: JusPodium, 2015, p. 22.

2 "As demandas de descoberta de prova têm, então, uma importantíssima função no sistema, já que evitam a instauração de processos que, a rigor, e com um pouco de bom senso, podem mesmo ser evitados". Câmara, Alexandre; O Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 238.

3 Nogueira, Pedro Henrique Pedrosa. A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo CPC (PL 8.046/2010). Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: JusPodium, 2013, p. 15.

4 Conforme Didier, "O processo autônomo de produção antecipada de prova é de jurisdição voluntária. Não é processo cautelar – não há sequer a necessidade de alegar urgência. A circunstância de poder haver conflito quanto à

O sistema normativo, inspirado no *discovery* ou *disclosure* - institutos da tradição jurídica anglo-saxônica -, implica na existência de uma fase que se pretende brevíssima e prévia ao processo, apta a permitir a derivação do caso para uma solução privada ou uma melhor gestão do processo futuro, com a marca distintiva de seu caráter preponderantemente privatístico.

Esses temas, ainda em início de discussão na doutrina nacional, serão objeto de digressões tópicas e sucintas neste estudo, desenvolvidas a partir da compreensão paradigmática do direito processual contemporâneo e da tendência à hibridação entre institutos de tradições distintas para a conformação de uma metodologia de aplicação mais efetiva das normas processuais ligadas às técnicas de uma razão social, dialética e justificativa.

Propõe-se, ao final, a necessidade de se complementar a atividade legislativa com a introdução, no ordenamento jurídico, de critérios balizadores do uso do instrumento do *disclosure* por meio de protocolos pré-processuais institucionais ou legais.

1.1 Novos paradigmas do processo: a encruzilhada paradigmática

Há momentos em que uma teoria científica ou um meio científico não consegue mais integrar os dados sobre os quais incide, dando origem ao surgimento de anomalias e disfunções que caracterizam uma crise[5]. Nessas ocasiões de encruzilhada paradigmática, o conhecimento existente se mostra insuficiente para responder satisfatoriamente aos novos desafios e necessidades de indivíduos e coletividades.

Diante da incapacidade dos postulados científicos, novos caminhos são explorados, e, uma vez desvendados, resultam na superação do paradigma[6] existente. Isso significa que quando um paradigma se torna insatisfatório, quando os postulados sobre os quais se baseia o desenvolvimento das ciências se mostra obsoleto para atender aos seus objetivos (sociais),

existência do direito à prova não o desnatura: é da essência da jurisdição voluntária a existência de uma *litigiosidade potencial*. É jurisdição voluntária pelo fato de que não *há necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova*". Filho, Didier; Braga, Paula; Oliveira, Rafael Alexandria. Curso de direito Processual Civil, v. 2. Salvador: JusPodium, 2017, p. 156-157.

5 Morin, Edgar. Ciência com Consciência. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2014, 16ª edição, p. 50.

6 Por paradigma entenda-se aqui a definição clássica de Thomas Kuhn, que compreende o conjunto de conhecimentos que está no princípio da construção das teorias – e dos princípios, regras e premissas –, o ponto de partida que orienta os discursos teóricos e conforma uma ordem sistêmica na qual se baseia a produção científica de determinada época.

instaura-se um período de efervescência – denominado por Morin de "ciência extraordinária" – que costuma conduzir a um desvio na ortodoxia, a uma ruptura nas visões de mundo e a uma dissidência ao imprinting (Lorenz) até que um novo paradigma se defina[7].

Não se imagina que a superação paradigmática ocorra de modo linear e simétrico em todos os setores e em todas ciências, caracterizando uma verdadeira revolução que atinja simultaneamente todos os standards existentes. Não costuma ser assim.

Na verdade, o caminho costuma ser mais darwiniano. É da essência mesma das ciências o confronto permanente de ideias, o que permite um processo de evolução constante de princípios, conceitos e teses. Por isso mesmo, Popper – a quem Kuhn se opõe nesse ponto – sustenta que o que ocorre é um caminho mais evolucionário, em que a superação teórica se dá pela seleção, refutação e eliminação do conjunto de conhecimentos que se mostra obsoleto.

Parece que os métodos não se opõem, mas se combinam e se sucedem. De fato, pode ocorrer de se alcançar um ponto tal de contestações de um padrão científico que um novo paradigma surja e torne superados todos os conceitos subordinados do paradigma anterior. Nesses casos, todo o modo de pensar e ver o mundo igualmente se modifica, e passa a ser orientado pela nova teoria.

De qualquer modo, o importante é que nos momentos de investigação que podem resultar numa evolução, ou no período de crise extraordinária entre a constatação da obsolescência do antigo e o surgimento do novo, a ciência mantém-se viva e ativa, sendo continuamente "impelida e agitada por forças antitéticas que, na realidade, vitalizam-na", num recorrente processo autoprodutor entre a objetividade dos cientistas, a comunidade e a tradição crítica (Morin).

Atualmente, entre a sucessão entre fases evolucionárias e rupturas paradigmáticas, encontramo-nos em período de crise em diversos setores do conhecimento. A partir do início do século passado, em várias áreas, a evolução científica ocorreu com rapidez inédita na história, promovendo transformações substanciais na política e na economia, nas artes e na cultura, com ampla repercussão nas demais ciências, em especial no direito.

A constatação dessa nova etapa advém do reconhecimento da insuficiência de institutos tradicionais em dar respostas adequadas aos an-

7 Morin, Edgar. *Op. Cit.*, p. 53.

seios sociais, o que deixa evidente a obsolescência dos paradigmas superados. No direito, inclusive.

1.2. Do Liberalismo e ao Constitucionalismo Processual

Sob o marco histórico da formação do Estado Liberal[8], com a tripartição dos poderes, instituição da legislação e dos códigos, e a delimitação da esfera pública e reconhecimento dos direitos individuais, a nova conformação política e social pretendeu garantir as condições necessárias ao empreendimento individual que deu azo ao desenvolvimento econômico e ao processo da industrialização, com desdobramentos na internacionalização da produção e do comércio, com significativa intensificação e diversificação das relações sociais.

Na perspectiva de Maurício Mota, "[com] a definição precisa do espaço privado e do espaço público, o indivíduo guiado pelo ideal da liberdade busca no espaço público a possibilidade de materializar as conquistas implementadas no âmbito do Estado que assumiu a feição de não interventor. Nesse contexto, o indivíduo, na busca de interesses próprios, procura encontrar sua felicidade, por isso o Estado tem por propósito garantir as liberdades individuais necessárias a esse empreendimento personalíssimo"[9].

Os objetivos do liberalismo não foram, contudo, plenamente atingidos. Mota anota que "[se] de um lado o homem alcançou o ideal de liberdade em face do Estado, mormente com a implementação de um documento formal que lhe garantia formalmente uma gama de direitos individuais, por outro, essa garantia reduzia-se ao campo meramente formal, pois, no paradigma constitucional do Estado Liberal de Direito, a condição humana não melhorou muito em relação à noção pré-moderna".[10]

A insuficiência do Estado Liberal – das garantias formais das leis e dos códigos - ensejou o aparecimento do Estado Social em processo de intervenção para a concretização das promessas não implementadas.

8 Nessa fase, o Estado Legislativo instituiu a supremacia absoluta da lei, em contrapartida ao Estado Absolutista, o que permitiu o exercício dos direitos individuais e o consequente desenvolvimento da indústria e da economia, com mínima intervenção do Estado.

9 Mota, Maurício. Empório do Direito, "*O paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito: pós positivismo e judicialização da política*", <emporiododireito.com.br>, acesso em 14.4.2017.

10 Mota, Maurício. Empório do Direito, "*O paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito: pós positivismo e judicialização da política*", <emporiododireito.com.br>, acesso em 14.4.2017.

O desafio das guerras e de sucessivas crises econômicas demonstraram a falência do modelo de Estado Provedor e Social. É nesse contexto, com a ideia da Democracia e da Constituição, que o Judiciário é erigido como garante dos direitos fundamentais, o que resultou em seu protagonismo (ativismo) para o cumprimento das promessas irrealizadas.

A atuação do Judiciário como mediador cada vez mais ativo entre as garantias fundamentais (não implementadas, sobretudo pelo Poder Executivo) e as demandas sociais, após período inicial de satisfação, foi se tornando progressivamente incapaz de atender aos conflitos cada vez mais diversificados e em proporção compatível com a complexidade crescente de uma sociedade em plena intensificação das relações, deixando expostos os institutos próprios do paradigma da modernidade com o qual operava, inadequados ao atendimento das garantias constitucionais.

Essa incapacidade é notadamente a do direito processual e da burocracia judiciária, que não conseguem dar respostas adequadas aos conflitos de direito material de uma sociedade hipercomplexa.

De fato, embora "o processo jurisdicional seja considerado o meio mais sofisticado[11]" de solução dos conflitos da sociedade, o processo moderno ainda mantém alguns procedimentos que geram uma "burocracia que se arrasta desde os tempos do *soleminis ordo iudiciarius*, dado que os processos actuais são, ainda e em grande medida, escravos daquele velho procedimento herdado do processo pós-clássico romano"[12].

Identifica-se aí o descompasso entre a tradicional prestação jurisdicional e as demandas da sociedade pós-moderna, o que resulta da incapacidade instrumental de se assegurar o conjunto de (novos) direitos constitucionais.

Mesmo que durante a evolução dos institutos tenham sido realizadas modificações pontuais– "reformas legislativas de cunho exclusivamente (ou predominantemente) prático só podem ser avaliadas à luz de seus efeitos concretos", anota Barbosa Moreira[13] –, os avanços obtidos foram incompletos e acabaram por gerar ainda mais insatisfação, como se verifica pelos índices de desempenho quantitativo dos tribunais revelados pelo CNJ.

11 Nieva-Fennol, Jordi. Mediação: uma alternativa razoável ao processo judicial? REDP, v. XIV, p. 213.

12 Jordi Nieva-Fenoll, *op. cit*., p. 227

13 Moreira, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual. São Paulo. Editora Saraiva: 2001, p. 1.

2. NOVOS SISTEMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. CAPPELLETTI E SANDER.

A defasagem entre as demandas e as possibilidades do Estado em atendê-las é uma preocupação antiga por parte da doutrina que entende o processo como instrumento de realização do direito material[14] e que, portanto, deve se mostrar cada vez mais rente aos conflitos da sociedade[15].

Calamandrei, ainda em meados do século passado, assinalava que "[esta] situação determina que se produza, com maior facilidade que em outras matérias, uma falta de harmonia entre as normas e as necessidades da prática, pois as formas criadas por um certo momento são inadequadas para outro, e, além do mais, as classes forenses são eminentemente conservadoras em relação ao tecnicismo processual".[16]

Chiovenda, em seus *Principii*, advertia que "entre as instituições jurídicas, o processo é o organismo mais delicado: por ser um meio de atribuir os bens da vida mediante a atuação da lei, ele tem uma posição central entre os institutos do direito privado e do direito público; e sendo uma relação muito complexa, nela ressaltam tanto o aspecto jurídico como o político e o social, de tal maneira que as mais leves mudanças nas condições morais, políticas e sociais da época se refletem no seu funcionamento."[17]

Essa discrepância entre o processo – como instrumento de acesso à justiça - e sua capacidade de tornar efetivo o direito material foi apontada ainda em meados do século passado, e coube a Cappelletti, a Garth e a Frank Sander os primeiros contornos que introduziram as modificações que permitiram algumas adaptações do Judiciário às necessidades da pós-modernidade em advento.

Como visto, a evolução social demarcada desde o liberalismo determinava uma confluência inédita de processos ao judiciário. A instrumentalização das garantias constitucionais (Estado de Direito Constitucional), a tendência à massificação das relações e a crescente complexidade das demandas, de par com a atuação positiva dos juízes, acabaram por estimular ainda mais a busca por soluções nos Tribunais.

14 Rosemberg, Leo. Da Jurisdição ao Processo. São Paulo. Impactus Editora: 2005, p. 11.

15 Como leciona Ada Grinover, a instrumentalidade finalística do processo é a atuação do direito material, sendo por isto mesmo instrumental em relação a este. *op.cit.*, p. 13.

16 Calamandrei, Piero. *Processo e Democracia*, São Paulo. Ed. Livraria do Advogado: 2017, p. 32.

17 Chiovenda, Giuseppe. *Pirincipii di Diritto Processual Civile.* 3ª ed., p. 131.

Os estudos realizados por Garth e Cappelletti[18] foram determinantes para que novas formas de atendimento aos direitos individuais e coletivos assegurassem um acesso mais qualificado ao sistema de Justiça. Informação e orientação técnico-jurídica, apoio econômico-financeiro e representação de coletividades em defesa de direitos transindividuais em juízos e tribunais, característicos das ondas renovatórias apresentadas pelo pesquisador italiano, promoveram alterações no conjunto normativo e na forma de acesso ao judiciário e defesa dos direitos individuais e sociais.

No Brasil, o acentuado desenvolvimento econômico e das garantias sociais, marcadamente a partir da década de 50 do século passado, encontrou um país de democracia em formação tardia[19], com infraestrutura física e institucional insuficientes para suportar as novas demandas individuais e coletivas, inclusive o Judiciário, que operava sob a lógica da burocracia pré-moderna com um conjunto de leis que, a par das seguidas modificações, mostra-se defasado.

A Constituição Federal de 88, ao pretender restabelecer a democrática participativa após longo período de supressão do Estado Democrático de Direito, foi prolífica na instituição de novos direitos e na atribuição da responsabilidade da garantia à sua efetivação ao Judiciário, o que deu ensejo à destinação da insatisfação das promessas constitucionais ao sistema convencional de jurisdição. Em pouco tempo, os tribunais demostraram seu esgotamento.

2.1. Sistema Multiportas: a necessária adaptação das Cortes de Justiça

Essa realidade havia sido experimentada, embora em outra escala, por países da Europa e nos EUA, onde Sander[20], na segunda metade do século passado, antevendo a progressiva inadequação para tratar e responder à crescente complexidade e diversidade das demandas e aos novos direitos, apresentou em conclusão à sua pesquisa o que se tornou conhecido como Sistema Multiportas.

Por essa metodologia, o modo de prestar a jurisdição sofre aguda alteração, e a tônica da solução se transfere da estrutura rígida do pro-

18 Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 1988.

19 Streck, Lênio.

20 Sander, *Frank.*

cesso para a da flexibilidade, e o sentido de adequação[21] passa a nortear o acesso à Justiça, apresentando novas modalidades de tratamento e solução dos conflitos, inclusive com os **equivalentes jurisdicionais** (Carnelutti[22]), indicando que o acesso à justiça (solução justa) não é sinônimo exclusivo de acesso ao judiciário.

Nesse passo, ao lado do processo judicial ortodoxo, as novas ferramentas autocompositivas - como a negociação direta, a conciliação e a mediação -, e heterocompositivas - como a arbitragem – passaram a ser contempladas como reais opções de tratamento e solução dos conflitos.

No mesmo período, o processo civil, instrumento por excelência da jurisdição para a solução das controvérsias, segurança do ordenamento jurídico e pacificação social, passa por desenvolvimentos e modificações importantes. Desde as concepções de que o objetivo do processo – contencioso e repressivo - é a (justa - Calamandrei) composição da lide (Carnelutti) e de que o processo é o instrumento de atuação da vontade concreta da lei (Chiovenda), o processo passa por alterações mais de ordem prática do que científica, que abreviaram etapas e suprimiram desnecessidades[23], até ser alcançado pelo fenômeno da constitucionalização do direito, em que determinadas garantias são erigidas ao status de princípios fundamentais - vértices axiológicos pelos quais as normas infraconstitucionais passam a ser interpretadas e aplicadas (irradiação das garantias constitucionais para o direito infraconstitucional e as relações privadas), signo mais relevante do Estado Constitucional.

Neste ensejo, o processo da fase do devido processo legal, para além da garantia instrumental dos direitos, torna-se ele mesmo (o processo) um princípio constitucional[24] à solução justa (processo justo) do conflito (Comoglio), traduzido num procedimento que assegure, em contraditório dinâmico, a participação simétrica e a efetiva influência dos in-

21 Neste sentido, afirma Kazuo Watanabe: "*Quando se trata de solução adequada dos conflitos de interesses, insisto em que o preceito constitucional que assegura o acesso à Justiça traz implicitamente o princípio da adequação; não se assegura apenas o acesso à Justiça, mas se assegura o acesso para obter uma solução adequada aos conflitos, solução tempestiva, que esteja bem adequada ao tipo de conflito que está sendo levado ao Judiciário*". *In* WATANABE, Kazuo. Modalidade de Mediação. In Mediação: um projeto inovador. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003. p. 56.

22 Carnelutti, Francesco. Instituições do Processo Civil. São Paulo: Classic Book. 2000. Vol. I, p. 160.

23 Barbosa Moreira, José Carlos. *op. cit.*, p. 2.

24 Como destaca Caponi, "*após o fim da segunda guerra mundial, na Europa continental (particularmente na Itália e na Alemanha) determinadas garantias relativas às funções jurisdicionais e ao processo começaram a ser percebidas como direitos fundamentais invioláveis do homem e foram inseridas na nova constituição democrática, assim como foram inseridas na carta internacional dos direitos do homem*". Remo Caponi, *Rigidez e Flexibilidade do Processo Ordinário de Cognição*, *REDP*, p. 533.

teressados (art. 7º CPC/15) na construção da decisão judicial (arts. 1º a 12 do CPC/15).

O movimento de constitucionalização dos direitos fez incorporar na legislação infraconstitucional de países democráticos as garantias características do processo justo. O CPC/15, nessa esteira, introduziu as normas fundamentais (arts. 1º e 15) como matriz axiológica de interpretação e aplicação das leis processuais, centradas na garantia à dignidade da pessoa (art. 8º) - direitos individuais e de cidadania (políticos) - e no princípio da primazia da resolução de mérito e da satisfação do direito material (art. 4º)[25].

2.2. A flexibilização do processo

Com base nesses princípios, e dado o caráter instrumental do processo, o CPC/15 ameniza o aspecto publicístico tradicional e passa a admitir uma participação mais efetiva (art. 7º) das partes e do juiz (arts. 9º e 10), em um contraditório dinâmico e adaptável a melhor forma de equacionamento (management) do litígio, mais "aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertido", na lição de Ada P. Grinover[26]. São exemplos dessa adaptabilidade do procedimento as convenções (art. 190) e o incentivo às soluções diretas entre partes.

A ampliação da flexibilização no Código atual em relação ao Código substituído na verdade consolida uma tendência histórica recente, que recupera um certo protagonismo privado no processo – em superação ao hiperpublicismo liberal anterior–, incentivando as partes a melhor se prepararem para a solução do conflito, atribuindo-lhes, em contrapartida, a responsabilidade pela escolha e condução do procedimento eleito.

Conforme Fredie Didier[27], "[o] Código de Processo Civil de 2015 veio consagrar um contexto de transformação do Direito Processual Civil brasileiro. O CPC de 2015 é, essencialmente, novo; ele consagra uma nova

25 De acordo com Câmara, "*Consolida-se, aí, um princípio fundamental: o de que se deve dar primazia à resolução de mérito (e à produção do resultado satisfativo do mérito) sobre o reconhecimento de nulidades ou de outros obstáculos à produção do resultado normal do processo civil. Eis aí, portanto, o princípio da resolução do mérito*". *In* Câmara, *Alexandre*: O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil, Revista Síntese, Ano XIII, n. 97, set-out.2015, p 9.

26 Grinover, Ada Pellegrini. Dinamarco, Cândido. Cintra, Antônio Carlos A. Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 1991, 8ª edição, p. 79.

27 DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan. /mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.475.

ideologia do processo civil, em que a figura do juiz perderá espaço para a figura das partes".

A alusão de Barbosa Moreira é que se "deve reconhecer [é] a propensão do nosso tempo – com intensidade variável, segundo o lugar e a matéria – para envolver particulares na atividade de solução de litígios, quer na esfera judicial, quer fora dela"[28].

Há mesmo quem aponte o CPC/15 como o Código das Partes, dadas as inúmeras possibilidades de atuação das partes, diretamente ou compartilhada com o juiz[29].

Essa cooperação entre partes e entre estas e o juiz do processo com efeito se aproxima do conceito de comunidade de trabalho voltado à obtenção do resultado (solução) do caso, inspirado em Franz Klein[30] e que tem como aspecto central a coparticipação dos atores processuais na consecução do escopo do processo, que é o de resolver os conflitos de direto material. Esse conceito tem como base sedimentar o princípio do processo cooperativo, assegurado como norma fundamental do processo no art. 6º do CPC/15.

Nessa perspectiva, para efetivar as promessas de compartilhar a atividade jurisdicional, às partes é facultado a obtenção de documentos e outros dados relevantes por meio da antecipação da produção de prova (art. 381), dando ensejo a melhor visualização e gerenciamento para a autocomposição do conflito, além do direito à convenção e à negociação do procedimento (art. 190) e à calendarização dos atos (art. 191) – além de inúmeras outras formas de participação[31] - como ajuste do processo ao tratamento do caso que lhe é subjacente.

3. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E A SOLUÇÃO CONSENSUAL

Alinhado a essa tendência, o CPC/15 contempla o acesso às soluções autocompositivas, que passam a contar com instrumentos eficazes, do que as medidas antecipadas do art.381 são exemplo.

28 Barbosa Moreira, José Carlos. o*p. cit*., p. 12.

29 Didier, Fredie. *Op. cit.*, p. 115.

30 Picardi, Nicola. *Le Riforme Processual e Social di Franz Klein*. *In*: *Historia et ius – Revista di Storia Giuridica dell´età Medievale e Moderna*, v. 2, p. 16, 2012.

31 Algumas formas de convenções processuais típicas: eleição negocial do foro (art. 63), o negócio tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente (art. 65), o calendário processual (art. 191, §§1º e 2º), a renúncia ao prazo (art. 225), o acordo para a suspensão do processo (art. 313, II), a organização consensual do processo (art. 357, §2º), o adiamento negociado da audiência (art. 362, I), a convenção sobre ônus da prova (art. 373, §§3º e 4º), a escolha consensual do perito (art. 471), o acordo de escolha do arbitramento como técnica de liquidação (art. 509, I), a desistência do recurso (art. 999) e

Em maior ou menor grau, o risco que o resultado do processo envolve se deve à insuficiência de elementos de que as partes dispõem – sem olvido das enérgicas reações emocionais que costuma provocar -, inibindo uma correta avaliação das possibilidades de êxito na dialética do contraditório procedimental. Em muitas ocasiões, a decisão pela judicialização decorre de uma percepção parcial sobre a controvérsia, o que torna ainda mais incerto o resultado da disputa.

Por isso, e para melhor aparelhar os potenciais contendores, o CPC/15 possibilitou um verdadeiro intercâmbio prévio de dados e informações, de modo a permitir às partes uma melhor avaliação de suas posições e interesses. O acesso prévio aos dados relevantes do caso visa a permitir às partes a opção pela construção de uma solução consensual que atenda a ambos ou mesmo à renúncia à propositura de uma demanda insegura, sem embargo da tomada de ajustes que resulte numa melhor configuração de eventual e futuro processo (arts. 190 e 191).

3.1. Natureza jurídica da produção antecipada de provas

Como destacado, a produção antecipada de provas (com finalidade específica - art. 381, incs. II e III) é uma técnica que permite o acesso (*discovery* ou *disclosure*) a elementos relevantes ao caso, permitindo às partes a melhor avaliação da demanda e tomada de posição, facultando a negociação – direta ou assistida - ou a heterocomposição (art. 381, inc. II), ou ainda a opção pela não judicialização[32] (art. 381, inc. III), além de ensejar a definição de convenções processuais.

A produção antecipada de provas, ao menos no que diz respeito àquelas com finalidade específica (incs. II e III), não significa exatamente produção prova[33]. A produção na verdade é uma etapa na fase probatória do processo. A antecipação, no campo judicial, significa o alcance dos dados e sua materialização para futura e eventual proposição em processo.

4. JURISDIÇÃO COMPARTILHADA

A instituição da produção antecipada de prova com finalidade específica de tomada de posição em relação à demanda ou direcionamento

32 De acordo com Jordi Nieva-Fenoll, "*O resultado de uma mediação bem pode ser uma renúncia, um reconhecimento ou uma desistência. De facto, todas essas figuras podem estar ínsitas na transação. Olhando para a definição que antes oferece, nela não foi dito que o fim da mediação seja um acordo, mas sim a solução do litígio que pode, perfeitamente, decorrer do simples reconhecimento por uma das partes da razão da outra".* REDP, v. XIV, p. 222.

33 As provas constituem elemento instrumental na disputa processual relativa a um litígio, representando o aspecto externo do contraditório, este o elemento central no processo contemporâneo - participativo e democrático.

à outras formas de solução de conflitos evidencia a evolução histórica do conceito de jurisdição, exigindo uma ressignificação do instituto para contemplar o compartilhamento entre as funções públicas - antes exclusivas ao judiciário - e iniciativas privadas, numa cooperação destinada a tratar e resolver conflitos.

Conforme Ada Pellegrini[34], "a jurisdição compreende a justiça estatal, a justiça arbitral e a justiça consensual", sendo evidente a superação do conceito clássico de jurisdição pelo de jurisdição compartilhada, compatível com as figuras da participação e da cooperação das partes do processo contemporâneo.

Daí porque essa modalidade de produção antecipada também se insere no campo desse novo conceito de jurisdição, em que os interessados/jurisdicionados podem reclamar o controle judicial à obtenção de dados (público) que ao seguir poderão ser utilizados em iniciativas extrajudiciais (privadas) para a resolução da controvérsia, e não necessariamente em processo judicial.

4.1. Solução Consensual

Em diversos dispositivos, o CPC/15 privilegia o gerenciamento do caso e do processo e a solução negociada, sinalizando o legislador a sua preferência pelo ambiente extraprocessual.

Além da norma fundamental do referido art. 3º §3º, que estimula a solução consensual, o CPC/15 disciplinou que tratamento dos conflitos (art. 165 do CPC/15; art. 24 da Lei de Mediação), em caráter incidental (art. 334 CPC/15) ou pré-processual, seja realizado em todos os casos que envolvam direitos transacionáveis, mesmo os indisponíveis, uma vez verificadas as condições a que alude o art. 334, caput, do CPC/15. Para tanto, determinou a instituição dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (o CNJ havia determinado, em experiência exitosa, a criação e instalação dessas unidades judiciárias - Res. 125/10 CNJ, art. 7º - pelos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Cidadania dos Tribunais), responsáveis pela realização das sessões de mediação e conciliação, dentre outras modalidades (art. 334 §3º e 694). Na mesma linha seguida pela Lei 13140/15, que disciplina a realização de sessões pré-processuais.

34 *op. cit.*, p. 18.

Em paralelo, o CPC/15 assegura o desvendamento de documentos e outras provas (art. 381), e prevê uma série de incentivos econômicos (redução de custas – art. 29 Lei de Mediação; CPC/15 art. 90 §3º; penalidades – art. 334 §8º) às partes que optarem pela autocomposição.

Pois bem, a interpretação sistemático-teleológica desse conjunto normativo - CPC/15 e da Lei de Mediação, complementado pela Res. 125/10 CNJ -, permite concluir pela existência de um microssistema de solução consensual que combina a) a produção antecipada de provas com o b) tratamento das questões preferencialmente em caráter privado ou pré-processual nos c) Centros de Solução de Conflitos Judiciários ou Extrajudiciários.

Os institutos do *discovery* ou *disclosure*, inseridos no campo da produção antecipada de prova do art. 381 do CPC/15, permite aos interessados ter acesso a maior volume de dados da controvérsia, e assim à formação de juízo sobre os fatos e mais adequada avaliação da pretensão. O desvendamento desses elementos, que pode envolver a apresentação sucessiva e alternada (troca) de documentos e outras provas (art. 382 §3º CPC15), proporciona a instauração de condições favoráveis à negociação, ensejando o encaminhamento da solução pela via autocompositiva.

Portanto, é intuitivo que os dados descobertos pela via do art. 381 do CPC/15 sejam utilizados em sessões de autocomposição nos Centros Judiciários (ou extrajudiciários), razão pela qual parece importante que os operadores do direito comecem a se interessar por essa que uma nova modalidade de resolução de disputas, preparando-se adequadamente[35], por meio da troca de documentos e outras provas, para a busca de uma solução negociada.

Fazzalari,[36] em comentários à concepção de processo e procedimento, esclarece bem essa nova dimensão, ao assumir que a estrutura do processo "consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições, na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e a impedir a emanação do provimento); na relevância das

35 Por certo, esforços devem ser envidados para a promoção e a difusão desse novo conceito de justiça. Os operadores do direito ainda são formados sob o paradigma exclusivo da litigiosidade e da judicialização, e poucos ainda são aqueles já familiarizados com os recentes mecanismos de solução não-adversarial. Assim, reclama-se que campanha de conscientização sejam realizadas pelos órgãos responsáveis pela formação e difusão da cultura da solução consensual, assim o Conselho Nacional da Justiça e a Escola Nacional de Formação e Atualização dos Magistrados, além das organizações setoriais, como as associações profissionais.

36 Fazzalari, Elio. Instituições de Direito Processual. São Paulo: BookSeller, 2006, p. 120.

mesmas para o autor do provimento, de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados".

4.2. Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania são dotados de um corpo de negociadores e facilitadores (art. 11 da Lei de Mediação) e coordenados por um juiz com formação em métodos autocompositivos, como preconizam os arts. 24 da Lei de Mediação e 165 §1º do CPC/15, em combinação com a Res. 125/10.

Dentre suas atribuições, os Centros são responsáveis pela organização e realização das sessões de mediação e conciliação, dentre outros métodos.

Em princípio, o juiz coordenador dos Cejuscs tem competência para a homologação dos acordos obtidos em procedimentos extrajudiciais (a competência para os acordos judiciais incidentais é do juiz natural do processo respectivo), realizados no próprio Centro ou em Câmaras Privadas ou em caráter privado ou por mediadores autônomos.

4.3. Competência

Mas uma melhor conformação sistêmica das soluções consensuais que envolvam o desvendamento de provas passa pela definição da competência para a produção antecipada de prova com finalidade específica (art. 381 incs. II e III, fine), atribuindo-a ao juízo de coordenação do Cejusc.

Com efeito, desde que na inicial (art. 382 CPC/15) o requerente aponte as razões da necessidade da produção da prova antecipada e a finalidade por ele divisada (viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito ou evitar o ajuizamento da ação (art. 381, incs, II e III, CPC/15), a tramitação pelo Cejusc importará na racionalização do procedimento, concentrando-o nessa unidade jurisdicional.

É bem de ver que nos procedimentos autocompositivos – como de resto em todo o ordenamento processual – deve imperar o princípio da boa-fé (art. 5º CPC/15; art. 2º inc. VIII Lei de Mediação) e da colaboratividade (art. 6º CPC/15). Nesse sentido, uma vez que seja o propósito das partes a autocomposição e melhor avaliação com vistas a

evitar a judicialização, a competência para a obtenção dos documentos e outras provas deve ser do Centro de Solução Consensual.

Note-se que a produção antecipada de prova apresenta contraditório limitado, sujeito apenas a infirmar a legitimidade e aspectos do interesse na obtenção das provas (art. 382 §§1º e 4º), sendo vedado ao juiz realizar qualquer valoração a respeito do material produzido (art. 382 §2º). E o recurso se restringe à hipótese de indeferimento do pedido (art. 382 §4º).

O juízo competente para a produção antecipada é aquele do foro onde a prova deva ser executada para subsidiar futura ação (art. 381 §2º, CPC/15)[37], e não aquela destinada à formulação de proposta de negociação direta ou assistida ou outra via consensual ou adversarial extrajudicial.

Quanto a estas, a competência será necessariamente a do Cejusc, na medida em que é o juízo competente para o procedimento de autocomposição ou de outro método adequado, nos termos do art. 381 §2º do CPC/15.

Essa ordem de ideias tem um efeito pedagógico que ao longo do tempo pode conformar a práxis de uma fase anterior ao processo. Se a obtenção de documentos e outras provas necessários à avalição de situação jurídica para eventual ação ou negociação está garantida pelo CPC/15, limitando-se a intervenção judicial à produção de provas cujo acesso não prescinde do controle oficial, a prática rotineira dessa iniciativa pode consolidar a etapa prévia ao processo consistente no disclosure comum à tradição do common law.

Nesse caso, caracterizada a fase prévia, é curial que a unidade judiciária com competência para o desvendamento seja o juízo do Cejusc, dada a natureza jurídico-administrativa da atuação do juiz em processo necessário e a possibilidade de instauração do procedimento de negociação direta ou assistida no próprio Cejusc.

4.4 Protocolos Pré-Processuais

Protocolo pode ser definido como o conjunto de normas reguladoras de atos públicos. O termo foi introduzido pelo Círculo de Viena para indicar o registro do dado imediato ou experiência direta.

37 E os autos respetivos serão mantidos à disposição do interessado justamente porque a produção antecipada não previne a competência do processo que vier a ser iniciado.

No campo do direito (common law), protocolo significa as regras que definem a atuação das partes em determinadas etapas do processo, prévia ou incidental.

Os protocolos pré-processuais têm o objetivo de promover a troca eficiente de informações entre as partes, antes do processo, a fim de que, com informações relevantes, preparem-se para um acordo ou instruam da melhor forma possível a futura ação judicial.

Parece clara a preocupação de que a instituição dos protocolos garanta certa previsibilidade ao regramento pelo qual as partes interessadas possam solicitar e prestar as informações relevantes, se necessário com a intervenção judicial – exigível, de qualquer modo, quando se trate de provas coberta por sigilo.

Na Inglaterra e no País de Gales, a introdução dos protocolos pré-litígio com a reforma do sistema CPR (1998), segundo Brook LJ, maior especialista que trata do sistema das CPR, foi extremamente benéfica. Brook elogiou Lord Woolf por sua inovação criativa: a introdução de protocolos que antecedente a ação ... representa um grande passo à frente na administração da justiça (...). [Esses protocolos] são guias para o litígio eficiente para a prática pré-litígio, esboçados pelos que sabem muito bem a diferença entre melhores e piores práticas e harmônicos (...), segundo anotação de Neil Andrews[38].

A disclosure na fase que antecede a ação pode ser eficaz principalmente para estimular e aumentar as chances de um acordo, auxiliando os litigantes em potencial com uma avaliação mais sólida do mérito; e pode reduzir os custos do litígio, adiantando o momento em que os litigantes focam a matéria essencialmente em discussão.

Sua utilização, ainda que infrutífero o acordo prévio, pode implicar na dispensa de uma fase probatória mais alongada durante o processo, sem embargo do estabelecimento de convenções processuais que adequem o processo às reais necessidades das partes.

Em um sistema que estimula a opção pela obtenção de dados para a solução autocompositiva prévia ao processo deve igualmente criar as condições regulamentares para que essa fase se desenvolva sob os mesmos princípios da publicidade, da previsibilidade e da segurança jurídica. Daí a importância do estabelecimento de protocolos pré-processuais,

38 Andrews, Neil. Moderno Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 131.

para que as partes interessadas saibam de antemão o quê e como podem obter e exigir os dados relevantes à solução do caso.

A instituição dos protocolos por lei federal parece ser a regra. Trata-se de disposição de ordem pública sobre direito processual, portanto reservada ao legislador federal.

No entanto, a generalidade própria da lei em sentido estrito pode dificultar a adaptabilidade do procedimento à dinâmica das relações sociais, razão pela qual se prevê que a instituição, por legislação de âmbito nacional, preserve à autonomia dos tribunais, com participação de entidade representativas de segmentos de classe, a iniciativa de estabelecimento de procedimentos relativos à protocolos para temas específicos, atendendo, assim, às razões de ordem prática da sociedade.

5. CONCLUSÃO

Como visto neste breve estudo, o direito e o processo sofreram alterações substanciais desde o advento do Estado Liberal, seguindo pela fase do Bem-Estar Social até alcançar o Estado Democrático de Direito e o Estado Constitucional.

Nesse último período, o movimento de irradiação das garantias fundamentais às normas infraconstitucionais impôs uma ressignificação da interpretação e aplicação principiológica do direito, assegurando um signo privatístico marcado por uma participação mais efetiva das partes na formação da decisão.

Nessa esteira, institutos de flexibilização do procedimento, como a negociação processual, a calendarização dos atos e da produção antecipada de provas, conjugados com a possibilidade de autocomposição incidental e pré-processual, conformaram uma nova sistemática complementar ao processo como instrumento tradicional de solução de conflitos e a própria jurisdição.

É sintomático que o êxito no uso combinado da produção antecipada de prova e da autocomposição pré-processual venha a produzir efeitos pedagógicos para a formação de uma nova práxis por parte dos operadores do sistema de justiça, com benéfica repercussão na formação de uma nova cultura social, servindo os Cejuscs como nova porta de acesso à solução justa dos conflitos.

Como enfatiza Nieva-Fenoll, as soluções consensuais são um recurso aberto a quem deseja aproveitá-lo, “muito menos dispendioso eco-

nómica e temporalmente do que um processo e, para além disso, pode servir mais eficazmente antes de se desencadear o conflito, mais precisamente para o evitar do que para o resolver".[39]

É conveniente estabelecer, à exemplo do que ocorre nos institutos originais do *common law*, regras mínimas de trato do desvendamento das provas - *disclosure* -, sugestivamente por meio da adoção de *pre-action protocols*, a fim de tornar conhecidas as formas de acesso a essa que se pretende uma ferramenta adicional às soluções em trabalho cooperativo entre partes interessadas e juiz.

A instituição dos protocolos deve ser feita por legislação federal. Mas o esgotamento da regulação por lei nacional talvez não atenda ao desiderato de conferir flexibilidade compatível com a dinâmica social. Melhor se afigura que se trate por normas federais os pressupostos principais, preservando-se à autonomia dos Tribunais e das entidades representativas a iniciativa da definição das especificidades dos protocolos em atendimento às peculiaridades de uma razão prática e social. ●

BIBLIOGRAFIA

ANDREWS, Neil. Moderno Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2014.

ALMEIDA, Diogo de Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. Possíveis diretrizes para a regulamentação legal da mediação: proposições da comissão de mediação da Ordem dos Advogados do Brasil-Rio de Janeiro. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al. Arbitragem e mediação: temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 315-327.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni (Coord). Jurisdição e Hermenêutica Constitucional. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 301-357.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 5.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

39 op. cit., p. 228

_____. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

CAMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. Métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista de Processo, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994.

CARNELUTTI, Francesco. Instituições do processo civil. São Paulo: Classic Book, 2000. 3v.

CARVALHO, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm>. Acesso em: 20 fev. 2017, 18:30:00.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. Lezioni sul processo civile I: Il processo ordinario di cognizione. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 67.

FUX, Luiz. Teoria geral do processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil: Introdução ao Direito Processual Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido. CINTRA, Antônio Carlos A. Teoria Geral do Processo. 8ª edição. São Paulo: RT, 1991.

KUHN, T. S. The structure of scientific revolutions. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1970.

LIEBMAN, Enrico Tullio. L 'azione nella teoria dei processo civile. In: _____. Problemi dei processo civile. Napoli: Morano Editore, 1962.

LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen. Civil procedure. 2. ed. London: Cavendish Publishing, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito: nota introdutória. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 98, n. 888, p. 9-36, out. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil: processo do conhecimento. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.2.

MORIN, Edgar. Ciência com consciência. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

PICARDI, Nicola. Le Riforme Processual e Social di Franz Klein. In: Historia et ius – Revista di Storia Giuridica dell´età Medievale e Moderna.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Novo código de processo civil anotado e comparado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

POLLAK, Rudolf. System des oesterreichischen zivilprozessrechtes. 2. ed. Wien: Manz, 1932. p. III.

POPPER, Karl R. The open society and its enemies. London: G. Routledge & Sons, 1945. 2v.

PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SASTRE ARIZA, Santiago. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Trotta, 2003. p. 239-258.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, et.al. Novo CPC: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WOOLF, Sir. Harry. Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales. H.M. Stationery Office, 1996.

XAVIER CABRAL. Trícia Navarro e ZANETI JR. Hermes. Justiça Multiportas. Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada dos conflitos. Salvador: JusPodium, 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Il diritto mite: legge diritti giustizia. Torino: Einaudi Contemporanea, 1992.

O Termo, em Termos: O Poder do Compromisso na Mediação

Danilo Prudente Lima
Pós Graduando em Métodos Adequados de Tratamento de Conflitos pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Graduado em Direito pelo UniCEUB.

Isabela Sardinha Lisboa Leite
Pós Graduanda em Métodos Adequados de Tratamento de Conflitos pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Graduada em Direito pela UnB.

SUMÁRIO: I Introdução, **II** O contexto da Mediação Extrajudicial, **III** Termo de Compromisso: aspectos objetivos e subjetivos, **IV** Conclusão, **V** Referências

RESUMO: O termo de compromisso inicial, firmado entre partes e mediador no início de uma mediação extrajudicial, apesar de pouco estudado em seus aspectos específicos merece maior atenção por sua relevância para a estabilidade do processo. O objetivo deste trabalho é, portanto, o de jogar luz sobre essa temática, buscando apresentar os aspectos objetivos e subjetivos do termo de compromisso, como forma de demonstrar que o compromisso inicial firmado tem um efetivo poder definidor de todo o curso do processo de mediação.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação Extrajudicial. Termo de Compromisso. Aspectos objetivos. Aspectos subjetivos. Flexibilidade do Termo.

1. INTRODUÇÃO

O ser humano é dotado de inúmeras peculiaridades que o distingue no reino animal, dentre elas a potencialidade de raciocinar e desenvolver pensamentos além da capacidade dos outros animais. Essa habilidade de raciocínio estimula a construção de uma existência bastante rica e dinâmica, estruturada no formato de sociedade. Dentre inúmeros outros fatores,

nota-se que, com a evolução da espécie, o homem passou a lidar com a diversidade do mundo ao seu redor com mais civilidade, desenvolvendo mecanismos de contenção e administração das relações sociais. (PÁDUA; OLIVEIRA, 2014)

Hoje, a sociedade ainda conta com o Judiciário como sistema primordial que realiza a gestão dos mais diversos conflitos e se empenha, na medida do possível, para promover a pacificação social. Além do contexto judicial, contudo, também o extrajudicial recebe destaque como plano de fundo das soluções de dilemas das mais diversas naturezas.

Nota-se que institutos como mediação e conciliação, e seus derivados, vêm ganhando força nas últimas décadas. São mecanismos com prestígio legal que relativizam o cenário de tensão criado em torno dos conflitos sociais e abrem espaço para o protagonismo dos envolvidos na relação de impasse. Prioriza-se, portanto, a satisfação dos anseios mais genuínos dos interessados, para além de qualquer amarra burocrática ou formal. (ALMEIDA, 2015)

Interessante observar, contudo, que tais institutos autocompositivos – para o enfoque deste estudo, notadamente a mediação - encontram-se estruturados tanto no âmbito judicial quanto no extrajudicial. De um lado, por determinação legal,[1] a mediação passou a ser etapa processual de relevância em inúmeros processos, com uma previsão minimamente estruturada de quais os procedimentos esperados para a sua condução.

De outro lado, a mediação fora do Poder Judiciário ganhou contornos legais apenas quanto à sua autorização,[2] sendo certo que a definição da estrutura e das diretrizes a serem ali aplicadas devem ser definidas num acordo entre mediador e partes. Nesse sentido, torna-se fundamental a existência de um documento inicial, com verdadeiro caráter contratual, que vincula minimamente a todos. (MOFFIT, 2003)

É essa manifestação de vontades, portanto, que gera o compromisso com a mediação por parte de todos os envolvidos e que merece maior destaque, ante a diminuta menção doutrinária acerca dos seus aspectos principais. Há que se compreender, portanto, quais os fundamentos que justificam tamanha importância de um documento inicial que apenas descortina todo o processo da mediação.

1 Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. [...] (Lei nº. 13.105/2015, Código de Processo Civil)

2 Lei nº. 13.140/2015.

2. O CONTEXTO DA MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Por certo, algumas disputas se encaixam melhor nos moldes do processo judicial tradicional, com todos os seus requisitos, ritos e procedimentos. Todavia, inúmeros são os impasses cotidianos que, mesmo apresentando evidente viés jurídico, podem ser satisfatoriamente administrados por uma ou outra via alternativa de resolução de disputas. (ALMEIDA, 2015)

A mediação extrajudicial, portanto, se encaixa nessa gama de variedades alternativas ao processo litigioso e, até mesmo, ao impulso da autodefesa. Trata-se de mecanismo de conscientização e incentivo às partes envolvidas para que, valorando seus interesses, encontrem o caminho de saída do labirinto do conflito por meio de um facilitador, o mediador.

De fato, mediações privadas, como também são conhecidas as mediações extrajudiciais, são plenamente capazes de agregar parâmetros de igualdade e justiça às situações em que as próprias partes envolvidas demonstram interesses em enfrentar o impasse e solucioná-lo. Para além disso, as mediações que acontecem fora do âmbito judicial têm o benefício de se submeterem a parâmetros próprios de tempo e de regramentos, uma vez que ali impera, com maior força, o princípio da voluntariedade. (CALMON, 2007)

É nesse cenário, portanto, que surge espaço para a definição de objetivos, regras e parâmetros gerais, que devem ser estabelecidos antes da iniciação do procedimento, para funcionarem como norteadores de toda a relação que se construirá a partir de então. Tais convenções estabelecidas entre os envolvidos compõem o que conhecemos como *Termo de Compromisso*[3].

O termo inicial de que tratamos é balizador das sessões de mediação que se darão entre o mediador e os interessados, sejam elas individuais ou conjuntas. Trata-se, portanto, de uma espécie contratual que estabelece parâmetros para uma relação futura específica. Desse modo, atribui-se segurança para todos os envolvidos na mediação quanto ao procedimento que será realizado, independente do resultado final em si. (MOFFIT, 2003)

3 A nomenclatura utilizada para se fazer referência a esse primeiro termo assinado pelos interessados em decorrência da mediação pode ser compreendido de forma otimista. Isso, em razão da expressão "compromisso" sinalizar a adoção de parâmetros únicos, ou seja, de interesse mútuo em atuar em prol da eliminação da discórdia. Nesse sentido, o compromisso pode ser entendido já como um primeiro acordo estabelecido entre as partes.

É importante notar que apenas no contexto extrajudicial há sentido na assinatura do Termo de Compromisso. Afinal, se no processo judicial imperam as normas legitimamente estabelecidas pelo Estado, no âmbito privado é o acordo de vontades voluntário e espontâneo que poderá vincular todos os que dele participam doravante.

O estabelecimento, portanto, do modo de ser do processo de mediação é aspecto fundamental e necessário para a própria existência da mediação. O Termo de Compromisso, nesse sentido, figura como uma manifestação positiva quanto à participação num método autocompositivo de resolução de controvérsias ao mesmo tempo em que se configura num comprometimento das partes ao procedimento como ali exposto - o que legitimará, portanto, a atuação do mediador em todo o processo.

É certo, porém, que um documento de tal magnitude deve conter alguns requisitos mínimos, objetivos e subjetivos, para garantia de segurança não só de todo o procedimento, mas principalmente do mediador, enquanto agente condutor do processo. Definir, assim, quais são esses pilares fundamentais que dão estabilidade ao Termo de Compromisso, é tarefa fundamental para assegurar a fluidez da mediação.

3. TERMO DE COMPROMISSO: ASPECTOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS

É possível afirmar que o primeiro passo da mediação extrajudicial consiste no fechamento de regras, ou seja, faz referência àquele momento em que as partes se comprometem a adotar um determinado padrão ao lidarem com o problema que enfrentam. (ALMEIDA, 2015) Nesse caso, recomenda-se a elaboração de um contrato escrito, o Termo de Compromisso. (MOFFIT, 2003)

Em breves linhas de raciocínio, nota-se que a redação de um Termo Inicial pode ser importante por algumas razões básicas. No aspecto subjetivo, tem-se que as definições iniciais se mostram relevantes para a segurança tanto das partes quanto do mediador, no tocante ao decurso de todo o processo. Para os mediandos, assim, fica clara a implementação de parâmetros de conduta e interpretação durante a mediação e no alcance de eventual acordo. Desse modo, eles são conduzidos de forma consciente e esclarecida pelo processo autocompositivo, de forma a ficar claramente demonstrado um dos princípios basilares da mediação: o da decisão informada. (CALMON, 2007)

Ainda, é possível apontar a segurança do mediador como um dos benefícios da assinatura do termo. Isso porque o documento contém cláusulas que esclarecem o papel do mediador, bem como reconhece e prestigia o seu trabalho, evitando possíveis falhas de comunicação durante e, principalmente, ao final do processo de mediação. (MOFFIT, 2003)

Semelhantemente, o fato de o Termo de Compromisso evitar futuros desentendimentos causados por falhas de memória e de comunicação é relevante. Considerando que mediadores e mediados estão sujeitos a cair no esquecimento ou cometer confusões, o registro por escrito de regras e diretrizes pode ajudá-los a negociar com total consciência da realidade do procedimento da mediação.

A assinatura desse documento inicial também ataca a arbitrariedade e pode ser interessante para evitar uma eventual manipulação de má-fé pelos envolvidos no processo. A assinatura das partes e do mediador consolida o compromisso de que todos ajam com honestidade e respeito, fator elementar nas mediações bem-sucedidas e que, vale dizer, independe do alcance de um acordo formal.

Embora se entenda que o Termo de Compromisso esteja estritamente vinculado ao caso concreto, como se verá mais a frente, existem cláusulas que podem ser apontadas como essenciais na ocasião de uma mediação extrajudicial, o que aqui pontuamos como aspectos objetivos deste documento. Algumas delas merecem destaque, como é o caso da cláusula que registra os dados pessoais básicos dos interessados e enfatiza a voluntariedade dos mesmos na participação do procedimento. Isso se deve à necessidade de que todos se sintam confortáveis em tratar do dilema que vivenciam por meio da via extrajudicial.

Outra cláusula que parece ser de fundamental importância para o processo de mediação diz respeito à confidencialidade de toda a mediação, bem como a maior confidencialidade de eventuais sessões privadas. Registrar a importância de que as informações compartilhadas nas sessões sejam mantidas em sigilo pode ser determinante no trato de aspectos delicados do caso concreto. Ademais, possibilita que os interessados se sintam mais à vontade perante o mediador. (ALMEIDA, 2015; AZEVEDO, 2015)

Também a imparcialidade dos mediadores e, se for o caso, dos co-mediadores e observadores deve ser atestada. Afirmada e esclarecida por escrito a ausência de favoritismo por parte daqueles que conduzirão o processo, a mediação extrajudicial revela todo rigor e transparência que

lhes são próprios. Nesses moldes, observa-se o modo de funcionamento análogo ao procedimento judicial, sendo possível a manifestação de impedimento e suspeição. (MOFFIT, 2003)

A cláusula que define o objeto da mediação deve ser, também, minimamente estabelecida, em atenção apenas a uma delimitação do objeto a ser trabalhado. Essa é, porém, o tipo de cláusula que se mostra claramente aberta durante o processo, que apenas se inicia no ponto ali estatuído e pode irradiar-se para inúmeros outros espaços não previstos no momento em que identificada a controvérsia. Ainda assim, nos parece razoável uma definição, até mesmo para que se possa trabalhar com foco as questões a serem resolvidas ao longo do processo.

Ainda, a estipulação de elementos formais, como o número de sessões e o prazo de sua duração, além dos detalhes relativos aos custos estimados e à remuneração do mediador, também são informações que se recomenda constar no texto do Termo Inicial[4]. Desse modo, evitam-se confusões e se estabelece um cronograma para os envolvidos.

A definição do aspecto remuneratório, contudo, deve ser claramente desvinculada de qualquer resultado do processo. Conforme pontuado por Moffit (2003), o comprometimento do mediador – e, consequentemente, da sua remuneração – não podem ser conectadas a um resultado específico, mas claramente à sua atuação em todo o processo.

Outro aspecto que se mostra fundamental, até mesmo em razão da previsão legal nesse sentido, é a definição da possibilidade de assistência de advogados no decorrer de toda a mediação e, mais claramente, da obrigação de que, se uma parte estiver constituída por advogado, a outra também o esteja.[5]

Por fim, como a possibilidade de alcance de um acordo é sempre real em uma mediação, interessante que o Termo de Compromisso privilegie as condições de formalização deste documento final. Sendo assim, recomenda-se que esteja clara a necessidade, ou não, de homologação judicial dos termos finais do acordo. De tal modo acaba sendo esclarecido, também, se o acordo terá ou não força de título executivo extrajudicial.

4 Os custos decorrentes da mediação e o modo como o banco de mediadores é administrado são determinados pelos próprios mediadores em acordo com as partes ou pelas próprias Câmaras, em seus regulamentos. A exemplo de como estabelece o Regulamento de Mediação da Câmara de Mediação e Arbitragem do Instituto de Engenharia CMA- IE, disponível em: http://ie.org.br/camara/cma_textos.php?id_sessao=21&id_texto=4&lnk=1.

5 Art. 10. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos.
Parágrafo único. Comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas. (In: Lei nº. 13.140/15)

Fica claro, ante o mencionado, que os aspectos subjetivos e objetivos ora apresentados se retroalimentam para dar vida ao todo que representa o documento final de comprometimento com a mediação. A presença, assim, de cada um dos tópicos mencionados, confere a necessária estabilização de todo o processo de mediação, logo no seu início, e serve como pedra fundamental a guiar as relações subsequentes a se formarem.

Interessante apontar a necessidade do documento aqui tratado ser redigido e, mais especificamente, aprovado por ambas as partes. Assim, elas podem se assegurar da correção na escrita dos seus termos e ter pleno conhecimento de todas as etapas e condições já estabelecidas previamente.

De todo modo, deve ser considerada a possibilidade de revisões supervenientes na medida em que houver amplo consenso, de mediador e mediados, sobre a modificação de alguma cláusula (ou mesmo de algumas cláusulas) do Termo de Compromisso. Isso porque, enquanto termo regulador de um processo voluntário, ele deve estar aberto a eventuais modificações caso a situação inicialmente apresentada se modifique de tal forma que, por exemplo, situações anteriormente previstas como proibidas passem a ser, em verdade, genuinamente desejadas pelas partes mediadas.

Em resumo, portanto, o Termo de Compromisso se configura como peça-chave no processo de mediação, de modo que a ele deve ser conferido fundamental destaque enquanto etapa necessária e indispensável ao prosseguimento do processo autocompositivo. Assim, se garantirá o poder maior de comprometimento das partes, único instrumento efetivamente capaz de tornar possível a existência, em si, da mediação.

4. CONCLUSÃO

Como sinalizado, o Termo de Compromisso se amolda ao caso concreto, de tal modo a carregar peculiaridades próprias cada vez que é formulado. Embora seja possível sinalizar a importância de algumas cláusulas estarem presentes no texto final, não existem padrões fechados. É nesse sentido que se afirma a flexibilidade como característica do documento em pauta.

Os termos desse primeiro contrato serão delineados essencialmente na pré-mediação, ou seja, na ocasião em que as partes conhecem o procedimento da mediação e expõem brevemente o dilema a ser tratado.

É nesse contato inicial que a plasticidade do Termo é determinada. Na medida em que a escolha pela mediação torna-se o primeiro ato de consenso tomado por todos os envolvidos, então o Termo de Compromisso começa a ganhar formas. (ALMEIDA, 2015)

Interessante notar que a versatilidade de que se trata está em perfeita sintonia com o caráter informal da mediação privada. Embora admita-se o estabelecimento de convenções, a natureza fluida da mediação é plenamente preservada.

Aliás, os termos do contrato inicial devem ser estruturados de modo a salvaguardar elementos que compõem a essência da mediação, qual seja a oralidade, informalidade, voluntariedade, confidencialidade e a autonomia de decisão, dentre outros (ALMEIDA, 2015). Afinal, somente assim se resguardará uma característica muito peculiar deste processo autocompositivo: a devolução, aos mediados, da plena capacidade de administrar o seu próprio conflito. •

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia. *Caixa de ferramentas na mediação*: Aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash Mediação, 2015;

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. *Model Standard of conduct for mediators*. 17 J. Nat'l Ass'n Admin. L. Judges, 1997. Disponível em:<http://digitalcommons.pepperdine.edu/naalj/vol17/iss2/9>. Acesso em: 03 fev. 2017;

AZEVEDO, André Gomma. *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015;

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017;

BRASIL. Lei nº. 13.120, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017;

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

MOFFIT, Michael. Tem ways to get sued: a guide for mediators. *Harvard Negotiation Law Review.* Cambridge: Harvard University, v. 81, 2003. Disponível em: < https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjvvIqI1PLRAhUH7oMKHQekCzgQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.hnlr.org%2Fwp-content%2Fuploads%2F2012%2F04%2FTEN_WAYS_TO_GET_SUED_A_GUIDE_FOR_MEDIATORS.doc&usg=AFQjCNGIz8KpEek_YZC1wBcVT8l2-qqYdA>. Acesso em: 02 fev. 2017;

PÁDUA, Idiene Aparecida Vitor Proença; OLIVEIRA, Paulo de Tarso. *Acesso à justiça, pacificação social e desenvolvimento sustentável: novas concepções e inter-relações*. FACEF Pesquisa: Desenvolvimento e Gestão. Vol.17, nº .3, p.349-365 - set/out/nov/dez 2014.

ARBITRAGEM
O caso do defensivo agrícola envolvendo os produtores de soja de Diamantino/MT Um breve estudo de três conflitos à luz da arbitragem

Gerardo Humberto Alves Silva Junior
Juiz de Direito no Tribunal de Justiça de Mato Grosso. MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas. Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito.

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade demonstrar que determinadas controvérsias não devem ser levadas a julgamento pelo Poder Judiciário, em especial por: i) falta de conhecimento técnico específico em relação a matéria controvertida; ii) ausência de previsibilidade das decisões judiciais; iii) ausência de resposta em tempo razoável para a solução da controvérsia.

Nesse aspecto é possível divisar que os 03 casos escolhidos para análise, todos com origem na comarca de Diamantino/MT, demonstram exatamente o que se acabou de afirmar.

Com efeito, os 03 casos objeto de análise tiveram soluções jurídicas absolutamente diversas, o que evidencia a imprevisibilidade das decisões judiciais não só em relação ao tema principal, o mérito das controvérsias, como também no que se refere as questões laterais, que são imprescindíveis para a solução principal.

A análise desses casos indica a necessidade de que determinadas controvérsias, em especial aquelas onde se exige conhecimento técnico específico e de alta complexidade, devem ser solucionadas fora do aparelho estatal, sendo certo que a arbitragem nos parece mais adequada para esse tipo de demanda, com plena adoção do sistema multiportas.

Nesse aspecto, analisaremos esses mesmos casos com a utilização da arbitragem, demonstrando seus princípios e mecanismos como meio adequado para a solução da demanda.

PALAVRAS-CHAVE: arbitragem; solução de controvérsias; conhecimento técnico; tribunais multiportas.

ABSTRACT: The main purpose of this worksheet it is demonstrate that some controversial should not be taken to the Court, especially when it comes to the following reasons: absence of specific technical knowledge about the controversial Matter; lack of predictability in the sentence; and absence of an answer, to provide a solution to the Matter in a reasonable amount of time.

Therefore, it is possible to verify that the three cases chosen for the present analysis, all of them originally from the county of Diamantino-MT, validate the previous premise.

As an effect all of the three cases, object of this analysis have had divergent legal solutions, what elucidates the unpredictable of the judicial decisions, not only related to the principal matter, but also to those referring to the whose supporting aspects, essential to solve the case.

The analysis of those cases indicate the necessity of some determinate controversial, specially those which require specific technical knowledge and high complexity, will reveal that Arbitration is the most suitable method to solve those kind of cases.

In this aspect, those same cases will be analyzed from the prospect of Arbitration, in order to demonstrate it's principles e mechanisms as a suitable method to solve those demands.

KEYWORDS: arbitration; solving controversial; technical knowledge.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O caso envolvendo o defensivo agrícola. 1.1 A escolha do caso para análise. 1.2 A doença ferrugem asiática causada pelo fundo *Phakopsora pachyrhizi*. 1.3 As consequências econômicas decorrentes da ferrugem asiática e os processos judiciais pelo uso do produto. 1.4 Breve análise dos casos selecionados. 1.5 Ausência de conhecimento técnico específico tendo, como consequência, imprevisibilidade das decisões judiciais. 2. Casos selecionados e arbitragem. 2.1 Centro de Arbitra-

gem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá 2.2 Releitura dos três casos analisados a partir da utilização da arbitragem. 2.2.1 Tempo de tramitação do processo judicial. 2.2.2 Custos do processo judicial e do arbitral. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

> *A obrigação da nossa profissão é servir como os cicatrizadores do conflito humano. Para cumprir nossa tradicional obrigação significa que nós devemos prover mecanismos que produzam resultados aceitáveis no mais curto período de tempo possível, com o mínimo de despesas e o mínimo de estresse entre os participantes. Isso é o verdadeiro conceito de Justiça.* (Warren Burger, ex-presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos[1]).

O relatório 'Justiça em números 2016', tendo como ano base 2015, do Conselho Nacional de Justiça, indica a tramitação de 102 milhões de processos judiciais. As despesas do Poder Judiciário somaram R$ 79,2 bilhões, o que representou um crescimento de 4,7%, considerando o quinquênio 2011/2015, equivalente a 1,3% do Produto Interno Bruto nacional, a um custo de R$ 387,56 por habitante.

É um truísmo afirmar que o Poder Judiciário não tem dado solução adequada aos processos judiciais em tempo razoável, conforme estabelece o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal. Isso decorre, por exemplo, de sua estrutura, distribuição de recursos humanos e materiais, além de uma legislação que estimula a litigiosidade, aliado a uma sociedade beligerante, entre outros fatores.

Diante desse assombroso quadro o presente artigo procura trilhar o caminho para demonstrar a necessidade de utilização da arbitragem como meio adequado de solução de controvérsias, em um sistema pluriprocessual, complementar, adaptável e multiportas, adotado, de forma mais enfática, no Brasil com o Novo Código de Processo Civil.

No Brasil, mais recentemente, o Novo Código de Processo Civil estabelece a permissão no uso da arbitragem, o que nos parece um estímu-

1 Coulson, R., *Professional Mediation of Civil Disputes*, 1984.

lo ante a Lei n. 9.307/96. A legislação processual civil, entretanto, emitiu duas novas determinações, sendo a primeira para o próprio Estado, com a obrigação para, sempre que possível, promover a solução consensual dos conflitos. A outra determinação é direcionada aos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público buscarem, inclusive no curso do processo judicial, a conciliação, mediação e outros meios de solução consensual de conflitos (artigo 3º, §§ 1º, 2º e 3º).

Estamos diante de um sistema pluriprocessual de solução de litígios, para os americanos os 'tribunais multiportas'. Esse sistema multiportas consiste na arbitragem, mediação, conciliação, ou qualquer outro meio consensual de solução de demandas, sem exclusividade ou superioridade do Poder Judiciário.

O objetivo é demonstrar que a arbitragem, em determinados casos, especialmente aqueles de alta complexidade e especificidade fática, devem ser subtraídos do Poder Judiciário e analisados sob a ótica de um árbitro ou tribunal arbitral com alto grau de especialidade na matéria.

É imprescindível compreender que a sociedade demanda por um modelo de respostas diferenciadas para cada problema, o que deve ser estimulado por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, em leitura aberta do § 3º do artigo 3º do Novo Código de Processo Civil.

1. O CASO ENVOLVENDO O DEFENSIVO AGRÍCOLA

1.1 A escolha do caso para análise

A escolha do caso[2] se deu, em especial, pela convergência de um único ponto em comum, qual seja, a demora não razoável para o julgamento definitivo da controvérsia. Também merece destaque o fato de que os três casos objeto de análise tiveram soluções jurídicas absolutamente diversas, o que evidencia a imprevisibilidade das decisões judiciais não só em relação ao tema principal, o mérito das controvérsias, como também no que se refere às questões laterais, imprescindíveis para a solução principal.

Trataremos, portanto, do estudo específico, do ponto de vista fático e jurídico, de três casos envolvendo produtores de soja na comarca de Diamantino/MT e da complexidade da longa batalha judicial.

2 Com o fim de preservar a identidade dos envolvidos trataremos dos casos como 'caso 01', 'caso 02' e 'caso 03'. Em relação ao defensivo agrícola o mesmo será denominado 'produto'.

1.2 A doença ferrugem asiática causada pelo fundo *Phakopsora pachyrhizi*

De acordo com Mauro Giuliani Ugalde a ferrugem asiática, causada pelo fungo *Phakopsora pachyrhizi*, tem origem no continente asiático, com primeiro relato no Japão em 1902. Foi identificada na Ásia e na Austrália em 1934, na Índia em 1951, no Havaí em 1994, na África em 1996, no Paraguai e no Brasil em 2000/2001. Na safra 2001/2002 a doença se espalhou pelos Estados de MG, GO, MT, MS, SP, TO, RS e PR. Atualmente quase 100% das regiões produtoras de soja foram diagnosticadas com o problema, cuja intensidade se relaciona com fatores climáticos, principalmente com o molhamento foliar, com precipitações pluviométricas e orvalho[3].

As perdas de produtividade se dão em decorrência da queda prematura das folhas, com redução do número de vagens, número de grãos cheios e peso dos grãos. É a doença com o maior potencial de dano já identificada. Na safra 2001/2002 os Estados de MT, MS, GO, PR e RS tiveram perdas de 30% a 75% na produção, conforme pesquisa desenvolvida por José Tadashi Yorinori, Wilfrido Morel Paiva, Leila Maria Costamilan e Paulo Fernando Bertagnolli[4].

No ano de 2004[5] o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento tinha registrado 15 fungicidas para o controle da ferrugem asiática, entre eles o produto objeto de posterior demanda judicial.

Em relação a esse produto o fabricante indica seu uso para controle ao mesmo tempo de ferrugem, crestamento foliar e septoriose, sendo necessário realizar duas aplicações preventivas, ambas na fase reprodutiva da cultura. Em lavouras semeadas até final de outubro, fazer a primeira aplicação no início da 'formação de grãos' (R5.1) e a segunda, na fase de 'meia granação' (R5.3). Em lavouras semeadas a partir do início de novembro, deve-se antecipar as duas aplicações, a primeira na fase de 'canivetinho' (R3) e a segunda no início de 'formação de grãos' (R5.1).

Em decorrência da indicação do produto seu fabricante passou a ser parte em inúmeros processos judiciais onde os produtores de soja sustentaram sua ineficácia, conforme será demonstrado no item seguinte.

3 Controle de Ferrugem Asiática (Phakopsora pachyrhizi Sidow) na Cultura da Soja – Mauro Giuliani Ugalde. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado do Curso de Pós-graduação em Agronomia, Área de Concentração em Produção Vegetal, da Universidade Federal de Santa Maria UFSM, RS – 2005.

4 Ferrugem da Soja Asiática (Phakopsora pachyrhizi) Identificação e Controle – Informações Agronômicas n. 104 – Dezembro-2.003.

5 Comunicado Técnico n. 93 ISSN 1679-0472 Dourados/MS EMBRAPA Custo do Controle Químico da Ferrugem Asiática da Soja, 2ª edição – Geraldo Augusto de Melo Filho e Alceu Richetti.

1.3 As consequências econômicas decorrentes da ferrugem asiática e os processos judiciais pelo uso do produto

A ferrugem asiática pode causar perdas na lavoura de até 90%. No Brasil, entre 2001 e 2015 foi registrado um prejuízo de US$ 25 bilhões[6].

Somente na safra 2001/2002 os prejuízos, no Brasil, foram da ordem de US$ 125,5 milhões, com perdas de 569,2 mil toneladas de soja. Na safra de 2002/2003 atingiu 3,4 milhões de toneladas, correspondente a US$ 737,4 milhões. Os custos para tratamento, incluindo os fungicidas e as despesas para aplicação atingiram US$ 426,6 milhões. Na safra 2003/2004 a perda foi de 4,6 milhões de toneladas, com prejuízo de US$ 1,22 bilhão. A ferrugem asiática atingia 70% da área cultivada, com custos do controle químico em US$ 860,00 milhões[7].

Aliado à perda econômica decorrente da ferrugem asiática, na ordem de US$ 25 bilhões conforme relatado, o uso do produto ocasionou inúmeros processos judiciais movidos por agricultores que se sentiram lesados pela suposta ineficácia desse produto para o fim ao qual se destinava.

Em Mato Grosso, selecionamos os julgamentos decorrentes dos recursos de apelação provenientes de oito comarcas, sendo identificados 21 processos. Desse levantamento prevalece a tese decorrente de que não foi demonstrada a ineficácia do produto, o que, segundo o fabricante, tem sido reconhecido pelos Tribunais.

Em síntese, é possível afirmar que dos 21 processos, 16 foram julgados procedentes em primeiro grau. Desses processos, 10 deles tiveram a sentença reformada em segundo grau, com julgamento pela improcedência. Dos 21 processos, 5 foram julgados improcedentes em primeiro grau e 3 deles foram ratificados em segundo grau. Também se constata que 2 deles foram julgados procedentes nesse grau de jurisdição. A tese de improcedência venceu em 12, dos 21 processos. Em 8 processos o julgamento de improcedência transitou em julgado, o que se repetiu em 1 processo de procedência.

6 YORINORI, J.T.; PAIVA, W.M.; FREDERICK, R.D.; COSTAMILAN, L.M.; BERTAGNOLLI, P.F.; HARTMAN, G.L.; GODOY, C.V.; NUNES JUNIOR, J. Epidemics of soybean rust (Phakopsora pachyrhizi) in Brazil and Paraguay. Plant Disease, v. 89, p. 675-677, 2005.

7 Situação da Ferrugem Asiática da Soja no Brasil e na América do Sul – Documentos 236 ISSN 1516-781X, Agosto, 2004 - José Tadashi Yorinori e Joelsio José Lazzarotto - EMBRAPA.

1.4 Breve análise dos casos selecionados

A escolha dos casos se deu pela representatividade com que eles demonstram a dificuldade de um grupo de juízes lidar com questões técnicas não relacionadas à área do direito, deixando evidente a imprevisibilidade das decisões judiciais. Também demonstram a ausência de resposta judicial em tempo razoável e a dificuldade do Poder Judiciário em dar cumprimento ao princípio constitucional da duração razoável do processo, conforme o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, expressamente previsto no artigo 6º do Novo Código de Processo Civil.

Para facilitar o entendimento relacionado às diversas etapas de cada processo trataremos, de forma simplificada, das principais teses arguidas pelos autores e réus, bem como a solução judicial em cada caso.

Em relação ao 'caso 01' a tese principal consiste na: i) ineficácia do produto; ii) aplicação do Código de Defesa do Consumidor; iii) prejuízo na ordem de 5.128,50 sacas de soja; iv) indenização por danos morais. Em contestação o réu sustentou: i) inaplicabilidade da legislação consumerista; ii) eficácia do produto e ausência de nexo de causalidade entre o seu uso e o dano; iii) erro na aplicação e escolha do produto. A sentença determinou: i) aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor; ii) responsabilidade objetiva, com fundamento no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil; iii) quebra da safra; iv) condenação ao pagamento de lucros cessantes, no valor correspondente a 5.121 sacas de soja de 60 quilos, acrescido de danos morais no valor de R$ 30.000,00 e honorários advocatícios. O Tribunal de Justiça reconheceu: i) impossibilidade de aplicar o Código de Defesa do Consumidor, pois inexiste relação de consumo quando os produtos adquiridos são empregados na atividade produtiva; ii) aplicação tardia do produto, sem dever de indenizar; iii) improcedência dos pedidos formulados na inicial. O Recurso Especial teve seu seguimento negado ao argumento de que a suposta violação aos artigos 6º, incisos VI e VIII, 12, § 3º, e 18, todos do Código de Defesa do Consumidor, bem como os artigos 333, inciso II, do Código de Processo Civil, e artigo 927 do Código Civil demandam o exame dos meios de prova, atraindo a aplicação da súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. O agravo no recurso especial foi improvido.

No que se refere ao 'caso 02' o autor sustentou: i) uso do produto no combate ao fungo *Phakopsora pachyrhizi*; ii) prejuízo de 24.208,0 sacas de soja, no valor de R$ 1.077.269,35, além do prejuízo pela compra do pro-

duto no valor de R$ 57.640,00; iii) aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Em contestação o 'réu 01'[8] afirmou: i) ilegitimidade passiva, considerando que não atua como representante legal da empresa responsável pela fabricação do produto; ii) inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor; iii) aplicação imprudente do produto pelo autor. O 'réu 02'[9] sustentou: i) inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o consumo intermédio, aquele utilizado pelas empresas dos bens e serviços necessários para o processo produtivo, não é agasalhado pela legislação consumerista; ii) aplicação errônea do produto. A sentença determinou: i) aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor; ii) responsabilidade objetiva dos réus, pois além de configurar relação de consumo, a atividade desenvolvida, fabricação e comercialização de fungicida, fundamenta-se no risco, conforme artigo 927, parágrafo único, do Código Civil; iii) nexo de causalidade entre o uso do produto e o dano; iv) condenação dos réus à devolução de R$ 57.640,00, referente a aquisição do produto, e pagamento solidário dos lucros cessantes, a ser apurado em liquidação de sentença, além de honorários advocatícios. No julgamento do recurso de apelação o Tribunal de Justiça determinou: i) nulidade da sentença, pois se fundamentou em laudo pericial sem a participação do 'réu 02'. O processo retornou para o juízo *a quo* e foi dado oportunidade ao 'réu 02' para se manifestar, momento em que pediu o julgamento da lide. Em nova sentença foi determinado: i) com a ressalva do entendimento pessoal do magistrado, aplicou-se o Código de Defesa do Consumidor e inversão do ônus da prova em respeito a decisão proferida nos autos e acórdão decorrente do recurso de agravo de instrumento; ii) reconheceu-se que o controle preventivo é ineficaz, pois entre a aplicação do produto e o surgimento das primeiras pústulas pode decorrer grande lapso de tempo, de forma que o poder residual do fungicida já tenha expirado e caso seja aplicado de forma sucessiva isso pode elevar os custos tornando inviável a produção; iii) reconheceu-se que o 'réu 02' se equivocou ao recomendar a aplicação do fungicida em fases específicas da cultura, aliado ao fato de que o mesmo é ineficiente se comparado aos demais produtos destinados ao controle da ferrugem asiática; iv) informação inadequada do produto posto em circulação, com responsabilidade em relação aos danos; v) em relação ao 'réu 01' estabeleceu-se sua responsabilidade subsidiária, uma vez que o fabricante é identificado e o produto foi forneci-

8 Trata-se da empresa responsável pela venda do produto.

9 Empresa responsável pela fabricação do produto.

do com a identificação clara do fabricante; vi) condenação do 'réu 02' a indenizar o autor nos valores de R$ 821.870,50 e R$ 57.640,00, além dos honorários advocatícios. Interposto recurso de apelação o mesmo se encontra pendente de julgamento.

Em relação ao 'caso 03' o autor sustentou: i) incidência do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que adquiriu o produto na condição de destinatário final; ii) ineficácia do produto. Em contestação o 'réu 01'[10] sustenta: i) ilegitimidade passiva, uma vez que não é representante legal do fabricante; ii) uso inadequado do produto. O 'réu 02'[11] apresentou contestação onde sustenta: i) inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, pois o agricultor que adquire produto para ser utilizado ou integrado ao seu processo produtivo, como o autor, não é considerado consumidor; ii) aplicação do produto em desacordo com a recomendação; iii) ausência de nexo de causalidade. O processo foi sentenciado, sendo reconhecendo: i) aplicação do Código de Defesa do Consumidor, com responsabilidade objetiva, conforme artigo 18; ii) o 'réu 01' atuava como representante comercial do 'réu 02'; iii) responsabilidade objetiva, conforme artigo 927, parágrafo único, do Código Civil; iv) ineficácia do produto; v) condenação solidária dos réus ao pagamento de 20.859 sacas de 60 kg. de soja, além de honorários advocatícios. No julgamento do recurso de apelação, o Tribunal de Justiça decidiu: i) relação de consumo a partir da compra do produto para utilização final sem transformação; ii) aplicação do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, uma vez que o 'réu 02' exerce dentre outras, a atividade de fabricação de venenos, agrotóxicos, fungicidas, etc; iii) ineficiência do produto; iv) fixar o *quantum* em liquidação por arbitramento.

1.5 Ausência de Conhecimento Técnico Específico Tendo, como Consequência, Imprevisibilidade das Decisões Judiciais

Em relação ao mérito das demandas observamos a existência de duas teses em primeiro grau, absolutamente divergentes: i) incidência do Código de Defesa do Consumidor e artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, com ineficácia do produto; ii) incidência do Código de Defesa do Consumidor, como indicação errônea para uso e falha na informação.

10 Trata-se da empresa responsável pela venda do produto.

11 Empresa responsável pela fabricação do produto.

No segundo grau duas teses foram discutidas: i) não incidência do Código de Defesa do Consumidor e eficácia do produto; ii) incidência do Código de Defesa do Consumidor e artigo 927, parágrafo único, do Código Civil e eficácia do produto.

O Superior Tribunal de Justiça também discutiu duas teses: i) não incidência do Código de Defesa do Consumidor e impossibilidade de reanálise; ii) omissão em relação à incidência do Código de Defesa do Consumidor e impossibilidade de reanálise.

A conjuntura jurídica limitou-se à discussão sobre a legislação aplicável ao caso. A questão principal gravitou em torno da incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor e o quadro fático se firmou na discussão sobre a ineficácia ou não do produto.

Esse quadro indica duas situações.

A primeira relacionada à necessidade de efetivação dos precedentes no sistema judicial nacional. Não é admissível que cada juiz estatal dê a casos idênticos soluções absolutamente diversas. Essa situação parece caminhar para a racionalidade com a súmula vinculante, recursos repetitivos e, mais recentemente, com as disposições do Novo Código de Processo Civil.

A segunda situação nos informa sobre a extrema dificuldade de um grupo de juízes lidar com questões fáticas de alta complexidade e não relacionadas à área do direito.

Nos casos em análise, observamos a imensa discussão travada sobre a ineficácia ou não do produto, em especial para sua recomendação como 'uso preventivo', o que, para alguns, configura 'uso curativo'. Essa divergência entre 'uso preventivo' e 'uso curativo' é objeto de discussão, com profundidade, no meio agronômico. Não se chegou ainda a uma conclusão segura sobre a utilização correta dos termos.

No 'caso 01' a sentença analisou superficialmente a questão, limitando-se a afirmar que era ônus do réu comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, por força do artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973. Em relação ao 'caso 02' a sentença afirmou a ineficácia do produto, sem debater amplamente as provas produzidas na instrução. A segunda sentença analisou as provas jurisdicionalizadas e concluiu com fundamento no estudo desenvolvido pela Embrapa Soja que o produto não é ineficaz, porém possui menor eficiência em relação aos demais destinados ao controle da ferrugem asiática. Entendemos, mais

uma vez, que a primeira sentença tratou com superficialidade sobre a eficácia ou não do produto. No que se refere ao 'caso 03' a sentença optou pelo entendimento de ineficácia do produto, sem análise aprofundada das provas.

Esses fatos são reveladores da dificuldade de o Poder Judiciário tratar de questões fáticas altamente complexas, quando acabam sendo analisadas superficialmente, sem debate aprofundado e pleno sobre a matéria. Entendemos que nesse caso a discussão sobre a exata compreensão acerca do uso do produto, seja preventivo ou curativo, de forma adequada ou não, deve ser tratado por profissionais da área agronômica, com alto grau de especialização e conhecimento, que foge do conhecimento judicial.

O fato é que somente um árbitro ou corpo de árbitros com alto grau de especialização em relação à matéria tem condições de analisar, debater e decidir questões não afetas, considerando o tema desta dissertação, ao ramo do direito. E a arbitragem permite que esse tipo de questão seja submetido a profissional altamente qualificado. É dever do árbitro, de acordo com o Enunciado n. 2 do Código de Ética do Centro de Arbitragem e Mediação Brasil-Canadá, somente aceitar o encargo se possuir a qualificação necessária para resolver as questões litigiosas.

2. CASOS SELECIONADOS E ARBITRAGEM

2.1 Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá

Dentre as câmaras de arbitragem de alto nível existentes no Brasil, a exemplo da International Chamber of Commerce – ICC Brasil e da Câmara FGV de Mediação e Arbitragem, adotamos como norte para o presente artigo o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, por ter sido a pioneira no Brasil em matéria de arbitragem, aliado ao seu excepcional corpo de árbitros, tais como Carlos Alberto Carmona, Ellen Gracie Northfleet, Arnold Wald e Francisco José Cahali.

2.2 Releitura dos três casos analisados a partir da utilização da arbitragem.

Neste item realizaremos uma releitura dos três casos abordados neste estudo envolvendo o uso do defensivo agrícola com fundamento na

utilização da arbitragem. A releitura será feita sob dois aspectos: i) comparativo entre o tempo de tramitação do processo judicial e o arbitral; ii) custos do processo judicial e do arbitral.

2.2.1 Tempo de tramitação do processo judicial

Em relação aos casos em análise eles tiveram a seguinte tramitação:

- caso 01 – 11 anos, 8 meses e 28 dias;
- caso 02 – encontra-se em tramitação há aproximadamente 12 anos;
- caso 03 – 11 anos, 8 meses e 17 dias.

A arbitragem, considerando as disposições da Lei n. 9.307/96 e o regulamento do CAM/CCBC, demanda menor tempo de tramitação. É possível divisar que entre a formação do tribunal arbitral e a solução final o tempo de tramitação não seria superior a 1 ano, 3 meses e 20 dias. Em síntese, o processo arbitral demora, em média, menos de 10% de um processo judicial, sendo um truísmo afirmar o ganho de tempo.

2.2.2 Custos do processo judicial e do arbitral

No ano de 2004, quando as ações ingressaram no Poder Judiciário, o valor das causas correspondiam a R$ 218.368,50[12], R$ 1.134.909,35[13] e R$ 988.672,25[14].

O ingresso dessas ações no Poder Judiciário de Mato Grosso demandaria os seguintes valores, calculados em 28.10.2016 com base no valor atualizado da causa:

– R$ 1.138.029,25: custas - R$ 7.603,25; taxa judiciária - R$ 7.440,15; total - R$ 15.043,40;

– R$ 5.822.470,09: custas - R$ 31.025,45; taxa judiciária - R$ 20.000,00; total - R$ 51.025,45;

– R$ 4.970.156,39: custas - R$ 26.763,88; taxa judiciária - R$ 20.000,00; total - R$ 46.763,88.

A arbitragem, de acordo com o regulamento da CAM-CCBC, exige o pagamento dos seguintes valores, a serem calculados de acordo com o valor da disputa:

12 Caso 01.

13 Caso 02.

14 Caso 03.

– R$ 1.138.029,25: taxa de registro - R$ 4.000,00; - taxa de administração: R$ 50.000,00; - honorários de cada árbitro: R$ 75.000,00 - total de honorários para 3 árbitros R$ 225.000,00;

– R$ 5.822.470,09: taxa de registro - R$ 4.000,00; - taxa de administração: R$ 51.822,47 - honorários de cada árbitro: R$ 116.402,23 - total de honorários para 3 árbitros R$ 349.206,69;

- R$ 4.970.156,39: taxa de registro - R$ 4.000,00; - taxa de administração: R$ 50.970,16 - honorários de cada árbitro: R$ 108.731,40 - total de honorários para 3 árbitros R$ 326.194,20.

Cada parte deverá depositar 50% dos honorários dos árbitros no CAM-CCBC, exceto se alguma das partes solicitar a segregação dos custos. Nas arbitragens em que houver múltiplas partes, como requerentes ou como requeridas, os honorários devidos aos árbitros serão rateados entre as partes do mesmo polo.

Em um primeiro momento observamos que a demanda arbitral tem custo elevado se comparado com o processo judicial, no entanto, é necessário compreender melhor o assunto sob outros aspectos.

O caso 01 demandou 11 anos, 8 meses e 28 dias entre a data do protocolo da petição inicial e o trânsito em julgado. O caso 02 tramita há mais de 12 anos. O caso 03 tramitou por 11 anos, 8 meses e 17 dias.

É certo, portanto, que mesmo com os elevados custos para a utilização da arbitragem, se comparada com o processo judicial, tem a enorme vantagem de resolver definitivamente a demanda em espaço de tempo equivalente a 10% do tempo gasto no Poder Judiciário.

Esse ganho de tempo, que corresponde a 10% de um processo judicial, demonstra a superioridade da arbitragem como meio eficaz para a solução da controvérsia, compensando os valores investidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início deste artigo ressaltamos a necessidade de avaliar a arbitragem como método adequado de solução de disputas.

Concluímos, em especial após a análise dos 3 casos utilizados como paradigmas, que a arbitragem, em determinados casos, especialmente naqueles de alta complexidade e especificidade fática, devem ser subtraídos do Poder Judiciário e analisados sob a ótica de um árbitro ou tribunal arbitral com alto grau de especialidade na matéria.

No que se refere ao tempo de tramitação, se compararmos o processo judicial e o arbitral, a diferença é ululante. Enquanto o processo judicial demanda, no mínimo, quase 12 anos para chegar ao trânsito em julgado, o arbitral leva menos de 10% desse tempo.

O tratamento da matéria também é absolutamente diversa. No processo judicial a matéria será analisada por um juiz estatal sem conhecimento profundo da matéria fática. Com a aplicação da arbitragem o fato será analisado por um corpo de árbitros com alto grau de especialidade, reduzindo significativamente o risco de uma interpretação errônea ou equivocada, que se ocorrer irá causar prejuízos incalculáveis.

A análise pelo tribunal arbitral também soluciona a questão sem os infindáveis recursos inerentes ao processo civil, uma vez que a sentença não é sujeita à impugnação por órgão superior, cabendo, no máximo, pedido de esclarecimentos, a ser resolvido em prazo exíguo.

E, finalmente, no que se refere aos custos, concluímos que apesar de serem elevados se comparados ao processo judicial, ainda assim valem a pena. Isso porque, conforme demonstrado, uma indenização após longos anos de batalha judicial não será suficiente para recompor o prejuízo da parte que tem razão.

Do exposto, entendemos que a arbitragem deve ser cada vez mais estimulada e compreendida, inclusive com incentivo do Poder Judiciário, para a solução adequada de casos com alto grau de especificidade fática.

No que se refere ao incentivo pelo Poder Judiciário entendemos que o juiz estatal diante de um caso como os aqui analisados deve incentivar a prática, tendo como norte o sistema pluriprocessual e multiportas, que as partes procurem a arbitragem para resolver seu conflito, dando eficácia ao §3º do artigo 3º do Código de Processo Civil. •

REFERÊNCIAS

Martin Domke. Domke on comercial arbitration: the law and practice of comercial arbitration. 3ª edição. Thompson West, 1997, p. 2.

Silvia Fazzinga Oporto e Fernando Vasconcellos. Arbitragem Comercial Internacional.

Luis Antonio Scavone Junior. Manual de Arbitragem, mediação e conciliação. Editora Forense, 6ª edição, p. 1.

Joseph S. Nye Jr. Cooperação e conflito nas relações internacionais. Uma leitura essencial para entender as principais questões da política mundial. Editora Gente, p. 16.

Sálvio de Figueiredo Teixeira. A arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro. A Arbitragem na Era da Globalização. Coordenação de José Maria Rossini Garcez. Editora Forense, p. 25.

Martim Della Valle. Arbitragem e Equidade, uma abordagem internacional. São Paulo. Editora Atlas, 2012. P. 19.

R. Zimmermann. The Law of obligations: roman foundations of the civilian tradition. p. 526.

GIUSTINIANO, F. P. Sabbazio. Corpo del diritto civile in cui si contengono le Instituzioni di Giustiniano, i Digesti o Pandette, il Codice, le Autentiche..., 82.11.

SAITTA, B. L'antisemitismo nella Spagna visigotica, p. 8.

CHILLÓN MEDINA, J. M.; MERINO MERCHÁN, J. F. Tratado de arbitraje privado nacional e internacional, p. 47.

José Cretella Neto. Arbitragem como Mecanismo de Solução de Controvérsias Envolvendo Relações Jurídicas de Caráter Patrimonial, Revista Jurídica Cesumar, v. 8, p. 339, julho/dezembro de 2008, ISSN 1677-6402.

NAPODANO, G. Del pubblico ministero nei popoli civili e delle sue condizioni in Italia, p. 19.

Leviatã, ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Thomas Hobbes.

Revolução Francesa, volumes I e II, de Max Gallo. Editora L&PM, 2ª edição, v. I – O Povo e o Rei; v. II – Às Armas, cidadãos!.

AYLWIN AZOCAR, P. El juicio arbitral, p. 64, 67.

Convenção de Nova Iorque de 1958.

Convenção do Panamá de 1975.

Arbitragem Comercial Internacional e o Projeto da Uncitral – Lei Modelo, p. 30, http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67092/69702, consulta em 13.9.2016.

José Maria Rossani Garcez. A Arbitragem na Era da Globalização, Forense, págs. 172 e segs.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. Novo Curso de Processo Civil, v. I, RT, p. 41.

Hans Kelsen. Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1935, p. 3-5, 197, 237.

Fernanda Tartuce. Mediação nos Conflitos Civis, editora Método, p. 78.

Francisco José Cahali, Curso de Arbitragem, 5ª edição. ed. RT, 2016. p. 129.

José Cretella Neto, Curso de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15.

MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil. 1 ed. Campinas: Revista do Tribunais - Millennium, 2000, v. I, p. 258.

José Manuel de Arruda Alvim Netto. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. Arbitragem, estudos sobre a Lei n. 13.129/2015. Editora Saraiva. 2016. p. 136.

BOBBIO, Noberto. As ideologias e o poder em crise. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 178.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2ª ed, ver. e ampl., 2011. P. 100-102.

Mirjan R. Damaska, the faces of justice and state authority, p. 10-20.

RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. An introduction to the alternative processes for preventing and resolving disputes. Dispute resolution and lawyers. Ed. Saint Paul: West Group, p. 4.

Os Conciliadores e Mediadores Judiciais Como Auxiliares Da Justiça (ART. 149 DO CPC)

Hildebrando da Costa Marques
Juiz de Direito do Estado de Mato Grosso, Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá/RJ, MBA em Poder Judiciário pela FGV, Coordenador do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, membro do Comitê Gestor da Conciliação do Conselho Nacional de Justiça.

RESUMO: Este artigo aborda a atual condição do conciliador e do mediador como auxiliares da justiça, incluídos no rol do art. 149 do Código de Processo Civil - CPC (Lei nº 13.105/2015). Sua forma de atuação, assim como das câmaras privadas de conciliação e mediação; quem poderão ser esses auxiliares da justiça; os requisitos para seu cadastramento junto aos tribunais; a distinção entre a mediação judicial e extrajudicial; hipóteses de impedimento e suspeição; e exclusão do cadastro, são temas que também são tratados.

PALAVRAS-CHAVE: Conciliador – Mediador – Auxiliar da Justiça – Particular – Servidor –Conciliação – Mediação – Atuação – Suspeição – Impedimento – Etapas.

1. DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA EM GERAL

A prestação jurisdicional envolve a prática de uma série de atos que não podem ser praticados apenas pelo juiz, que necessita de outras pessoas responsáveis por auxiliá-lo: são os chamados auxiliares da justiça.

Esses auxiliares, no dizer de WAMBIER e outros[1], *de forma geral, são terceiros não interessados na lide que prestam serviços em cooperação com o magistrado para realização da função jurisdicional.* Para LIMA[2], *os chamados auxiliares da justiça são aqueles que, em caráter permanente ou eventual, auxiliam o juízo na prática de atos necessários ao processo.*

Tais terceiros podem ou não ter vínculo com o Estado e praticam as mais diversas atividades, como expedição de atos e termos do processo, realização de avaliações e perícias, cumprimento de atos judiciais e de comunicação, dentre outros. Aqueles que mantêm vínculo com o Estado (escrivães, oficiais de justiça, distribuidores, contadores, partidores, etc.) são considerados *auxiliares da justiça permanentes*; os demais (peritos, intérpretes, tradutores, depositários, síndicos, inventariantes, conciliadores, mediadores[3], etc.) são *auxiliares da justiça eventuais*.

No exercício de suas funções, os auxiliares da justiça, permanentes ou eventuais, gozam de fé pública e estão submetidos ao regime jurídico de direito público, ainda que não possuam vínculo funcional com o Estado. Por tal razão, há responsabilidade objetiva do Estado pelos seus atos que causarem danos a terceiros, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição, sem prejuízo da ação regressiva contra o causador do dano, caso tenha concorrido ao menos culposamente para o resultado danoso.

Não se pode olvidar a responsabilidade criminal do auxiliar da justiça pelos delitos praticados contra os particulares e contra a administração pública e da justiça. Inclusive o auxiliar da justiça *eventual* responde pelos crimes praticados contra a administração pública, na qualidade de funcionário público equiparado, nos termos do art. 327 do Código Penal[4]. Há ainda previsão de infrações penais específicas, como o falso testemunho e a falsa perícia (arts. 342 e 343 do CP).

1 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 293.

2 LIMA, Marcellus Polastri. Curso de Processo Penal: volume II. 2° ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006. p. 195.

3 No caso dos conciliadores e mediadores, o novo código traz a possibilidade de serem admitidos por concurso público (art. 167, §6º), com a criação de quadro próprio de carreira, hipótese em que serão considerados auxiliares da justiça permanentes.

4 Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. §1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. §2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Os auxiliares da justiça devem agir com impessoalidade, assim entendida também a imparcialidade, estando sujeitos, como o juiz, às regras de impedimento e suspeição, conforme expressamente previsto no art. 148, II.

O art. 149 do código relaciona os auxiliares da justiça:

> *Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.*

Constata-se, de plano, que a enumeração não é exaustiva, porquanto já começa com a expressão *além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária.* No Estado de Mato Grosso, por exemplo, adotou-se o juiz leigo, colaborador que atua nos Juizados Especiais, sem vínculo empregatício, como previsto na Lei Complementar Estadual nº 270, de 02/04/2007, figura essa também contemplada, assim como o conciliador, na Lei nº 9.099/95 (art. 7º). Esse auxiliar é chamado de *parajurisdicional* por DINAMARCO[5], assim como o árbitro.

É válido ressaltar, contudo, que o novo código trouxe o conciliador e, especialmente, o mediador como novidade nessa relação de auxiliares da justiça, disciplinando sua atuação nos arts. 165 e seguintes, como veremos na sequência.

2. DOS CONCILIADORES E MEDIADORES: QUEM SERÃO ELES?

Como visto, o CPC atual trouxe os conciliadores e mediadores expressamente como auxiliares da justiça (art. 149), cuidando de disciplinar sua atuação, assim como das câmaras privadas de conciliação e mediação, nos arts. 165 a 175.

De acordo com o código (art. 167), esses auxiliares da justiça, assim como as câmaras privadas, deverão ser inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal. Os tribunais manterão o registro desses profissionais, consignando sua área de atuação e ainda dados relativos à sua atuação, tais como o número

5 Apud NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil: novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 623, nota 3 ao art. 149.

de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade[6], a matéria versada nos procedimentos, e outros que o tribunal julgar convenientes (art. 167, §3º).

A necessidade desse cadastro também foi consignada na Lei de Mediação – LM[7], que, no entanto, referiu-se apenas ao cadastramento junto aos tribunais, deixando exclusivamente para estes a regulamentação do processo de inscrição e desligamento (art. 12 e §§).

Para obter seu cadastramento, o mediador ou conciliador deverá preencher os requisitos de capacitação mínima, mediante apresentação de certificado de conclusão de curso ministrado por entidade credenciada, segundo os padrões curriculares definidos pelo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça (art. 167, §1º). Ainda, segundo a Lei de Mediação, essa entidade deverá ser reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM ou pelo tribunal respectivo e o mediador deverá ser pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação (conf. art. 11 da LM). O registro no cadastro poderá ser precedido de concurso público, a critério do tribunal, conforme explícita previsão do §2º do art. 167 do NCPC.

É importante ressalvar que o legislador, em consonância com o princípio da autonomia da vontade, permitiu que o conciliador ou mediador seja escolhido pelas partes (art. 168), hipótese em que não necessitará sequer estar cadastrado junto ao tribunal (art. 168, §1º).

O conciliador e o mediador, na qualidade de auxiliares da justiça, receberão remuneração pelo seu trabalho, conforme tabela própria, a ser aprovada pelo tribunal respectivo, segundo parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (art. 169, *caput*). A Lei de Mediação também cuidou de mencionar a remuneração do trabalho dos mediadores judiciais, conforme tabela elaborada pelos tribunais, explicitando que

6 O sucesso ou insucesso da atividade não deverá, s.m.j., ser visto apenas como a obtenção ou não do acordo, mas sim como a satisfação das partes com o processo. Especialmente na **mediação**, dado seu caráter **transformativo**, o principal objetivo está no restabelecimento da comunicação entre as partes e na identificação de seus reais interesses e necessidades, de modo a pacificar suas relações e viabilizar uma solução do conflito construída por elas próprias; o acordo é, portanto, uma consequência, um plus. Assim, o sucesso ou insucesso da atividade do mediador deverá ser mensurado segundo o grau de satisfação das partes. Já na **conciliação**, como o objetivo mais evidente é o acordo – tanto que o conciliador pode ajudar, sugerindo soluções –, o índice de transações obtidas deverá ser considerado, mas, ainda assim, pensamos que o grau de satisfação do usuário não pode ser desprezado.

7 Lei nº 13.140, de 26/06/2015, para cuja vigência foi estabelecida uma *vacatio legis* de cento e oitenta dias, conforme seu art. 47. Portanto, a LM entra em vigor antes mesmo do NCPC e os dispositivos de ambas as normas, s.m.j., precisam ser compatibilizados e interpretados como um sistema.

o pagamento será custeado pelas partes (art. 13 da LM), assegurada a gratuidade aos necessitados (art. 4º, §2º, da LM).

Os tribunais poderão optar, também, por criar quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser provido por concurso público de provas e títulos, observando as disposições do capítulo referente aos auxiliares da justiça[8] (art. 167, §6º).

A atividade ainda poderá ser exercida em caráter voluntário, segundo a legislação específica[9] e a regulamentação do tribunal (art. 169, §1º).

Pode-se concluir de tudo quanto se viu até aqui, que os conciliadores e mediadores judiciais poderão ser:

a) particulares capacitados segundo requisitos mínimos e cadastrados junto ao tribunal[10] para realizar essa atividade (art. 167, §1º e 2º), mediante remuneração custeada pelas partes (art. 169, *caput*, do NCPC c.c. art. 13 da LM), garantida a gratuidade aos necessitados (art. 4º, §2º, da LM);

b) servidores do tribunal, integrantes de quadro próprio, provido por concurso público de provas e títulos (art. 167, §6º), remunerados por subsídio;

c) particulares em trabalho voluntário, nos termos da legislação específica e da regulamentação do tribunal (art. 169, §1º).

No que diz respeito aos profissionais escolhidos pelas partes e que não estejam cadastrados junto ao tribunal, é importante registrar o posicionamento adotado no seminário *O Poder Judiciário e o novo CPC*, realizado pela ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, consignado no Enunciado nº 59[11]:

> *O conciliador ou mediador não cadastrado no tribunal, escolhido na forma do § 1º do art. 168 do CPC/2015, deverá preencher o requisito de capacitação mínima previsto no § 1º do art. 167.*

8 Capítulo III do Título IV do Livro III.

9 Lei nº 9.608, de 18/02/98, que *Dispõe sobre o serviço voluntário e dá outras providências.*

10 O cadastro poderá ser dispensável quando o profissional for da escolha das partes, nos termos do art. 168, §1º.

11Disponível em: http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf. Acesso em 09/10/2015.

Portanto, ainda que escolhido pelas partes e não cadastrado no tribunal, o conciliador ou mediador deverá contar ao menos com a capacitação mínima exigida, de modo a garantir a qualidade da mediação judicial.

Por fim, importa destacar que a LM diferenciou explicitamente a mediação **extrajudicial** da **judicial** e no que diz respeito àquela primeira estabeleceu que poderá funcionar como mediador *qualquer pessoa capaz que tenha confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se* (art. 9º).

Será importante que a doutrina defina o que é uma pessoa *capacitada para fazer mediação*, para os fins dessa lei, para que o método não caia no descrédito em razão da atuação de pessoas despreparadas.

No mínimo, cremos que a pessoa deva possuir graduação em curso superior e receber capacitação em curso de mediação com requisitos curriculares mínimos, inclusive com exercícios práticos e acompanhamento de mediadores experientes nas primeiras sessões.

Essa, porém, não foi a conclusão a que se chegou na I Jornada "Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios", realizada pelo Conselho da Justiça Federal, nos dias 22 e 23 de agosto de 2016, cujo enunciado nº 47 tem o seguinte teor:

> *A menção à capacitação do mediador extrajudicial, prevista no art. 9º da Lei n. 13.140/2015, indica que ele deve ter experiência, vocação, confiança dos envolvidos e aptidão para mediar, bem como conhecimento dos fundamentos da mediação, não bastando formação em outras áreas do saber que guardem relação com o mérito do conflito.*[12]

De qualquer modo, somente o tempo dirá se essa facilidade para prática da mediação extrajudicial foi uma opção acertada do legislador.

3. ATUAÇÃO DO CONCILIADOR E DO MEDIADOR

Logo nos §§2º e 3º do art. 165, o legislador buscou diferenciar a mediação da conciliação tendo por base a existência ou não de vínculo anterior entre as partes. Embora não seja essa a melhor forma de distinguir

12Disponível em: file:///C:/Users/7219/Downloads/Enunciados%20Aprovados%20I%20JPS-revisado.pdf

os métodos, verifica-se que outros elementos foram destacados[13], melhor estabelecendo os campos de aplicação e objetivos de cada um.

Na verdade, a conciliação, assim como a mediação, atualmente são vistos como métodos de solução consensual de conflitos que, mediante a atuação de um terceiro neutro e imparcial, visam auxiliar as partes a encontrarem alternativas para resolver elas próprias suas questões, empoderando-as[14].

Tanto é assim, que as duas técnicas, segundo o curso de formação orientado pelo Conselho Nacional de Justiça, possuem o mesmo processo lógico e cronológico, composto por etapas que se sucedem, a saber:

a) preparação do ambiente e dos mediadores/conciliadores;

b) recepção das partes;

c) declaração de abertura;

d) reunião de informações;

e) resumo;

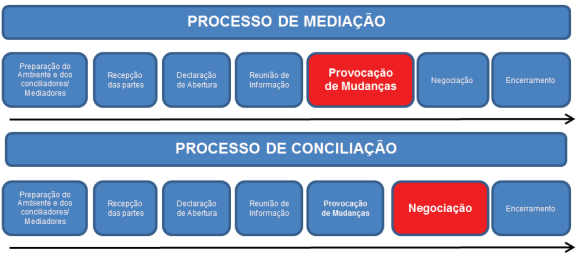
f) provocação de mudanças;

g) negociação; e

h) encerramento.

Na mediação, contudo, dado seu caráter essencialmente transformador, como já destacado anteriormente, a fase de provocação de mudanças é mais extensa, para preparar as partes para a negociação; já na conciliação, essa fase é reduzida, e a etapa de negociação é mais extensa e, nela, as partes contam com as sugestões do conciliador.

A figura abaixo exemplifica bem essa diferença:



13 Como a possibilidade de o conciliador apresentar sugestões para solução do litígio, enquanto o mediador deverá auxiliar os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo a, com o restabelecimento da comunicação, encontrarem por si próprios soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

14 O empoderamento das partes é exatamente dar a elas a sensação de que são capazes de resolver por si próprias seus conflitos, sem "terceirizar" a solução para outras pessoas, como o juiz ou o árbitro. Segundo o manual de mediação judicial (op. cit., p. 142), "Empoderamento" é a tradução do termo em inglês empowerment e significa a busca pela restauração do senso de valor e poder da parte para que esta esteja apta a melhor dirimir futuros conflitos.

WAMBIER e outros[15] enfatizam, porém, que mesmo na conciliação o conciliador somente deverá apresentar sugestões após intensa atividade das partes, de modo que sejam elas as verdadeiras protagonistas. Afirmam que o *ideal, todavia, é que o conciliador somente ofereça sua proposta de solução ao cabo de intensa discussão entre as* ***partes****, que deverão ser as verdadeiras* ***protagonistas do acordo****, de modo a que saiam do episódio conciliatório tendo fortalecido a autonomia da vontade e conscientes da necessidade cumprir aquilo a que por deliberação própria tenham pactuado*.

A conciliação e a mediação – e, portanto, os conciliadores e os mediadores – submetem-se aos princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada, nos termos do art. 166.

Por ora, importa dizer que, em razão da confidencialidade, tudo quanto for dito e debatido nas sessões de conciliação ou mediação não poderá ser divulgado e muito menos utilizado para finalidade diversa daquela expressamente estabelecida pelas partes, o que foi especificamente previsto no §1º do art. 166.

O conciliador e o mediador não poderão divulgar ou depor sobre fatos ou informações obtidas em razão de sua atuação, o que é corolário do dever de sigilo (art. 166, §2º, do NCPC e art. 7º da LM).

Também são sigilosas as informações obtidas em sessão privada, que somente poderão ser reveladas às outras partes se houver autorização expressa (art. 31 da Lei de Mediação – Lei nº 13.140, de 26/06/2015).

O sigilo é levado tão a sério nesses procedimentos[16], que, uma vez quebrado, além das consequências para o infrator[17], nenhuma prova produzida nessas circunstâncias será admitida em processo judicial ou arbitral (LM, art. 30, §2º).

Apesar disso, há exceções, como a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública e a prestação de informações à administração tributária (LM, art. 30, §§3º e 4º).

Nesse aspecto, é de suma importância que ao fazer a declaração de abertura o conciliador ou mediador esclareça às partes, com ênfase, as

15 Op. cit. p. 311.

16 E precisa ser assim, porque as partes devem ter confiança e se sentirem seguras no ambiente da conciliação e, especialmente, da mediação, para poderem expressar livremente suas pretensões reais e sentimentos.

17 Dentre outras, no caso do conciliador ou mediador, a exclusão dos cadastros nacional e local, conforme previsto no art. 173, I.

exceções à confidencialidade, evitando que o método caia em descrédito e a confiança nele seja abalada.

O profissional poderá – leia-se: deverá – aplicar as técnicas negociais e outras com as quais foi capacitado par que o processo alcance seus objetivos (art. 166, §3º).

O treinamento do conciliador e do mediador visa dotá-lo de recursos que possibilitam a condução da audiência ou sessão de modo a que as partes melhorem sua comunicação e encontrem seus reais interesses e as melhores soluções possíveis para seus problemas, sem ficarem com a sensação de que um ganhou e o outro perdeu (o que é conhecido como sistema ganha/perde), mas sim de que todos saíram ganhando (sistema ganha/ganha).

No tradicional sistema judicial **adversarial** e **polarizado**, as partes negociam com base em suas **posições** e para uma **ganhar** a outra necessariamente deve **perder**. Já no sistema proposto na mediação e na conciliação a negociação tem por base os **interesses** e **necessidades** das partes, de modo que é possível encontrar soluções que efetivamente atendam a ambas, onde todos saem ganhando.

É o caso, por exemplo, de uma demanda por pensão alimentícia. A parte A demanda B para obter pensão no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais). Por sua vez, B quer pagar apenas R$ 200,00 (duzentos reais), alegando que não tem condições de arcar com valor superior. Na negociação com base em **posições**, para que A ganhe é necessário que B concorde em pagar o valor pedido e, assim, sairá com a sensação de que perdeu. Para que B ganhe, será necessário que A concorde em receber menos que sua pretensão inicial e, então, terá a nítida impressão de que perdeu. Já na negociação baseada em **interesses**, o mediador conduzirá as partes, *e.g.*, a perceberem que, na verdade, ambas **desejam o bem estar do filho** e assim chegarão a um valor que atenda a esse **interesse** que é comum e todos sairão satisfeitos, empoderados e certos de que obtiveram ganhos mútuos.

É de suma importância, pois, que o profissional respeite as fases do procedimento de conciliação ou de mediação, conduzindo-o com técnica, para que tais resultados sejam obtidos.

É possível a atuação conjunta de conciliadores ou mediadores, sempre que recomendável (art. 168, §3º). Tal necessidade pode ocorrer, p. ex., nos casos em que houver questões de diferentes áreas do

conhecimento para serem tratadas. Também é indicada quando um dos profissionais ainda estiver em treinamento e necessitar do apoio de outro mais experiente.

Ao conciliador e ao mediador, como auxiliares da justiça, aplicam-se as hipóteses de **impedimento** e **suspeição** do juiz, previstos nos arts. 144 (impedimento) e 145 (suspeição), como expressamente estabelece o art. 148, II.

> Destarte, o conciliador ou mediador estará **impedido** de atuar no processo:
>
> a) Em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;
>
> b) De que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;
>
> c) Quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;
>
> d) Quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;
>
> e) Quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;
>
> f) Quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;
>
> g) Em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;
>
> h) Em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;
>
> i) Quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

As hipóteses acima são *numerus clausus* e não podem ser ampliadas.

Por óbvio, o impedimento de que trata o inciso II do art. 144 (processo de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão), somente se aplica se o profissional se tratar de juiz aposentado ou que deixou a magistratura por outro motivo.

De outro lado, haverá **suspeição** do conciliador ou mediador:

Amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

Que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

Quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

Interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

O conciliador ou mediador tem o dever de comunicar imediatamente seu impedimento, preferencialmente por meio eletrônico, e devolver o processo ao juiz ou coordenador do CEJUSC para nova distribuição (art. 170, *caput*). Se o impedimento ocorrer ou for conhecido somente após o início do procedimento, haverá interrupção da sessão, consignando-se o motivo em ata e solicitando distribuição para outro conciliador ou mediador (parágrafo único do art. 170).

O conciliador ou mediador estará impedido de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes do processo, pelo prazo de um ano contado da data da última audiência em que atuaram (art. 172).

Se o conciliador ou mediador for advogado, também estará impedido de exercer a advocacia perante os juízos em que desempenhar tal função, *ex vi* § 5º do art. 167. Nesse aspecto, consignamos que a melhor exegese do dispositivo, s.m.j., leva à conclusão de que tal impedimento não se aplica ao conciliador ou mediador vinculado aos CEJUSC's previstos no art. 165, porquanto seu vínculo é com o **juiz coordenador do Centro Judiciário** e não com o **juiz do processo**. Nessa linha, o Fórum Nacional de Conciliação

e Mediação – FONAMEC, composto pelos magistrados coordenadores de NUPEMEC's, editou o enunciado nº 47, com o seguinte teor:

> *ENUNCIADO nº 47 – Não se aplica aos advogados que atuam como conciliadores ou mediadores, vinculados aos CEJUSCs, o impedimento do artigo 167, § 5º, do CPC. (Enunciado aprovado na reunião ordinária de 22/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).*
>
> *JUSTIFICATIVA PARA O ENUNCIADO nº 47 – A atividade jurisdicional stricto sensu volta-se à solução dos litígios dentro do processo, pela manifestação da vontade estatal, apreciando o mérito da ação. Os CEJUSCs são órgãos de natureza diversa, tendo por função precípua fomentar e homologar os acordos a que as partes chegaram, atividade puramente formal sem caráter de jurisdição stricto sensu. Nos termos do artigo 7º, inciso IV, da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, a atividade da conciliação e da mediação é concentrada nos CEJUSCs. Por isso, estando o conciliador ou o mediador subordinado ao Juiz Coordenador dos CEJUSCs, não há qualquer vinculação do conciliador ou mediador operante nos CEJUSCs ao juízo do processo, razão porque não se aplica aos advogados atuantes nas comarcas em que há CEJUSCS instalados o impedimento do artigo 167, § 5º, do Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015).*[18]

Já o enunciado nº 60, aprovado no seminário *O Poder Judiciário e o novo CPC*, realizado pela ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, estendeu esse impedimento e o do art. 172 inclusive à sociedade de advogados a que pertença o conciliador ou mediador[19].

No caso de impossibilidade temporária para o exercício das funções, o conciliador ou mediador deverá informar ao CEJUSC para que não

18 Disponível em: http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/cms/grupopaginas/124/1084/file/ ENUNCIADOS%20APROVADOS_Comiss%C3%A3o%20Acesso%20Just%20Cid%20CNJ.pdf

19 Enunciado nº 60: À sociedade de advogados a que pertença o conciliador ou mediador aplicam-se os impedimentos de que tratam os arts. 167, § 5º, e 172 do CPC/2015. (Disponível em: http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf. Acesso em 09/10/2015).

lhe sejam feitas novas distribuições de processos. Essa comunicação também deverá ser realizada, de preferência, por meio eletrônico (art. 171).

Poderá ser **excluído do cadastro** o conciliador ou mediador que agir com dolo ou culpa na condução do procedimento, ou violar qualquer dos deveres estabelecidos no art. 166, §§ 1º e 2º, ou ainda, atuar no feito para o qual seja impedido ou suspeito (art. 173, I e II). Nessas hipóteses, será instaurado processo administrativo para apuração do caso, com a possibilidade de afastamento liminar do profissional, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, por meio de decisão fundamentada, devendo ser comunicado imediatamente o tribunal (art. 173, §§ 1º e 2º).

Conforme previsto no art. 175 e seu parágrafo único, as disposições inseridas no NCPC, arts. 165/175, aplicam-se, no que forem cabíveis, às câmaras privadas de conciliação e mediação, e não inibem a prática da conciliação e mediação extrajudiciais, por órgãos institucionais ou profissionais independentes, que poderão ser regulamentados por lei específica. Essa abertura para difusão dos métodos autocompositivos é salutar e visa o real empoderamento da sociedade, no que diz com a solução dos conflitos.

A recente aprovação da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), que ficou conhecida como **marco legal da mediação**, é um exemplo dessa possibilidade de ampliação da utilização dos métodos autocompositivos e do **empoderamento**, eis que prevê a possibilidade da mediação extrajudicial ser conduzida por *qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se* (art. 9º da LM).

4. CONCLUSÃO

A inclusão do conciliador e do mediador judicial no rol de auxiliares da justiça e a normatização de sua atuação foi uma medida altamente salutar adotada pelo legislador do atual Código de Processo Civil.

A autocomposição, como forma de resolver os conflitos, tem sido amplamente estimulada desde a edição da Resolução nº 125/2010-CNJ, de modo que a regulamentação da conduta desses profissionais é de vital importância para que a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos, inspirada no sistema multiportas (*Multidoor Cour-*

thouse) do professor Frank Sander[20], tenha sucesso e garanta um serviço seguro e de qualidade àqueles que necessitam solucionar suas demandas. •

REFERÊNCIAS

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal: volume II**. 2° ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil: novo CPC – Lei 13.105/2015.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6ª ed. Brasília/DF:CNJ, 2016.

20 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6ª ed. Brasília/DF:CNJ, 2016, p. 18.

O Papel do Juiz na Tentativa de Pacificação Social após o Advento do Novo CPC e a Lei de Mediação

José Herval Sampaio Júnior

Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN, Universidade Potiguar - UNP, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte - ESMARN. Especialista em Processo Civil e Penal ESMARN/UNP. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Del Pais Basco/UNP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Membro da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO). Autor de diversas obras jurídicas. Palestrante e Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Norte.

RESUMO: O trabalho enfoca o papel do Juiz na busca incessante pela pacificação social, escopo maior da Jurisdição, tutelando os direitos, através da utilização dos meios consensuais de solução de conflitos, que os tratam adequadamente, tidos agora como usuais e rotineiros, mais precisamente a conciliação e mediação, que passam junto com outros meios a serem obrigatórios e preferenciais em relação à jurisdição clássica. Abordam-se as diferenças entre os meios mais conhecidos, enfatizando, infelizmente, a pouca aplicabilidade de ambos - em que pese a expressa previsão legal da conciliação há algum tempo e a novidade legal do surgimento da mediação - principalmente pela autoridade judiciária e o desafio para sua

efetiva aplicação na prática. Prioriza-se a necessidade de que os Juízes se conscientizem que esses meios são mais eficazes, devendo o Poder Judiciário se estruturar melhor com esse objetivo, criando ambientes que propiciem a solução consensual dos litígios, despindo-se dos dogmas atuais que torneiam o tema, fazendo valer as premissas do novo CPC e da lei de mediação quanto à prioridade da política consensual, devidamente regulamentada pela resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

PALAVRAS CHAVES: PACIFICAÇÃO SOCIAL – NOVO CPC E LEI DE MEDIAÇÃO – RESOLUÇÃO 125/2010 CNJ - JURISDIÇÃO CONSENSUAL – MUDANÇA DE PARADIGMA – AMBIENTE DE CONSENSO – PARTICIPAÇÃO – DECISÃO INTERMEDIADA – PREVISÕES LEGAIS – ACORDO JUSTO – TUTELA DE DIREITOS – CONSCIENTIZAÇÃO DOS JUÍZES.

SUMÁRIO: Delimitação do tema e considerações iniciais sobre a atividade judicial com vista à obtenção da pacificação social. Meios consensuais de solução de conflitos e suas vantagens. Da condição de alternativos a preferenciais e obrigatórios. Distinção básica entre conciliação e mediação. Limites formais e materiais para uso da conciliação e mediação no Poder Judiciário. Conclusões. Bibliografia

1. DELIMITAÇÃO DO TEMA E CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A ATIVIDADE JUDICIAL COM VISTA À OBTENÇÃO DA PACIFICAÇÃO SOCIAL

A jurisdição hodiernamente vem sofrendo profundas alterações na sua compreensão e, por conseguinte, condicionando os seus resultados, principalmente o atinente a tentativa de obter a almejada pacificação social e para tanto suas premissas estão sendo repensadas, já que esta, pelo menos através da sentença, só poderia ser satisfeita, evidentemente, para somente a parte vencedora, por uma efetiva tutela dos direitos violados ou ameaçados, na forma do preconizado no artigo 5º inciso XXXV de nossa Carta Magna.[1]

Entretanto, em que pese todo esse esforço para se alcançar uma atividade jurisdicional que se preocupe, em cada caso concreto, com uma substancial proteção dos direitos, talvez, a solução consensual dos conflitos seja um modo mais eficiente, pelo menos, no aspecto de se atin-

1 Para um aprofundamento da compreensão da nova concepção de jurisdição indicamos o nosso livro Processo Constitucional nova concepção de jurisdição, Grupo Gen Editora Método Forense, 2008.

gir a uma verdadeira pacificação social, pois em não havendo vencedor e perdedor, as chances de uma continuidade de relação pós-lide são bem maiores e mesmos em casos que não se exige a continuidade do relacionamento, o acordo gera uma sensação de maior satisfatividade e muitas vezes a certeza do cumprimento da obrigação, eis que para sua obtenção prevaleceu o diálogo e a vontade das partes devidamente empoderadas.

É nesse sentido que se prega a necessidade de que o Juiz passe a se preocupar com a pacificação social em todas as suas decisões, ou melhor, esclarecendo, nas suas atitudes dentro do processo, pois como a direção é sua, mesmo com as limitações do novo CPC, nada mais lógico de que se conduza sempre com a visão de que não é com a sentença, mesmo de mérito, que aquele conflito, no plano fático, estará materialmente solucionado, já que a idéia de que a sentença põe fim ao litígio é ilusória, pois sabemos que muitas vezes a jurisdição clássica não resolve e ainda cria outros conflitos que na prática somente a jurisdição consensual teria reais condições de encontrar uma solução boa para ambas às partes.

Desta forma, a preocupação constante com uma efetiva satisfação social dos contendores deve ser uma busca incessante da autoridade judiciária e a sentença, ao qual infelizmente se encontra falida[2] na consecução desse objetivo, somente deve ser utilizada quando não for possível qualquer forma de negociação em sentido amplo, já que não existe vedação legal nesse tocante, pelo contrário, as legislações atuais trazem os meios consensuais como preferenciais e obrigatórios em relação à própria sentença, devendo os Juízes não só se utilizarem de tais meios quando for o caso, mas como gestores de suas unidades, fazerem com que os seus auxiliares exercitem na prática a atividade de consenso, bem como encaminhando para os Centros de Soluções Consensuais (Cejuscs) os feitos que admitam a auto-composição das lides. Não é uma faculdade e sim uma obrigação legal.[3]

2 Também comunga desse entendimento o Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes, ao se pronunciar na apresentação do livro Mediação Familiar, tendo assim se manifestado, ressaltando inclusive a pertinência dos meios alternativos de solução dos conflitos: *"Na visão aguçada de Kazuo Watanabe, existe, com efeito, uma "litigiosidade contida", abrangendo toda a pletora de insastifação do povo, seja pela dificuldade do acesso à Justiça, seja pela demora da Organização Judiciária, no deslinde das demandas que lhe são apresentadas. Ante esse quadro dantesco, de verdadeira falência da máquina estatal, especialmente no que tange à prestação jurisdicional, em boa hora começaram a ser utilizadas soluções do Direito norte-americano, conhecidas como Alternative Dispute Resolution(ADR), quais sejam o Juízo Arbitral, a Conciliação e a Mediação.* Lília Maia de Morais Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos, Mediação Familiar: Um estudo histórico- social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006, Apresentação. Registre-se que tal visão já prevalecia para alguns poucos juízes antes mesmo das leis que positivaram a política consensual.

3 O novo CPC e a lei de mediação revolucionaram a política consensual em nosso país, tendo as duas no ano de 2015, positivado uma luta de muitos anos para que os meios consensuais deixassem de ser facultativos, logo ho-

A realidade é dura, mas tem que ser encarada por todos aqueles que laboram com o Direito, pois, na maioria das vezes, a sentença não só não resolve o problema específico do litígio, mas ainda cria outros conflitos, que inviabilizam completamente qualquer possibilidade de solução amigável, criando uma ambiente de litigiosidade, que dificilmente vai ser desconstruído, logo, a perspectiva deve ser sempre de paz e harmonia, mesmo entre os que litigam, pois o conflito é ínsito ao ser humano e tem o seu lado bom, na qual o Juiz, como intermediário das partes, deve estimulá-las a reconhecerem e encontrarem a melhor solução ou até mesmo sugerir essas resoluções em alguns peculiares casos.

Os Juízes precisam se desprender dessa concepção de que sua tarefa precípua é decidir e que a tentativa de consenso prevista nas diversas leis que trazem a temática é somente uma formalidade. Ora, o processo não pode ser compreendido nunca como um fim em si mesmo, daí porque todas suas previsões têm um objetivo claro e definido, qual seja assegurar que os contendores solucionem a sua pendenga de forma que a pacificação social reste atingida.[4] Essa premissa não vem sendo sentida pelos operários do direito[5], o que pode ser amenizada com a inserção de todos os meios consensuais de solução dos conflitos nos processos já instaurados e os implementando para evitar a judicialização, talvez o maior desafio da política consensual.

Acrescente-se, ainda, que essa preocupação constante com a pacificação social efetiva, por meio de uma solução consensual, resolve outro problema grande da prestação jurisdicional, qual seja a morosidade infensa a todos os procedimentos e que inquieta sobremaneira à sociedade quanto à atuação judicial, pois o que interessa para alguém que seja reconhecido como titular de um dado direito, é o pronto restabelecimento de forma específica e a Justiça infelizmente não vem conseguindo e muitas

diernamente, além da própria resolução do CNJ 125/2010 que deu no Poder Judiciário o pontapé inicial, temos duas leis federais que prestigiaram os meios consensuais, prevendo não só o chamado pré-processual e criando no procedimento único quando for instaurado o processo uma audiência obrigatória em que se deve utilizar as técnicas autocompositivas com o diálogo franco e aberto, e reprimindo as partes que não comparecerem com uma penalidade processual. Essas mudanças impactam toda a atividade jurisdicional.

4 *"É inquestionável que o principal objetivo da jurisdição, o que lhe faz a essência, é seu caráter de pacificação. Neste sentido, é muito mais salutar que se encontrem fórmulas de consenso, para que a pretensão resistida chegue a bom termo, atingindo-se o ideal de justiça das partes."* Fernando Horta Tavares, Mediação & Conciliação, 1ª Edição, Editora Mandamentos, 2002, p. 17.

5 Entende-se que esta expressão representa melhor essa nova atividade de efetiva proteção dos direitos e na qual todos os que laboram com o direito não podem continuar sendo mecânicos frios da lei, daí porque o termo operário, sem sombra de dúvida, simboliza uma atuação mais ativa e ao mesmo tempo menos ligada às formalidades que infelizmente ainda dominam o meio jurídico.

vezes em razão da demora da entrega da prestação jurisdicional, esta não é efetiva no sentido de satisfazer pelo menos ao vencedor.[6]

Por todos esses motivos, não resta dúvida alguma de que o prestígio a jurisdição consensual não traz nenhum malefício aos desígnios dessa função tão cara a sociedade, devendo, por conseguinte, ser prestigiada em todos os sentidos, como felizmente vislumbrou há muito tempo atrás o Conselho Nacional de Justiça, ao lançar o dia nacional da conciliação e ao instituir um projeto de estruturação de todo o Poder Judiciário para obtenção de uma solução amigável entre os litigantes judiciais, até mesmo antes de o processo formalmente ser instaurado, fazendo com que hoje não só todo dia seja o do consenso, mas toda a hora e preferências são dadas por leis a esta política.

Pensar em uma atividade jurisdicional que não vise obrigatoriamente a pacificação social é tratar essa função pública com descaso, pois todo o agir das autoridades em geral devem aspirar ao bem comum e este só é atingido com uma solução efetivamente satisfatória para ambas as partes, mesmo que uma das partes perca processualmente falando, mas que fique consciente de seus erros.

Destarte, quando se utiliza das formas de auto-composição, as partes chegam a um consenso, ciente destes erros e infelizmente a sentença quase nunca os transmite, substancialmente falando, principalmente por sua linguagem técnica excessiva.

Nessa conjuntura, acredita-se que a Justiça de um modo geral, ou seja, todos aqueles que laboram com o direito e até mesmo os próprios litigantes devem se imiscuir de um espírito de pacificação social, pois não se pode sempre tratar o conflito como algo negativo, sendo imperioso a análise de que, através de um bom diálogo quase sempre se atinge uma boa solução e principalmente a satisfação dos que contendem é cristalina.

---

6 Em nosso livro Medidas Liminares no Processo Civil: Um novo enfoque, O ministro José Augusto Delgado em seu prefácio atesta para a necessidade inadiável de uma pronta entrega da prestação jurisdicional, bem assim chama a atenção para o fim harmonioso que o processo deve perseguir, consoante pode se vê a seguir: *"Os estudiosos do Direito Processual Civil estão convencidos de que técnicas novas devem ser introduzidas na legislação brasileira formal para que sejam atendidas, com eficácia, segurança e efetividade, esse anseio da cidadania. Há de se gerenciar o processo de modo que instrumentos de ação alcancem esse objetivo, sem se afastar do respeito ao princípio democrático informador do devido processo legal. Urge que o Direito Processual Civil consagre, do modo mais evidente e convencedor, o querer constitucional representativo do sentimento da Nação, que é o do Estado Brasileiro tornar vivo e constante o objetivo primordial posto em sua Carta Magna, no seu preâmbulo, que é a entrega da paz com a rápida solução dos conflitos vivenciados pelo cidadão em suas relações comuns e extraordinárias no ambiente social, familiar, financeiro, comercial, industrial e institucional"*. José Luiz Carlos de Lima e José Herval Sampaio Júnior, Medidas Liminares no Processo Civil Um novo enfoque, 1ª Edição, Editora Atlas, 2005, p. 14.

2. MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E SUAS VANTAGENS. DA CONDIÇÃO DE ALTERNATIVOS A PREFERENCIAIS E OBRIGATÓRIOS.

Já ficou evidente pelas colocações firmadas, que infelizmente a sentença não vem conseguindo atingir a almejada pacificação social, indispensável quando do surgimento de um conflito, daí porque se apresentam com esse desiderato alguns meios que antes eram tidos como alternativos e hoje pelas duas leis já mencionadas, são preferenciais e obrigatórios, primando pelo aspecto da democracia participativa, responsabilizando-se os próprios envolvidos pela solução, que devidamente empoderados a encontram, sendo essa a premissa, que por si só, já se alinha com o escopo de satisfação social.

Nesse contexto, interessa ao presente escrito a análise dos meios consensuais de solução dos conflitos - ditos democráticos em razão das próprias partes em disputa resolverem as diferenças - o que se convencionou chamar de auto-composição e na qual se depreende que, dentre eles destacam-se a conciliação e a mediação, que para nós tem possibilidade de direta aplicação na atividade dos Juízes, desde que seja desconstruída a idéia de adversariedade e surja em consequência a eficaz cooperação entre os interessados.

Esse desafio não é difícil de ser cumprido, pois as condições normativas são amplamente favoráveis, inclusive de nossa Carta Magna[7], daí porque o que falta é a conscientização dessa eficácia quanto ao resultado harmonioso da solução e se começar a aplicar as técnicas existentes na praxe forense, sem se descurar evidentemente de sua posição diretiva, contudo, esta não inviabiliza a adoção dessa nova postura que justamente nas partes o seu comando.

A negociação é por excelência a forma mais conhecida de solução dos conflitos, em que as próprias partes, sem qualquer tipo de interferência de uma terceira pessoa - daí a sua distinção com a conciliação e mediação – resolvem o seu litígio através de um acordo após conversação das diferenças. Temos atualmente o prestígio de uma política iniciada por algumas plataformas digitais e que o CNJ já criou a sua, mediação digital,

7 *"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir em Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a Justiça como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional,* ***com a solução pacífica das controvérsias****, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil"* Grifo nosso. Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

em que os próprios envolvidos sem o terceiro encontram a solução e este tão somente ao final, acaso as partes queiram a homologam. Historicamente, a negociação, é o modo mais antigo de resolução de desavenças e tem a nítida vantagem de propiciar a continuidade do relacionamento entre os envolvidos, pois sequer foi necessário um interventor.[8]

Por outro lado, percebe-se, claramente, a impossibilidade da utilização pelo Magistrado, em razão de que por esta via, mesmo que existente já um processo, a iniciativa e efetiva solução é dos próprios envolvidos, logo, o que pode ser feito pelo Juiz é uma instigação a que as partes se sentem numa mesa de negociação para chegarem a um consenso, inclusive evitando a instauração de processos como fazem os juízes que coordenam e executam a política consensual em seus respectivos Tribunais.

Já a conciliação é a maneira clássica de solução amigável dos litígios quando já existe um processo ou até mesmo antes dele, principalmente pelas propostas já enunciadas do Conselho Nacional de Justiça, onde um terceiro, que pode ser o Juiz – essa é a idéia principal – formule uma resolução que seja aceita pelas partes, através de propostas das mesmas, ou também por sugestão do terceiro, sendo bastante prestigiada na legislação, inclusive penal.

Essa forma de solução vem sendo largamente aplicada e com muito sucesso no que tange à pacificação social e rápida resolução, devendo, por isso, ser mais bem estudada para que se crie a almejada cultura de consensualização dos litígios como prioridade. E não se continue na prática somente se indagando das partes se tem possibilidade de acordo. Não se criou um momento próprio e obrigatório, no início do processo para que o Juiz ou seu auxiliar não desenvolva as técnicas consensuais para se chegar a um acordo.

A mediação, por sua vez, não se preocupa tão-somente com a resolução do conflito posto em evidência e a sua característica principal consiste de que a participação do terceiro, que também pode ser o Juiz, é estimuladora para que os interessados encontrem a melhor solução, prestigiando a continuidade do relacionamento. Sua eficácia de satisfação

8 *"Sem intervenção de terceiros, as partes procuram resolver as questões, resolvendo disputas mediante discussões que podem ser conduzidas pelas partes autonomamente, ou por representantes. Por isso, alguns autores, não a consideram uma forma de solução de conflitos propriamente dita. A negociação é usada para qualquer tipo de disputa e faz parte do dia-a-dia transacional. É uma atividade constante entre advogados. É um método apropriado a ser utilizado quando as partes continuam a ter relações comerciais, cotidianamente, ou quando é possível solução criativa, sendo certo que tal vínculo caracteriza-se pela confiança mútua e credibilidade entre as partes."* Fernando Horta Tavares, Mediação & Conciliação, 1ª Edição, Editora Mandamentos, 2002, p.42.

social é bem mais evidente do que na conciliação e para nós mesmo com o princípio da confidencialidade pode ser desenvolvida pelo magistrado, desde que ele não julgue mais o processo em caso de não se ter êxito, ressaltando ainda que o Juiz poderá ser mediador nos termos da política ora implementada pelo CNJ.

A par dessas considerações, vislumbra-se que esses meios democráticos de solução dos conflitos devem permear a atividade jurisdicional de modo que se transforme em uma prática constante e não somente se cumpra mais uma formalidade, pois como já sentido nessas primeiras linhas, a sua efetividade quanto à pacificação social é bem mais intensa do que a sentença, o que por si só, já justificaria essa mudança de paradigma, contudo, outras vantagens podem ser percebidas, dentre elas, a já citada, mas sempre importante celeridade na resolução do litígio, valor dos mais buscados pela sociedade em geral.

Por fim, ainda se pode trazer como vantagens da utilização desses meios alternativos de solução dos conflitos, a responsabilização dos envolvidos pela decisão, o que prestigia a democracia, a igualdade de tratamento, a solidariedade, a prevenção de novos litígios, a harmonização e talvez a mais significativa, a própria transformação social, pois quando as partes resolvem amigavelmente uma contenda, acabam retirando muitas lições que representam um avanço nos seus ideais, construindo uma nova realidade.

Desta forma, patente que esses meios são muito eficientes em várias nuances, o que já legitima a adoção integral dos mesmos pelo aspecto substancial, contudo agora com o novo CPC e a lei de mediação, os temos, não só a conciliação e mediação, mas todos os demais meios consensuais, como formalmente obrigatórios já no início do processo e preferenciais em relação à jurisdição clássica, bem como sendo utilizados para se evitar a judicialização excessiva.[9]

Fechando o raciocínio, trazemos a fala contundente de Trícia Navarro e Hermes Zaneti Jr na apresentação do livro Justiça Multiportas:

9 *"Assim, o espírito de conciliação deve nortear os envolvidos nas disputas judiciais, uma vez que, por melhores que sejam as leis e a prestação da atividade jurisdicional, ninguém decide os conflitos mais adequadamente aos respectivos interesses do que os próprios litigantes. A mediação frutífera proporciona aos profissionais da área do Direito a rara satisfação de poder rapidamente resolver o problema. O aperto da mão ao término da audiência, em que a conciliação foi atingida, representa o retorno das partes à normalidade social. O que mais poderiam pretender advogados e Juízes?* João Baptista de Mello e Souza Neto, Mediação em juízo Abordagem prática para obtenção de um acordo justo, 1ª Edição, Editora Atlas, 2000, p. 101.

"Não se trata de esperar do Poder Judiciário uma segurança que intervenha a cada momento e a tudo corrija, de uma segurança centralizadora, da qual claramente este modelo abre mão; trata-se de uma segurança que garante o devido processo legal, mesmo para além de suas portas, que assegura que direitos fundamentais serão preservados em sua fundamentalidade e que não se pode falar de justiça consensual ou heterocomposição onde o equilíbrio das partes não seja adequadamente dimensionado, onde os direitos não tenham tutela constitucionalmente adequada"

3. DISTINÇÃO ENTRE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

No tópico anterior propositadamente foram expostas de modo perfunctório a compreensão dos institutos da conciliação e mediação, tendo se ressaltado as suas convergências e apontado algumas das diferenças, sendo imperioso que se debruce com mais vagar nesse tocante.

Primeiro, foi visto que na conciliação o terceiro acaba propondo o acordo, ou seja, de alguma forma participa, mesmo que indiretamente da solução, que é aceita pelas partes, enquanto que na mediação essa solução é encontrada, através do diálogo constante pelos próprios envolvidos, só havendo intermediação do terceiro, enfatizando, por obvio, que o Magistrado se encaixa nesses dois perfis em nosso entender.

Na conciliação[10], que tem como objetivo precípuo tão-somente a solução específica do conflito, o terceiro sempre está propondo as alternativas de resoluções, a partir das peculiaridades de cada caso, o que denota sua maior intervenção na solução propriamente dita e por conseqüência uma participação mais intensa quanto à responsabilidade da solução do conflito, sem evidentemente, se impor qualquer decisão, já que a consensualidade é inerente a ambos os institutos.

Já no que concerne à mediação, vislumbra-se que a importância das partes com relação ao terceiro é bem mais evidente, visto que a responsabilização pela solução encontrada pelos mesmos é deles, o que in-

10 *"Despido o magistrado do preconceito contrário quanto a se dedicar francamente à tarefa de obter a conciliação e, também ele, desprovido da vaidade de ver sua "bela" sentença elogiada pelos Tribunais, estará livre para perceber, na fase de conciliação, o que significa incorporar a lei, o arquétipo do pai e que, aos olhos das partes interessadas sua palavra impressiona, é contundente. A fala inicial do magistrado nas audiências de conciliação penetra a consciência dos envolvidos e com eles mantém contato direito. É um desperdício perder esse momento por ignorar sua importância e eficácia."* João Baptista de Mello e Souza Neto, Mediação em juízo Abordagem prática para obtenção de um acordo justo, 1ª Edição, Editora Atlas, 2000, p. 48.

forma uma maior participação, ressaltando-se, destarte, que esse modo ainda é mais democrático que o primeiro.

Também é de se apontar que como os interessados são estimulados a dialogar e tentar entender o lado do outro, a solução, quase sempre, prima não só pela resolução em específico do litígio, mas com a continuidade do relacionamento.[11] Aqui temos a maior vantagem da mediação.

A par dessas primeiras ponderações de distinção, já se verifica que os dois modos devem ser utilizados de acordo com o objeto da lide, pois se não há um relacionamento anterior entre os envolvidos, como por exemplo, um acidente de trânsito entre desconhecidos, a conciliação parece ser o meio mais eficaz e até mesmo, dependendo do modo de condução e técnicas usadas, pode se estimular uma amizade.

Noutro quadrante, se a lide trata de um conflito interpessoal entre pessoas ligadas por um sentimento e que acaba envolvendo uma relação patrimonial, a mediação se afigura como o instrumento mais eficaz, já que a visão do mediador não deverá ser somente solucionar aquele problema, porém, permitir que os litigantes possam, entendendo suas diferenças, manter uma relação, no mínimo, amistosa, atingindo, com mais sucesso, a pacificação social e se discutindo todas as pretensões e não só os conflitos aparentes externados nas peças processuais.

Desta forma, analisando com essa visão mais acurada, pode-se depreender facilmente que esses meios consensuais de se compor um conflito tanto pode ser utilizado se já houver um processo, pelo Juiz ou seu auxiliar, ou até mesmo antes de se instaurar um processo, o que se afigura ainda mais benéfico, ressalvando, que se por acaso, dentro de um processo judicial se tentar a solução, por um desses meios, deve se despir daquela idéia de adversariedade, prestigiando sempre a cooperação e o diálogo franco e aberto.

Ainda é oportuno salientar que a mediação também previne com muita mais eficácia a possibilidade de novos conflitos, já que a conversação é priorizada e a decisão é das próprias partes, logo, a dificuldade

11 *"Outra vantagem importante da mediação é a contínua e intensa discussão sobre o conflito. Aqui, não se objetiva apenas a consecução do acordo, mas o melhoramento e a continuação do relacionamento dos mediados. Nesta discussão, as pessoas são consideradas como seres únicos, devendo ser respeitadas como tais...Em suma, a mediação é bastante vantajosa. Seus objetivos não atingem apenas os problemas, refletindo seus efeitos nos mediados e na sociedade, fortalecendo e preservando o relacionamento existente entre as pessoas".* Lília Maia de Morais Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos, Mediação Familiar: Um estudo histórico- social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006, págs. 94/95.

para não haver seu cumprimento é bem menor do que na conciliação, até mesmo, pela natureza das causas que a ela são submetidas.

Ressalve-se, por ser esse o objetivo desse artigo, que tanto a conciliação como a mediação quanto ao cumprimento do acordado, são mais eficazes, nesse quadrante, do que as decisões jurisdicionais, o que deve ser levado em consideração em razão do movimento de algum tempo pela efetividade do direito material via processo.

Na esteira do preconizado acima, em que pese as diferenças entre os dois institutos, duas conclusões parecem cristalinas; a primeira no sentido de que as suas características, em momento algum, inviabiliza a sua profícua utilização pelos juízes; a segunda é de que os conflitos, mesmo aqueles já judicializados devem ser analisados sob a ótica positiva, pois como ambos institutos prestigiam o diálogo - com mais veemência a mediação – sempre consegue se obter ganhos para os envolvidos[12], que crescem a cada conflito e principalmente quando encontram, por si sós, a solução.

Por fim, ainda é oportuno reforçar que a mediação proporciona uma maior participação[13] dos envolvidos na solução dos conflitos, dando-os auto confiança e autodeterminação para a execução de suas demais tarefas pessoais, já que quando se envolvem valores e sentimentos, como patente restou esclarecido quanto à mediação, os conflitos reais surgem em detrimentos dos aparentes, desconstruíndo aquela infame idéia de que no final existe um vencedor e por conseguinte um perdedor e isto não é realidade, já que na mediação, com mais clareza, verifica-se que a idéia é o ganha-ganha para os dois lados.

4. LIMITES FORMAIS E MATERIAIS PARA O USO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO PELOS JUÍZES

Como tudo na vida é relativo, nada mais natural de que haja limitações nessa atividade dos magistrados, em que pese todas as vantagens

12 *"A mediação procura valorizar esses laços fundamentais de relacionamento, incentivar o respeito à vontade dos interessados, ressaltando os pontos positivos de cada um dos envolvidos na solução da lide para, ao final, extrair como conseqüência natural do procedimento os verdadeiros interesses em conflito".* Fernando Horta Tavares, Mediação & Conciliação, 1ª Edição, Editora Mandamentos, 2002, p. 64.

13 *"Em outras palavras, a mediação inclui na sociedade na medida em que aumenta a autodeterminação e a responsabilidade dos mesmos. Assim, por meio desse procedimento, os indivíduos passam a ter voz mais ativa dentro da sociedade, uma vez que possuem autonomia e são responsáveis por solucionar suas controvérsias. Como ressaltamos em outro momento: A mediação apresenta-se, pois, com o objetivo de oferecer aos cidadãos participação ativa na resolução de conflitos, resultando no crescimento do sentimento de responsabilidade civil, cidadania e de controle sobre os problemas vivenciados. Dessa maneira, apresenta forte impacto direto na melhoria das condições de vida da população – na perspectiva do acesso à justiça, na concretização de direitos, enfim, no exercício da cidadania".* Lília Maia de Morais Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos, Mediação Familiar: Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006, p. 90/91.

desses institutos e suas informalidades, todavia, muitas situações inviabilizam por completo, tanto a conciliação quanto a mediação, não só pela natureza desses métodos, bem como a própria essência de algumas matérias dos conflitos e a própria estrutura do Poder Judiciário, logo, essa análise torna-se imprescindível, visto que em alguns casos a almejada pacificação social somente vai ser alcançada por uma atuação mais firme e decisiva da Justiça, que, como percebido, não se coaduna com os institutos em exame.

Nesse sentido, nem sempre é possível que os Juízes se utilizem desses meios consensuais de solução dos conflitos, quer por limitação formal quer material. Quanto ao primeiro aspecto, é cediço que o ordenamento jurídico, em relação a algumas matérias, não admite conciliação e muito menos mediação, como por exemplo, a maioria esmagadora dos delitos penais.[14]

Quando ocorre tal tipo de ilícito, por mais que vítima e acusado tenham chegado a um consenso quanto ao fato analisado na Justiça, somente essa tem competência para solucionar esse caso, pois a sociedade se sente lesada e esse bem jurídico é protegido pela legislação, logo o acordo não vai, de um modo geral, influir na atuação jurisdicional *stricto sensu*.[15]

Ressalte-se que já se discute dentro do Judiciário a mediação penal e a justiça restaurativa, que podem em alguns crimes serem bem trabalhados quanto a se evitar novos delitos e envolver a vítima para restabelecimento quando possível pelo menos da convivência social.

Por outro lado, é de se destacar que até mesmo em casos que outrora não se admitia transação, como por exemplo, os direitos indisponíveis[16] e aqueles que envolviam o Poder Público, para ser bem especí-

14 *"Em matéria criminal, a conciliação vinha sendo considerada inadmissível, dada a absoluta indisponibilidade da liberdade corporal e a regra nulla poena sine judicio, de tradicional prevalência na ordem constitucional brasileira. Nova perspectiva abriu-se com a Constituição de 1988, que previu a instituição de Juizados Especiais providos por Juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução..de infrações penais de menor potencial ofensivo...permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turma de juízes de primeiro grau."* Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, Teoria Geral do Processo, 20ª Edição, Editora Malheiros, 2004, p. 27/28.

15 Ressalve-se que as Leis dos juizados especiais, quer estadual quer federal, prevêem a possibilidade de que alguns ilícitos penais possam ser resolvidos mediante composição civil entre as partes e até mesmo transação direta com o Ministério Público, o que demonstra que a justiça consensual vem ampliando seu espectro de atuação em todos as searas, inclusive penal.

16 *"Trata-se dos chamados" direitos da personalidade "(vida, incolumidade física, liberdade, honra, propriedade intelectual, intimidade, estado). Quando a causa versar sobre interesses dessa ordem, diz-se que as partes não têm disponibilidade de seus próprios interesses (matéria penal, direito de família etc.). Mas, além dessas hipóteses de indisponibilidade objetiva, encontramos aqueles casos em que é uma especial condição da pessoa que impede a disposição de seus direitos e interesses(indisponibilidade subjetiva); é o que se dá com os incapazes e com as pessoas jurídicas de direito público".* Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, Teoria Geral do Processo, 20ª Edição, Editora Malheiros, 2004, p. 29.

fico, hodiernamente, já se permitem que por acordo, se finde processos que tenham tais objetos, demonstrando, por conseguinte, que a Justiça consensual vem ganhando espaço e quem sabe cada vez mais se amplie para atingir outros objetos, até mesmo penal, evidentemente, em caso de reconhecimento pelo acusado da culpa e a aplicação direta da pena privativa de liberdade.

Pode se pensar que hoje é inimaginável, mas é possível, pois a consciência do malfeitor será o elemento que justificará a pena, até mesmo sem o devido processo legal, mas nunca como regra geral e sim exceção sob condicionantes rígidas.[17]

Quanto às limitações materiais, pode-se enunciar, primeiramente, que a boa-fé é a mais importante, pois como se admitir que os envolvidos possam conciliar e principalmente se submeterem à mediação se estiverem ocultando a verdade ou até mesmo mentindo, como infelizmente é muito comum na *praxe forense*, logo, é imprescindível que essa cultura de litígio e suas amarras sejam deixadas de lado quando as partes quiserem resolver os seus problemas pela via consensual.[18]

Outra grande limitação para o desenrolar dessas atividades junto à Justiça diz respeito à necessidade imanente de que as partes estejam em condições de igualdade e para tanto a atividade do Juiz, utilizando-se do seu chamado poder assistencial [19], é vital, pois em caso das partes não estarem nessa posição, o diálogo, com certeza, vai ser infrutífero, podendo haver coações ou por qualquer forma imposição, o que vai de confronto aos princípios que informam a conciliação e mediação.

Destarte, somente o equilíbrio entre as partes conduzirá a um resultado efetivo quanto à pacificação social, visto que patente, ser a igualdade, uma condição indeclinável para o sucesso e até mesmo início das

17 Esclareça-se que a Constituição Federal prevê como direito e garantia fundamental do cidadão o devido processo legal, contudo, o que se prega é que esse direito possa ser renunciado em caso de pleno reconhecimento da ilicitude, logo, em havendo aceitação, lhe seja imposto a pena, suprimindo algumas etapas do processo, tudo pela via consensual.

18 *"A mediação, para ser bem sucedida, pressupõe boa-fé de ambas as partes. Os mediadores devem estar dispostos para assimilar os princípios da mediação, sobretudo para agir de modo solidário e verdadeiro. Infelizmente, em nossa sociedade, ainda predomina a arcaica mentalidade de cultura do litígio, em que às partes interessa obter vantagens – ganhar".* Lília Maia de Morais Sales e Mônica Carvalho Vasconcelos, Mediação Familiar: Um estudo histórico- social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006, p. 95.

19 Este poder é amplamente utilizado pelos operários do direito a par do princípio da igualdade das armas, mesmo tendo ciência de que no exercício dessa atividade consensual não qualquer espaço para a cultura de litígio propriamente dito, o juiz não pode deixar de está atento as diferenças econômicas e sociais das partes e quando a mesma for discrepante deve adotar medidas que busquem igualar pelo menos nessa conversa, o que é difícil na prática, contudo, não impossível.

conversações, logo, esse limite deve necessariamente ser transposto, pelo menos em relação à mediação, na qual a atividade do Juiz é mais limitada do que na conciliação, pois nesta, em havendo essa desigualdade, a proposta do Juiz já pode levar em consideração tal aspecto.

Outro limite que muitas vezes pode impedir uma efetiva conciliação ou mediação é a própria atuação do Juiz nessas funções, pois a sua capacidade técnica, a par das ponderações já feitas, bem assim o cuidado para que não haja qualquer interferência no mérito das questões, principalmente na mediação, é imprescindível para o êxito das conversações e consequente feitura do acordo.

Desta forma, quando o Juiz perceber que, de alguma forma, já acabou se intrometendo no âmago do problema, emitindo a sua posição pessoal, o melhor a fazer é declinar de tal atividade e dependendo do caso e a intensidade da interferência, remeter os autos ao seu substituto, que poderá tentar continuar com a negociação ou então infelizmente ter que decidir pelas vias tradicionais, o que implicará, com certeza, em um grau de eficácia social bem menor.

Essa projeção infelizmente se retrata como uma realidade que precisa ser combatida, pelas vias ora comentadas, bem assim a própria competência técnica dos Juízes em assimilar melhor as relações humanas que envolvem todo processo atinentes aos sentimentos e valores envolvidos, já que infelizmente, por melhor que sejam os peticionantes, a forma escrita não consegue transmitir, com a segurança necessária, tais valores, que bem compreendidos, podem ser desprezados ou levados em consideração, dependendo da situação, pois é cediço que muitas vezes esses fatores condicionam todo o conflito e a sentença não os enxerga.

Desta forma, esse limite material deve, por conseguinte, ser transposto com muita serenidade e calma pelos Juizes, enquanto conciliadores e mediadores, bem assim até na sua missão de julgar, acaso seja possível, para tanto, o principio da oralidade [20] é um instrumento eficiente.

Nesse viés, para que os Juízes possam superar esses limites da atividade consensual, principalmente os materiais, devem os mesmos ampliar, sobremodo, a sua atuação para além da ciência jurídica, tentando com-

20 Essa acepção do princípio da oralidade inclui, evidentemente, os seus subprincípios, quais sejam a concentração, a imediatividade, a identidade física do Juiz e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, que quando aplicados, na prática, privilegiam a percepção dos sentimentos e emoções, que infelizmente não são repassados pelo princípio da escritura. Desta forma, não só o movimento pela efetividade e o mais recente da conciliação são importantes, pois a adoção na íntegra do princípio da oralidade, com certeza, aproximará a Justiça da verdade real e, por conseguinte, nos casos de tentativa de solução amigável, esse contato é imprescindível.

preender as inquietudes e incoerências das relações humanas, utilizando-se dos saberes das outras ciências, através da interdisciplinaridade.[21]

Por outro lado, por mais que os Juízes, enquanto mediadores e conciliadores se capacitem tecnicamente e mudem o paradigma de sua atuação, tudo para transpor esses limites e com sucesso resolverem os conflitos aos mesmos submetidos, é cediço que a sua própria natureza de ser humano, já é por si só, uma limitação insuperável e que os seus atos são passiveis de falhas, logo, essa compreensão facilita o seu regular exercício nessa atividade, pois a consciência de suas limitações e a virtude da modéstia quanto ao conhecimento, são armas eficientes para a superação de todos os obstáculos dessa atividade de busca do consenso.

5. CONCLUSÕES

A principal função da atividade jurisdicional é, sem sombra de dúvidas, a pacificação social e infelizmente esta não vem sendo alcançada pelas vias tradicionais, logo, se faz necessária a utilização dos meios consensuais, não mais alternativos, agora obrigatórios e preferenciais, sendo os mais democráticos possíveis, para solução dos conflitos, visto que os mesmos possuem características que se afinam com a satisfação social, principalmente pela efetiva participação dos próprios interessados.

Afora o fator de eficácia social do acordado pelas partes, as formas de auto-composição também prestigiam a questão da celeridade e até mesmo efetividade do próprio direito material envolvido, bem como quando os acordos são realizados, evita-se perda de tempo e economiza-se financeiramente, daí porque, esses fatores devem ser levados em consideração pelo Juiz a fim de que passem a utilizar tais meios, sem que haja qualquer demérito à atividade jurisdicional propriamente dita, pelo contrário a deixa para os casos em que realmente se torna imprescindível o mister por força do artigo 5º inciso XXXV de nossa Carta Magna.

A conciliação e a mediação não podem ser compreendidas como institutos que irão excluir a atividade jurisdicional, pois na realidade, elas atualmente são espécies de atividades também jurisdicionais junto com a sentença, devendo serem divulgadas como produtos da Justiça, que não

21 *"Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substancial dos mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, consequentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas".* Mauro Cappelletti e Bryan Garth, Acesso à Justiça, 1ª Edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 13.

mais age somente pela via da sentença, registrando-se ainda além desse aspecto formal que são mais eficazes em relação à satisfação social dos contendores, escopo maior do Direito e na qual há algum tempo a jurisdição clássica vem esquecendo pela supervalorização do processo, na qual o próprio CPC também o simplifica e traz a autonomia das vontades das partes como uma de suas principais premissas.Portanto, a sentença não é mais o único produto da atividade jurisdicional, temos a conciliação, mediação e outros meios consensuais.

Na conciliação, o Juiz tem uma participação mais intensa em relação ao resultado, pois pode propor soluções que serão aceitas pelas partes. Já na mediação, a sua participação é mais intensa no procedimento, visto que a sua condução neutra e imparcial, estimula o surgimento da solução e é preponderante, todavia, nesse caso, em tese, não pode propor a resolução, esta é alcançada naturalmente pelas partes, através do diálogo e cooperação mútua, desconstruindo a idéia de litígio.

A mediação, por sua vez, tem a vantagem de não só se preocupar em resolver o litígio em específico, mas sim permitir, dentro da realidade de cada caso concreto, a continuidade do relacionamento, logo, sua aplicação é mais eficaz nos conflitos que envolvem sentimentos e valores, aos quais infelizmente tendem a esconder os conflitos reais e que a Justiça tradicional, atualmente, só vem resolvendo os aparentes.

Não se pode afirmar que o princípio da confidencialidade impede de todas as formas a realização de mediação pelo Juiz, primeiro porque a forma de exercício de tal atividade segundo a política do CNJ é a mais ampla possível, desde que haja a devida qualificação e treinamento padronizado com o seguimento rigoroso do conteúdo programático estabelecido, segundo porque acaso o Juiz que também haja como mediador não consiga obter o acordo, basta remeter aos autos ao substituto e terceiro o Juiz poderá agir como mediador em processos que não estejam sob seu crivo dentro da jurisdição clássica.

Tanto a conciliação quanto a mediação se preocupam com a capacidade de deliberação dos conflituosos, desfazendo aquela concepção de que somente a decisão imposta por um terceiro pode solucionar o problema, bem como evidencia de forma intensa a responsabilidade dos mesmos, o que propicia automaticamente uma maior satisfação social, já que a solução foi aceita e as vezes até encontrada pelos mesmos.

Os Juízes devem, portanto, se capacitar tecnicamente e da mesma forma que na entrega da prestação jurisdicional, não podem expressar qualquer tipo de emoção, que possa causar desconfiança das partes em relação ao seu único desejo de obter a satisfação social via consenso, estimulando sempre a comunicação dos envolvidos.

Na realidade, faz-se necessário uma mudança de paradigma na atuação judicial, de modo que a conscientização das partes quanto à eficácia social do acordo, seja precedida da do Juiz nesse mesmo sentido, para tanto, as amarras da tutela jurisdicional não podem se imiscuir nessa jurisdição consensual.

Como toda atividade, essa também possui limites, tanto os formais quanto materiais, logo, nem todos os objetos dos conflitos podem ser solucionados via acordo, como por exemplo, a maioria dos delitos penais e alguns casos de direito indisponíveis, bem assim as partes e o Juiz devem possuir as condições indispensáveis para que a solução amigável seja encontrada, ressaltando ainda o crescimento da Justiça Restaurativa e Mediação Penal.

O Juiz não pode em nenhum momento, dessa atividade consensual, agir como Juiz propriamente dito, já que quando assim proceder, coloca em risco a feitura do acordo, desacreditando a própria Justiça quanto à sua função pacificadora, em especial quando se trata de conflitos familiares, que como cediço se referem às desilusões e insatisfações de pessoas diferentes que acreditaram numa relação amorosa, o que sempre deve ser considerado.

Não há dúvida de que os meios democráticos de solução dos conflitos são bem mais eficientes do que a sentença, logo, essa divulgação deve ocorrer entre os operários do Direito como um todo, de modo que a conciliação e a mediação deixem de ser exceção também na prática, tornando-se como previstos no CPC e lei de mediação, regra geral e preferenciais, já que indiscutivelmente toda a razão de ser do Direito é a pacificação social com Justiça e esta inarredavelmente não vem, infelizmente, sendo realizada pelas vias tradicionais, que não tratam o conflito do modo adequado como os meios consensuais. •

BIBLIOGRAFIA

CAPPELLETI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. 1ª Edição, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 1ª Edição, São Paulo: Editora RT, 2006.

ROCHA, José de Albuquerque. Teoria Geral do Processo. 7ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2006.

SALES, Lília Maia de Morais. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SALES, Lília Maia de Morais. VASCONCELOS, Mônica Carvalho Mediação Familiar: Um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas, 1ª Edição, Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda, 2006.

SAMPAIO, José Herval Júnior. Processo constitucional nova concepção de jurisdição, São Paulo, Grupo Gen, 2008.

SILVA, Vírgilio Afonso da. A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares, 1ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. Mediação em juízo Abordagem prática para obtenção de um acordo justo, 1ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2000.

TARTUCE, FERNANDA. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Grupo Gen, 2016.

TAVARES, Fernando Horta. Mediação & Conciliação, 1ª Edição, Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002.

VEZZULLA, Juan Carlos. Teoria e Prática da Mediação, V Edição Comentada e Corrigida, Florianópolis: Editado pelo Instituto de Mediação e Arbitragem no Brasil, 2001.

WARAT, Luis Alberto. O ofício do Mediador Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

XAVIER CABRAL. Trícia Navarro e ZANETI JR. Hermes. Justiça Multiportas. Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada dos conflitos. Salvador: Juspodvim, 2016.

A Mediação como Possibilidade de Transformar Conflitos Familiares Judicializados

Karine Braga Soares
Mestra em Defesa Social e Mediação de Conflitos pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Mediadora do TJPA no CEJUSC-VF.

RESUMO: Seguindo a Resolução 125/10-CNJ, medida que concerne a implantação da Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos e por conseguinte a criação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos das Varas de Família-CEJUSC-VF do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, esse artigo estuda as sessões realizadas no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2016 nessa unidade judiciária para refletir sobre a mediação como ferramenta possível na transformação de conflitos familiares judicializados, baseando-se na perspectiva filosófica de Martin Buber.

PALAVRAS-CHAVE: Conflitos familiares judicializados, mediação, Buber, encontro dialógico.

INTRODUÇÃO

As mudanças socioeconômicas e culturais ocorridas nos últimos anos, decorrentes de novos paradigmas de um mundo globalizado vêm produzindo transformações no âmbito das famílias, no mundo do trabalho e ciência e tecnologia, contexto em que, seus reflexos tendem a configurar nova dinâmica social.

As relações sociais em constante transformações, advindas do avanço científico, da evolução tecnológica e das crises econômicas e congêneres, geram uma série de consequências que, em longo ou curto prazo, interferem na vida cotidiana dos cidadãos, como por exemplo, as

questões relacionadas às uniões homoafetivas, aos delitos cometidos pelas técnicas da computação, à necessidade de proteção do meio ambiente, dentre outras.

Nessa perspectiva, a sociedade passa por um quadro de conflitos sociais agudos que se estende por diferentes esferas, como família, escola e comunidade em geral. Segundo Muszkat (2003), os conflitos não são uma exceção; ao contrário, fazem parte do cotidiano dos relacionamentos interpessoais.

O conflito é inevitável e salutar, especialmente quando se quer chamar a sociedade na qual se insere de democrática, o importante é encontrar meios autônomos de manejá-lo fugindo do conceito de que seja um fenômeno patológico, encarando-o como um fato, um evento fisiológico importante, positivo ou negativo conforme os valores inseridos no contexto social analisado. As relações com sua pluralidade de percepções, sentimentos, crenças e interesses, são naturalmente conflituosas.

Frente a tais situações conflitivas, o ser humano se vê mobilizado a buscar soluções para suas "querelas", seja por meio de ferramentas individuais, sem contar com o auxílio de um terceiro, seja acionando o Estado, através do Poder Judiciário como forma de solucionar seus conflitos e ter assegurados seus direitos, onde é proferida uma decisão por um juiz, fundamentada em fatos contidos em processo.

Esse panorama passou a ganhar um novo viés, a partir da implementação da resolução nº125/2010-CNJ (Conselho Nacional de Justiça), que dispõe sobre as possibilidades da mediação de conflitos enquanto política pública de tratamento adequado de conflitos de interesses. Trata-se, neste sentido, de uma metodologia que o judiciário brasileiro oferece aos jurisdicionados, oportunizando a inserção dos mesmos na tomada de decisão acerca da resolução de suas contendas.

É sabido que uma marcante característica da sociedade contemporânea são os conflitos interpessoais, dos mais variados. No artigo em questão, o foco são os conflitos familiares judicializados e é nesse contexto, que surge a mediação, como possibilidade para equacionar as dificuldades relacionais humanas, com sua proposta de troca, reconhecimento e comprometimento, por dar ênfase ao diálogo cooperativo, à voluntariedade, e a inclusão dos sujeitos, já que viabiliza as tomadas de decisões pelos próprios envolvidos, portanto, pautada no modelo democratizante de participação do cidadão, transformando os conflitos vivenciados.

Buscou-se ainda a contribuição de teóricos contemporâneos que discutem a mediação de conflitos enquanto efetiva possibilidade de tratamento de conflitos e promoção da justiça, como Lília Maia Sales, Malvina Muskat e Cláudia Grosman.

A MEDIAÇÃO TRANSFORMANDO CONFLITOS FAMILIARES

Na busca de reduzir a ideia de justiça como uma função burocrática estatal e encontrar possibilidades mais eficazes para equacionar as dificuldades relacionais humanas, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário em 29/11/2010, por meio da Resolução 125/2010, que tem como órgão gestor o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Soluções de Conflitos-NUPEMEC e órgão executor da política os Centros Judiciários de Solução de Conflitos-CEJUSC.

Tal política tendente a assegurar a todos, o direito à solução dos conflitos por meios adequados a sua natureza e peculiaridade, em seu parágrafo único incumbe aos órgãos Judiciários, além da solução adjudicada mediante sentença e que vem gerando a chamada "cultura da sentença", oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, dentre eles, a mediação.

Importa considerar que a mediação apresenta-se como um meio aliado ao Poder Judiciário, pois como auxiliar na tarefa de resolução de conflitos, visa oferecer à sociedade brasileira outro meio de solução de controvérsias que se mostra para alguns casos, mais adequado, bem como objetiva ainda inserir a modernização ao Judiciário através da Política de tratamento adequado de conflitos de interesses. Na perspectiva de Sales (2004), para a sociedade, representa um meio democrático de solução de conflitos, na medida em que não somente reduz os processos na esfera estatal, como incentiva uma transformação cultural, a cultura do diálogo, da solidariedade.

Nesse passo, os estudos de Sales (2004), ainda dão conta de que a mediação consiste em reestabelecer laços entre as pessoas que estão de tal modo tão ressentidas que não conseguem visualizar nada de bom entre elas, portanto na mediação, pelo diálogo, elabora-se um elo entre as partes em busca da harmonia. Depreendendo-se que o processo judicial e a mediação não são processos antagônicos já que é direito fundamental do indivíduo a apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direitos.

Destarte, a mediação tem sua base no diálogo, e transformar ou não o conflito vivenciado pela família em uma fonte construtiva de crescimento vai depender da capacidade de comunicação dos envolvidos no processo, bem como de seus sentimentos, além do gerenciar suas diferenças por parte do mediador, no sentido de facilitar a comunicação entre eles, colaborando para a construção de um novo olhar.

De acordo com o entendimento de Grosman (2011), a comunicação é uma possibilidade de compreender e funcionar na construção, na reprodução e na transformação de processos relacionais em diálogo. Os conflitos são entendidos como parte de eventos comunicativos.

A Mediação constitui um processo consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência, incentivando a comunicação, sem, contudo, sugerir soluções, estas quando viáveis são construídas pelos próprios indivíduos participantes do processo, os mediandos, que, movidos pelo diálogo pacífico buscam os reais interesses que motivaram o conflito vivenciado.

Na prática da mediação, o que importa é a relação que se estabelece entre as pessoas. O objetivo do processo não se limita à gestão de conflitos, ou construção de acordo, e sim em recompor relacionamentos através do restabelecimento da comunicação e da promoção do autoconhecimento dos participantes, visando preservar os laços que a vinculam e prevenir conflitos futuros, já que a mediação é utilizada entre pessoas que mantém relações de continuidade. Nessa perspectiva o acordo acaba sendo consequência da real comunicação entre elas. É pautada no diálogo, e conta com a participação ativa dos sujeitos envolvidos no processo, assim, para Sales (2004, p. 23),

> *Mediação procede do latim mediare, que significa mediar, dividir ao meio ou intervir. Estes termos expressam o entendimento do vocábulo mediação, que se revela um procedimento pacífico de solução de conflitos. A mediação apresenta-se como uma forma amigável e colaborativa de solução das controvérsias que busca a melhor solução pelas próprias partes.*

Nesse contexto, a mediação é considerada e se efetiva em um processo que transcende o conflito a ser resolvido, transformando-se em uma ferramenta educativa que busca uma responsabilização dos envolvi-

dos no cumprimento dos compromissos assumidos no decorrer e após o processo de mediação em que participaram.

A mediação, fundamentada em uma relação dialógica, onde a linguagem é a forma dos sujeitos expressarem sua intersubjetividade, vem despontando como ferramenta importante na solução de conflitos de interesses, que muitas vezes o aparato instrumental-legal tenta resolver sem sucesso. Sob esse aspecto pode-se dizer que no contexto da mediação, a ênfase é no consenso e não na competição, onde as decisões são tomadas pelos próprios envolvidos em que tudo se constrói pelo diálogo, pela filosofia da discussão sobre os impasses, comportamentos, direitos e deveres.

O ENCONTRO DIALÓGICO NA MEDIAÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS

Foram utilizados como fundamento para esse artigo a perspectiva filosófica de Martin Buber por intermédio das palavras – princípio EU-TU e EU-ISSO, que não são vocábulos isolados, mas pares de vocábulos que fundamentam uma existência na compreensão da dimensão relacional do homem no mundo, bem como a relação dialógica presente na mediação.

Buber (1977) teve como intuito apresentar uma ontologia[1] da existência humana, explicitando a vida em diálogo expressa pelas seguintes categorias: palavra, relação, diálogo, reciprocidade, inter-humano, categorias essas elencadas na introdução da edição brasileira de sua obra EU-TU.

No momento em que se entende a mediação como criadora de comunicação entre os indivíduos envolvidos no conflito e ainda apresentando-os como responsáveis por sua solução, percebe-se que além da solução da controvérsia, pela visão positiva de conflito e pela participação ativa dos conflitantes via diálogo, configurando a responsabilidade pela solução, vislumbra-se a prevenção do conflito, a inclusão social (conscientização de direitos e acesso à justiça) e a paz social.

Nesse contexto, ver na mediação a relação humana, em suas dimensões privada e política, antes que ser essencialmente violenta é, na verdade, uma travessia em direção ao Outro, ocorrendo no sentido de olhá-lo como igual em sua condição humana e sacralidade. Aquela que, sendo ou não meu adversário, compartilha comigo uma raiz fundamental: a humanidade. Aquele pelo qual eu tenho responsabilidade (MENDONÇA, 2009).

1 Ontologia (em grego ontos e logoi, "conhecimento do ser") é a parte da filosofia que trata da natureza do ser, da realidade, da existência dos entes e das questões metafísicas em geral.

Para que haja êxito na mediação do conflito essa comunicação só será possível graças à relação face a face, graças ao olhar, fundamental ponto de partida para a relação com o outro. É através da troca de palavras que nós conhecemos o outro e nos fazemos conhecer por ele. Esta é uma ação sem violência, na medida em que me exponho ao outro e renuncio a toda dominação. (MENDONÇA, 2010).

Na compreensão de Buber (1977) a palavra princípio EU-TU fundamenta o mundo das relações e são divididas em três esferas: a vida com a natureza, a vida com outros homens e a vida com Deus. Vamos nos limitar aqui a esfera da relação do homem com o outro homem.

Nas relações entre os homens é a participação efetiva e recíproca entre ambas as partes, por meio do diálogo, o essencial. As palavras-princípio estão relacionadas ao homem ao longo de sua existência e permite-lhe estabelecer relações, que são caracterizadas pela palavra princípio EU-TU. Tais palavras nos permite estar na relação com o outro, para Buber (1977, p. 2/18):

> *[...] o homem só se torna EU, na relação com o TU [...]. A relação é reciprocidade. Meu TU atua sobre mim assim como eu atuo sobre ele, o diálogo na relação EU-TU se caracteriza pela presença e abertura do outro. Ainda segundo Buber, o diálogo autêntico funda-se numa relação de reciprocidade, e sendo esta reciprocidade existencial, ela pressupõe semelhanças e diferenças, que colaboram para o enriquecimento da relação.*

Liberdade e decisão são categorias fundamentais para Buber, no que tange à comunicação dialógica.

Este entendimento converge para os princípios da mediação: um princípio é o da liberdade dos indivíduos em participar da mediação, que é uma prática voluntária, sendo o querer aceitar o chamado para travar um diálogo capaz de desenvolver um sem número de possibilidades que veem em si mesmos e no seu contexto. Isto leva ao reconhecimento da diferença e à restauração da confiança e ao fortalecimento dos ideais de comunhão. Outro princípio é o da não-competitividade, já que a mediação estimula um sentimento de cooperação e solidariedade. Sobre a filosofia do outro em Buber, em hipótese alguma o Outro pode ser um objeto. Por último temos vinculado à relação dialógica, o princípio do poder de decisão na mão dos conflitantes (VON ZUBEN, 1977 apud BUBER, 1977).

Na dinâmica da mediação o cuidado com o outro consiste em transcender a si mesmo e aceitar o chamado do outro a estar com ele para estabelecer relações interpessoais de entendimento, de amizade, de amor, o qual exige confiança, reencontro, novidade. O cuidado com o outro, situa-se entre a atenção às exigências dos outros e a valorização das próprias possibilidades.

Assim sendo, é possível se perceber que na medida em que as pessoas se permitem adentrar no processo da mediação a fim de dirimir seus conflitos, há uma partilha de intenções, necessidades, medos e limitações, oportunizando uma reflexão sobre o real interesse do conflito.

A PRÁTICA DE MEDIAÇÃO NO TRIBUNL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

Visando dar cumprimento ao disposto na Resolução 125/10-CNJ e Emenda, no que concerne a implantação da Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos, foi criado através da Resolução nº 011/2013-GP, de 18/12/13, o Centro Judiciário de Solução de Conflitos das Varas de Família- CEJUSC- VF, que é uma unidade do Poder Judiciário, que tem como finalidade realizar sessões e audiências de Conciliação e Mediação, em ações que envolvam conflitos familiares, dando suporte às oito varas de família do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

A equipe atual do CEJUSC-VF é formada por uma Juíza coordenadora, duas mediadoras, uma auxiliar judiciária, e uma voluntária. O serviço é oferecido às famílias em situações conflitantes que não conseguiram ter êxito em resolvê-las no seu interior, buscando a intervenção da Justiça para a solução de suas contendas que, após a análise do Juízo e verificada a possibilidade, é encaminhada para a mediação de conflitos familiares.

É sabido que a família, por se constituir em caixa de ressonância dos problemas sociais, desenvolve-se atrelada às mazelas das relações sociais, como as relações de poder, violência, dominação de gênero, desemprego, desassistência, exploração econômica, dentre outros; conjuntura essa que produz uma série de conflitos no espaço da vida familiar aqui sintetizados: Separações judiciais, divórcios litigiosos, pais e mães disputando guarda de filhos/as, negação do direito de convivência dos filhos/as com o pai ou com a mãe por parte daquele que detém a guarda, como forma de punir o outro pela separação,

crianças e adolescentes que sofrem negação de alimentos pelos pais e /ou mães, situações de indivíduos portadores de necessidades especiais que precisam ser interditados e legalmente representados por parentes ou terceiros.

O procedimento da mediação no caso do Tribunal paraense pode ser instaurado tanto mediante despacho do Juízo, como previamente ao processo judicial a pedido das partes ou advogados.

Destarte, é importante considerar que o modelo do sistema de Justiça utilizado nesse Tribunal sempre foi o de executar sentença, determinando sempre quem ganha e quem perde. Neste sentido, a mediação de conflitos vem como um instrumento moderno de transformação institucional, visando o atendimento mais humanitário e satisfatório, atendendo às necessidades de cada um, eliminando a presença do binômio ganhador/perdedor.

Nesse contexto é que está funcionando o Centro Judiciário de Solução de Conflitos Varas de Família no judiciário paraense com o intuito de dar respostas positivas às famílias em suas relações prejudicadas pelos conflitos. Os resultados do CEJUSC-VF no período de Janeiro de 2014, data em que efetivamente iniciou o seu funcionamento, a Dezembro de 2016, ou seja, quase três anos desde a sua implantação, apresenta-se a seguir:

Tabela 01: Número de processos recebidos e percentual de acordo de processos atendidos no Centro Judiciário de Solução de Conflitos-Varas de Família do Tribunal de Justiça do estado do Pará no período de 01/2014 a 12/2016

Ano	Processos Recebidos	%
2014	24	41.18
2015	1141	82.55
2016	1185	69.19

Fonte: Dados da pesquisa, 2017.

Pode-se observar a partir das tabelas, o resultado da mediação como representado no percentual de acordos realizados nos processos atendidos no CEJUSC-VF. Quando existe a transformação do conflito, através de sua ressignificação, aceitando as divergências existentes de forma transparente, utilizando-se o diálogo como ponto de partida, aprimorando a forma de se comunicar, abre-se uma oportunidade para a transformação de comportamentos das pessoas que ora vivenciam situações conflituosas, oportunizando o aprendizado de uma forma pacífica e participativa de se comunicar. Isso não quer dizer ausência de conflitos, mas um processo positivo e inclusivo favorecido pela compreensão e colaboração mútuas.

Observa-se que a mediação acaba por ser uma ferramenta fortalecedora de uma cultura inclusiva e pacífica. Inclusiva, na medida em que as pessoas envolvidas participam efetivamente da solução de seus conflitos e pacífica por possibilitar o diálogo entre elas, permitindo uma boa administração e transformação de suas controvérsias.

Esse pensamento reforça a ideia de que todos tem ferramentas para resolver seus próprios problemas, por meio do diálogo e da cooperação, gerando neles discernimento e comprometimento acerca de seus direitos e deveres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse artigo pretendeu-se a reflexão sobre a mediação como ferramenta possível na transformação de conflitos judicializados, necessário se faz evidenciar que o pensamento presente utilizado até então pelo Judiciário passa por um processo de ressignificação, tendo em vista não mais encontrar consonância na realidade. Nesse cenário, novas formas de democratização invadem a seara jurídica, oportunizando àqueles, antes afastados das esferas de decisão, os jurisdicionados, possam também se comprometer e se responsabilizar no processo do qual fazem parte.

Na proposição de nova ferramenta para o tratamento e solução de conflitos, pautada na mediação com participação ativa dos sujeitos nesse processo, por intermédio do diálogo, vislumbrou-se um novo viés de solução de conflitos, neste, que não permitia interferências alheias, como é o Poder Judiciário.

Sem dúvida, a mediação de conflitos passa a se constituir em ferramenta de extremo poder de intervenção dos cidadãos chamados a questionar sobre seus argumentos e peculiaridades em prol da resolução de suas controvérsias. E por se tratar de um processo recente no contexto brasileiro, é óbvio que muitas dificuldades são encontradas, seja de ordem institucional, de divulgação ou credibilidade; até o amadurecimento dessa nova ferramenta de composição nos conflitos, mas é inegável também que não se pode descartar sua efetividade, enquanto opção ao modo de operacionalização do judiciário, até então.

A fim de dar continuidade à efetivação da mediação de conflitos judicializados ou não, faz-se necessário, uma mudança de mentalidade no Judiciário, redefinindo junto aos operadores do direito o conceito de tratamento de conflitos, de ganhar na justiça, e na atenção ao interesse do jurisdicionado; para que de forma conjunta se construa um modelo capaz de fazer frente às dificuldades encontradas na maturação desse processo, com o objetivo maior de ter uma justiça democrática onde o Poder Judiciário possa ouvir e atender o cidadão em seus reais interesses.

Por fim, este artigo não só teve como objetivo uma reflexão acerca das possibilidades da transformação de conflitos familiares judicializados através da mediação, mas, sobretudo, quis promover uma reflexão acerca da mediação como forma de bem administrar as relações sociais existentes, nessa sociedade anomica, competitiva, desigual, violenta e não solidária em que vivemos, para que as pessoas mantenham seus vínculos afetivos e possam construir, a partir da participação, responsabilização e diálogo para com seu próximo, uma sociedade fundada na solidariedade, inclusão e na paz social. •

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUBER, Martin. **Eu e Tu**. 2. ed. São Paulo: Editora Moraes, 1977.

GROSMAN, Cláudia Fankel. A comunicação e o gerenciamento do conflito na mediação. In: GROSMAN, C.F., MANDELBAUM, H.G. **Mediação no judiciário**: teoria na prática e prática na teoria. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

MENDONÇA, Kátia. Entre a dor e a esperança: educação para o diálogo em Buber. In: **Anais...** X Congresso Luso Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, Braga, 2009.

MENDONÇA, Kátia. Da violência: acerca do mal no pensamento de Martin Buber e Emmanuel Levinas. In: **Anais...** II Seminário Nacional Sociologia e Política, Curitiba, 2010.

MUSZKAT, Malvina. Ester. **Mediação de conflitos**: pacificando e prevenindo a violência. São Paulo: Summus Editorial, 2003.

SALES, Lilia Maia de Morais. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

A Importante Função das Convenções Processuais na Mudança da Cultura do Litígio: A Interligação entre Consensualidade e Convencionalidade

Ludmilla Camacho Duarte Vidal
Mestre em Direito Processual (UERJ). Pós-graduada em Direito Processual (UFJF). Pesquisadora visitante da Universidade Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Graduada em Direito (UFJF). Advogada.

RESUMO: O instituto das convenções processuais decorre de um novo formato de processo, orientado pela cooperação e pelos padrões leais de conduta das partes e do Estado-juiz, os quais são erigidos da boa-fé processual e do contraditório-influência, que, por sua vez, é lastreado na democracia pluriparticipativa inerente ao Estado democrático de direito. O direito processual civil, compreendido no paradigma contemporâneo, segue firme na tendência de equacionar consensualidade e convencionalidade, gerando possibilidades mais amplas a fim de que a tutela jurisdicional seja compatível com as características reveladas pela desavença. Nessa linha, o presente artigo objetiva promover reflexões sobre a função das convenções processuais inseridas no cenário hodierno de redimensionamento das técnicas de pacificação dos conflitos, de adaptabilidade processual e de fomento, pelo Código de Processo Civil de 2015, acerca da importância dos métodos adequados de solução de litígios.

PALAVRAS-CHAVE: Convenções processuais; consensualidade; convencionalidade; adequação processual; acesso à justiça.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Convenções processuais como técnica consensual e convencional sob o paradigma do processo civil contemporâneo. 3. Adaptação processual por iniciativa das partes a partir da celebração de convenções processuais. 4. Causas que admitam solução decorrente de autocomposição como um dos limites objetivos do acordo processual. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O tema das convenções processuais encontra-se na pauta do dia. Podemos enxergar nesse cenário de esperanças, conquistas e também de incertezas que acompanham o início da vigência do Código de Processo Civil de 2015, diferentes visões em relação à pratica dos negócios jurídicos processuais. Possíveis opiniões extremadas são reveladas e pré-compreensões externadas: seria uma privatização do processo?

Em verdade, esse não coincide com o ângulo de análise adequado para a compreensão do tema, muito pelo contrario. O instituto das convenções processuais perfaz um dos resultados mais evidentes da conquista de um modelo de processo orientado pela cooperação e pela ética, que se diferencia por completo de qualquer regresso à concepção individualista do sistema processual. Dessa forma, não se relaciona com a atuação exclusiva pelas partes como *dominus litis*, mas sim no empoderamento destas a fim de equilibrar a interação com os poderes públicos desempenhados pelo Estado-juiz.

Uma das contribuições mais notáveis sobre a ampliação do espectro de possibilidades das convenções processuais em relação ao código anterior, o qual já albergava em seu artigo 158 uma cláusula geral de negociação processual atípica para além das hipóteses típicas espalhadas ao longo do diploma, consiste justamente na promoção do acesso à justiça mediante a criação de um novo caminho de resolução de conflitos.

Ao partirem de uma técnica de negociação processual respaldada na consensualidade, ainda que o objeto do acordo das partes não coincida propriamente com o direito material discutido, mas com o modo de resolvê-lo em um processo pendente ou potencial, a convenção processual instaura aquilo que denominamos de *terceira via integrativa*. Isso porque não se trata da instauração da arbitragem, porquanto inserta no ambiente do poder judiciário, porém se diferenciam do procedimento padronizado pela norma processual, sendo essa alteração realizada median-

te a manifestação de vontade das partes as quais ostentam a aptidão para consentir e conformar o conteúdo e os efeitos dos atos processuais.

Trata-se, indubitavelmente, de uma nova perspectiva de litigância. Nela, são realizadas possíveis gestões dos riscos de eventual demanda quando, principalmente, o acordo processual for prévio à sua instauração, além de atuar como uma ferramenta de adaptação processual pela iniciativa partes, que, como será visto adiante, podem celebrar convenções processuais no intuito de adequar o procedimento às intercorrências do litígio, hipótese em que é mais comum o ajuste de convenções processuais incidentais, também chamadas de interlocutórias.

Com efeito, esse é o objetivo do artigo: demonstrar como o instituto convencional em destaque interage e contribui para a dimensão de novas técnicas e métodos empreendidos na pacificação dos conflitos, principalmente no estímulo de mecanismos consensuais decorrentes configuração da sociedade pós-moderna, cuja presença do Estado é orientada, sobretudo, para a prospecção (*pro futuro*), isto é, um Estado *incitador de comportamentos* – e não meramente opressor de condutas ilícitas ou antijurídicas – no qual as relações intersubjetivas se fundem em uma mobilidade altamente célere, ínsita a uma atividade operacional de constante criação e recriação do direito.

2. CONVENÇÕES PROCESSUAIS COMO TÉCNICA CONSENSUAL E CONVENCIONAL SOB O PARADIGMA DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Entre as vertentes estruturantes do Código de Processo Civil, salta aos olhos a *política pública de fomento à autocomposição*, segundo a qual o legislador de 2015 deixou claro a importância do diálogo[1] ao dispor sobre o dever dos agentes jurisdicionais de priorizar o desfecho democrático e consensual dos conflitos[2], consoante preconizam, *verbi gratia*, os artigos 3º, § 3º; 165, *caput*, 139, inciso V; 221, parágrafo único.

É relevante destacar, no que concerne ao artigo 3º do CPC/2015, que há uma sutileza entre o conteúdo normativo que este veicula, e o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.[3]

1 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (org.). *O novo Código de Processo Civil anotado e comparado*, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.99-100.

2 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. Novos desafios da mediação judicial no Brasil: a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. In: MEIRELLES, Delton; MARQUES, Giselle. *Mediação: um panorama atual*, vol. I, Niterói: UFF/PPGSD, 2014, p.06-20, p.08.

3 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do artigo 3º do CPC/2015. In: *Revista de Processo*, v. 254/2016, p.17-44.

Não restam dúvidas, após a leitura do dispositivo supra do CPC/2015, que este converge com o entendimento segundo o qual a concretização do acesso à justiça se efetiva por meio de decisões adequadas, resultantes do processo de envergadura garantista *não* restrito aos limites institucionais do poder judiciário e, se dentro dele, não coaduna com a ideia de que o procedimento só possa refletir o modelo padrão previsto na lei, sem que seja possível, pela manifestação de vontade das partes, que estas interfiram na conformação dos atos processuais.

Na realidade, desponta-se o estímulo a técnicas apropriadas à filtragem do conflito para a verificação do método jurisdicional adequado – jurisdição estatal, mediação, conciliação, arbitragem etc. – e técnicas de flexibilização processual,[4] proporcionando soluções aos conflitos nas situações em que a ferramenta disponível for a mais compatível com o litígio. Indubitavelmente, a *marca da consensualidade*[5] coincide plenamente com uma das principais características da jurisdição contemporânea, coadunando-se com tentativa de superação da verticalidade sócio-posicional entre Estado e indivíduo. Em completa dissonância em comparação aos modelos paradigmáticos liberal e social de processo, em que os sujeitos do processo se mantinham completamente afastados, atualmente, o Estado tem demonstrado uma menor preocupação em *impor* a decisão, a ordem ou o comando, e mais disposição em *dialogar, participar* e *estimular a composição* entre as partes[6], inclusive quando também atua na qualidade de parte.

Essa nova mentalidade, promovida pelo redimensionamento hermenêutico constitucional irradiou os ramos do direito público, como o direito administrativo, o direito penal, o direito tributário etc.; e não poderia ser diferente com o direito processual civil. Referimo-nos, portanto a uma mentalidade de *equacionamento das relações de poder* entre juris-

4 Por todos: GAJARDONI, Fernando. *Flexibilização Procedimental: Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual.* Coleção Atlas de Processo Civil, Coord. Carlos Alberto Carmona, São Paulo: Atlas, 2008.

5 CADIET, Loïc. Propos introductif; "faire lien". In: *La contractualisation de la production normative.* Sous la direction de Sandrine Chassagnard-Pinet, David Hiez. Paris: Dalloz, 2008, p.178.

6 Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna reconhecem que há uma readequação do diálogo entre jurisdição e jurisdicionado, e em razão disso, o próprio Estado deverá passar por um realinhamento global das suas funções institucionais. Na visão dos autores, e com os quais concordamos, a readequação do diálogo repercute no direito público por meio de uma espécie de "recomposição geométrica" da relação entre administração e administrado, "fazendo com que a verticalidade estrita (a ordem, o comando ou a imposição) ceda espaço para uma construção mais horizontal (o diálogo, a participação ou a concertação)". *Cf.* Os "acordos processuais" no projeto do Novo CPC – aproximações preliminares. Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, v. 39, 2015. Disponível em: http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/index.jsp?ipg=194778. Acesso em: 20 abr. 2015.

dição e jurisdicionado, entre administração e administrado, entre magistrado e partes.[7]

As convenções processuais refletem essa ideia ao partirem de um novo paradigma processual. São pautadas na consensualidade somada à *convencionalidade*. No entanto, não se referem às negociações das partes com o fito de solucionar o conflito, ou seja, de colocar um ponto final, resolvendo a situação litigiosa. Sob essa ótica, as convenções processuais não aludem ao direito material propriamente dito, porquanto não dizem respeito ao acerto da questão substancial, vale dizer, ao fundo de direito em discussão. Portanto, não objetivam a superação da controvérsia mediante a adoção de ferramentas consensuais, *v.g.*, conciliação, mediação e arbitragem, em que, se for exitosa essa prática, o processo não seria necessário em razão da resolução definitiva do conflito.

Em verdade, as convenções processuais não se voltam a pôr fim ao conflito; destinam-se tão somente a regulamentar as "regras do jogo" conforme seja acordado pelas partes. Funcionam como o "instrumento do próprio instrumento"[8] ou como uma via metaprocessual, tendo em vista que representam acordos sobre os atos processuais das partes para a modificação do procedimento ou de suas situações jurídicas processuais, não com vistas à disposição do direito material, mas acordos de natureza processual.

Reside, neste ponto, um sério equívoco acerca dos acordos processuais: não necessariamente a existência do litígio representa óbice aos ajustes de pontos estratégicos na estruturação do processo.

Havendo a possibilidade de o ajuste processual ser pactuado pelas partes antes da inflamação ocasionada pelo conflito e dos dissabores da desavença, a chance poderá ser maior em relação àquelas incidentais, as quais, na maioria das vezes, aludem com maior frequência à disciplina do procedimento e menos sobre as posições jurídicas processuais das partes, geralmente estipuladas antes da configuração do litígio. Entretanto, nada impede que instaurada a demanda, o desacordo em relação à *res in iudicium deducta*, não o seja sobre o procedimento ou o processo.

7 SERVERIN, Evelyne. La direction de l'instance civile, en tension entre principe dispositif et contraintes de gestion. Parte 1 : La maîtrise du procès par les parties au regard de la jurisprudence récente. In: *Le procès est-il encore la chose des parties? Collection : Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc.* Laurence Flise, Emmanuel Jeuland (Dir.). IRJS Editions, 2015, p.72; ROMÃO, Dalila. Arbitragem e Administração Pública em Portugal. In: *Revista de Arbitragem e ediação*. WALD, Arnoldo (Coord.). *Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Comparado*, 2009, p.193-194

8 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das Convenções Processuais no Processo Civil.* Tese de Doutorado. Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2014. p.110.

O Código de Processo Civil de 2015 vem a autenticar o sobredito cenário de prestígio do discurso consensual, democrático e cooperativo, catalisador do equilíbrio entre o princípio dispositivo material e processual, que consagra a liberdade das partes na esfera processual[9] e do exercício do poder jurisdicional não restrito ao poder judiciário.

Consta previsão expressa sobre a cooperação como dever essencial observado por todos os sujeitos do processo, especialmente pelo Estado-juiz (lealdade processual e previsibilidade, por exemplo), de modo que todos cooperem entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (artigo 6°). Destarte, a legislação de 2015 contempla vários dispositivos que possibilitam o exercício da autonomia das partes, sendo-lhes facultado estipularem o tracejo do procedimento e do processo de modo amplo e atípico (artigo 190) - desde que respeitadas certas limitações, que, diga-se de passagem, não são restritas ao disposto no artigo 190, *caput*, e parágrafo único.

O próprio cenário de cooperação e de domínio do contraditório-influência é que nos permite tratar do instituto em consonância com sistema atual; as convenções processuais representam uma contribuição relevante de equalização dos vetores de liberdade das partes com os poderes do Estado-juiz, e é no sistema atual que encontra adequada delimitação.

Veja-se que os acordos processuais obtêm lugar no sistema atual justamente porque nele é que se encontram balizas mais seguras de concretização. O Código atribui destaque às convenções processuais típicas com a ampliação de suas hipóteses de incidência e inaugura uma *cláusula geral de negociação processual*, segundo a qual as partes podem dispor, além das regras de procedimento previstas em lei, sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. O controle do Estado-juiz sobre as convenções processuais é previsto no art. 190, parágrafo único do Código de 2015, o qual deverá constatar os requisitos de validade previsto no *caput* – processo versando sobre direitos que admitam a autocomposição e partes plenamente capazes –, podendo recusar a aplicação de determinada convenção processual no caso de esta ser nula, inserida de forma abusiva em um contrato de adesão ou que coloque alguma das partes em uma situação de manifesta abusividade.

9 Fredie Didier Jr. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. *Negócios Processuais - Coleção Grandes Temas do Novo CPC,* Coord. Geral DIDIER JR., Fredie, Coord. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Salvador: Juspod*i*vm, 2015, p.21

Há de se notar, nesse contexto, a importância do instrumento em comento, que ao propiciar a consensualidade, apresenta novas saídas aos métodos de resolução de conflitos, ainda que o objeto do acordo processual, que, como mencionado, será controlado pelo Estado-juiz, não seja propriamente o fundo de direito material em discussão no processo, mas sim as disposições das partes sobre as suas posições processuais ou alterações do procedimento previsto pela lei.

3. A ADAPTAÇÃO PROCESSUAL POR INICIATIVA DAS PARTES A PARTIR DA CELEBRAÇÃO DE CONVENÇÕES PROCESSUAIS

O acesso à justiça possui como corolário o direito à utilização de técnicas processuais adequadas conforme as necessidades apresentadas pelo direito material discutido. Com efeito, a tutela jurisdicional, analisada dentro do âmbito do poder judiciário, deve refletir uma sequência de atos processuais atrelados a técnicas apropriadas ao tratamento do caso.[10] Mediante breve regresso na evolução do processo civil, sua primeira fase metodológica, sincretismo ou "praxismo", se caracterizava em função da indiferença do processo como ciência autônoma e no que diz respeito à existência da relação jurídica processual.

A partir da segunda metade do século XIX, a visão do processo civil enquanto mero apêndice do direito material sofreu um redimensionamento para outro extremo, surgindo o que se denominou de "processualismo científico", no que restou, em contrapartida, inviabilizada a aproximação do instrumento processual em relação à natureza material do litígio. Nesse momento, a técnica processual demonstrava-se fechada e completamente indiferente ao mundo exterior dos fatos; um grave equívoco responsável pela falta de efetividade dos institutos processuais, alheios aos acontecimentos da vida.

Deveras, "houve uma lamentável confusão entre a autonomia científica, a instrumentalidade e a neutralidade do processo em relação ao direito material".[11] Posteriormente, constatou-se que, em função de o direito processual civil consistir em disciplina cientificamente autônoma e instrumento de afirmação do direito substancial, por óbvio que este não

10 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: teoria do processo civil, v. I, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.124-p.280.

11 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: teoria do processo civil, v. I, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.287.

deveria ser neutro à realidade dos conflitos.[12] Sendo assim, as formas de tutela jurisdicional devem ser plenamente capazes de atender ao direito material e à estrutura própria dos conflitos em consonância com suas especificidades, servindo de condutor para que o processo atinja, efetivamente, os fins aos quais foi criado.[13]

No que tange às convenções processuais, estas devem ser examinadas sob o prisma do amplo acesso à justiça, mormente sob a perspectiva da terceira onda renovatória desenvolvida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth no intitulado "Projeto Florença", no que alude à utilização de técnicas jurisdicionais adequadas, internas ou exteriores ao processo de natureza estatal, para resolução adequada dos conflitos, de acordo com as características do caso concreto.

Paralelamente ao incremento dos métodos adequados de resolução de conflitos (ADRs[14] ou MASC), sendo os mais recorrentes, a arbitragem, a mediação e a conciliação, também foi constatada a necessidade de serem criadas ou aperfeiçoadas novas técnicas para a concretização da "tutela jurisdicional adequada",[15] sendo estas previstas pela legislação, implementadas pelo Estado-juiz ou resultantes do consenso *das partes*. As duas últimas técnicas obtêm respaldo no princípio da adaptabilidade processual.[16] A segunda denota maior grau previsibilidade na aplicação de regras do procedimento e ostenta acentuado viés colaborativo.

12 "Ora, os institutos do processo dependem das estruturas não apenas das normas que instituem direitos, mas também das formas de proteção ou de tutela que o próprio direito substancial lhe confere. No Estado Constitucional, pretender que o processo seja neutro em relação ao direito material é o mesmo que lhe negar qualquer significado. Isso porque ser indiferente ao que ocorre no plano do direito material é ser incapaz de atender às necessidades de proteção ou de tutela reveladas pelos novos direitos e, especialmente, pelos direitos fundamentais". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: teoria do processo civil, v. I, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.287-288.

13 DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento.* Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Fredie%20Didier_3_-%20formatado.pdf, acesso em: 15 nov. 2016.

14 Um breve inventário do avanço dos ADRs no final do século XX foi realizado por Oscar G. Chase*, Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*, Trad. Sergio Arenhart e Gustavo Osna, São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.137-155.

15 Fredie Didier Jr. menciona que o princípio da adequação do procedimento consiste em um subproduto do princípio da adequação da tutela jurisdicional. Nessa ótica, para que se obtenha aquilo que realmente é de direito, faz-se necessário uma série de medidas, e entre elas está a criação de um procedimento adequado às idiossincrasias do direito. O autor relaciona os princípios da adequação e da adaptabilidade da seguinte forma: a adequação ocorre tanto no plano pré-jurídico, abstrato, (legislativo), a partir da construção de procedimentos compatíveis com o direito material – o que para Proto Pisani seriam as tutelas diferenciadas – quanto no plano concreto, pelo poder de adaptação, permitindo-se a alteração do procedimento conforme as exigências da causa. *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento.* Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Fredie%20Didier_3_-%20formatado.pdf, acesso em: 15 nov. 2016.

16 O princípio da adaptabilidade era visto por Piero Calamandrei como necessário mecanismo de tempero da excessiva rigidez do procedimento ordinário, único e invariável, para um procedimento adaptável às circunstâncias do caso a ser julgado. *Direito Processual Civil*, vol. I. Campinas: Bookseller, 1999, pp. 299-300.

Na realidade, foi com o decurso do tempo e do surgimento de problemas que careciam de técnicas processuais mais apropriadas à realidade do caso concreto e não contempladas pela legislação processual, que se começou a perceber a insuficiência do procedimento padrão em função do seu excessivo rigor formal, porquanto incompatível com todas as espécies de demanda.

Por outro lado, o procedimento especial, em razão de sua pulverização, se restringe a situações muito específicas. Assim, foi a partir da constatação de que os procedimentos especiais e comum demonstravam uma série insuficiências em relação às características do litígio, que passaram os juízes a empreender técnicas de flexibilização[17] voltadas à adaptação do procedimento ao caso concreto a ser resolvido[18] (adaptação subjetiva e adaptação objetiva). Percebe-se que a aproximação do *binômio processo-direito material*[19] não se dava, nesse momento, por iniciativa das partes, mas pelas mãos do Estado-juiz.

De fato, o poder de flexibilização pertencente ao órgão julgador, porquanto vedado às partes, representava irrefutável deformidade da visão publicista do processo civil, o qual repelia a concepção de que o princípio dispositivo estaria ligado à derrogação de regras do procedimento também pela vontade das partes. A possibilidade de modulação do procedimento permanecia amalgamada às prerrogativas do magistrado,[20] não

17 Com relação à alteração da ordem probatória e sua viabilidade por iniciativa do juiz, por exemplo, o STJ já em 1994 firmava entendimento favorável: Prova. Inversão na ordem prevista no artigo 452 do CPC. Ausência de prejuízo. Além de não ser peremptória a ordem estabelecida no artigo 452 do CPC, há parte de evidenciar o prejuízo que lhe adviria com a inversão ocorrida. Aplicação ao caso, ademais, da Súmula n. 283-STF. Recurso Especial não conhecido. (STJ - REsp 35786 SP 1993/0016147-4. 4ª Turma. Pub. em: 12/12/1994, DJ p. 34350, RSTJ v. 79 p. 238). O referido entendimento prevalece em vários julgados de outros tribunais: Agravo de Instrumento. Pedido de Falência. Prova. Inversão na ordem prevista no artigo 452 do CPC. Ausência de prejuízo não demonstrado. A ordem estabelecida no artigo 452 do CPC para a produção da prova oral não é peremptória, podendo ser invertida se ausente prejuízo às partes. Para que o ato seja invalidado são necessários alegações e demonstrações de que a inversão da ordem causou prejuízo, o que não resta caracterizado. Recurso provido. (AI 00392127720138260000 - SP 0039212-77.2013.8.26.0000. 2ª Câmara de Direito Empresarial. Pub. em: 15.07.2013. Agravo de Instrumento. Decisão monocrática. Ensino particular. Ação de indenização. Colheita de prova testemunhal e pericial. Cabimento do Agravo de Instrumento. Fundamentado no artigo 527, II, do CPC, 2ª parte, admissível o recebimento do recurso como Agravo de Instrumento. Possibilidade de decisão monocrática. Com base no artigo 557, caput, é possível negar seguimento ao recurso, por decisão monocrática do Relator. Mérito. A ordem do artigo 452 do CPC não é peremptória. Assim, nada impede que primeiro seja produzida a prova testemunhal e depois a pericial. (AI 70043293117 - RS. Relator: Gelson Rolim Stocker. 5ª Câmara Cível. Pub. em: 15/06/2011).

18 "Adaptar é dar a solução adequada ao caso. É o processo sob medida. Assim, para certos casos, o procedimento escrito melhor atenderá à lealdade e ao contraditório, ao passo que, em outros casos, o procedimento oral se mostrará mais eficiente". COSTA, Thais Mendonça Aleluia da. *A contratualização do processo civil francês: um novo horizonte para a adequação processual.* Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012, p.154.

19 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

20 Insta ressaltar que, conquanto não existisse no Código de Processo Civil de 1973 previsão expressa do poder de adaptação do procedimento pelo Estado-juiz, poderiam ser extraídos pela interpretação de alguns dispositivos,

havendo a possibilidade de as partes, por meio de um diálogo profícuo, convencionarem sobre o modo adequado deste ser processado. Ocorre que, se ao Estado-juiz devem ser atribuídos poderes de flexibilização processual,[21] não é razoável que a mesma iniciativa seja negada às partes, as maiores conhecedoras do contexto que compõe a situação litigiosa e as principais interessadas no desenvolvimento e no desfecho da demanda.[22] É nessa ótica que as convenções processuais, principalmente as atípicas, devem ser compreendidas: como um instrumento de tutela jurisdicional adequada pela adaptação procedimental por iniciativa das partes, com arrimo no princípio dispositivo em sentido processual ou princípio do debate *(Verhandlungsgrundsatz)*, manifestação do direito fundamental de liberdade no processo (autonomia) e corolário do princípio da dignidade humana.

Ademais, partindo-se do entendimento de que o procedimento perfaz um dos fatores de legitimação da função jurisdicional, sua aproximação ao contexto do direito material e aos reais anseios das partes contribuiria para a melhor aceitação da decisão após realizado o procedimento adequado.[23]

Sendo a demanda instaurada mediante a provocação das partes com a limitação do objeto litigioso, nos termos do artigo 2º, CPC – *nemo iudex sine actore*; *ne procedat ex officio* –, as quais possuem a iniciativa sobre os fatos e sobre as provas[24] é razoável sustentar a participação destas sobre a condução do processo,[25] desde que, obviamente, respeitados os limites impostos pelo ordenamento vigente.

Em verdade, o próprio artigo 2º do CPC, correspondente ao anterior artigo 262 do CPC, dispõe que, por iniciativa da parte, o processo seguirá pelo impulso oficial com a condução realizada pelo Estado-juiz. No entan-

entre eles, do artigo 330 (julgamento antecipado da lide), artigo 331 (audiência preliminar caso o direito material admitisse a figura da transação, outras providências preliminares e o despacho saneador), artigo 452 (ordem de produção de prova não peremptória – v. nota de rodapé n. 424 –) e artigo 461, § 5º (o rol exemplificativo das medidas executivas adotadas pelo juiz).

21 GAJARDONI, Fernando. Flexibilização procedimental. São Paulo: Atlas, 2008; LACERDA, Galeno. O Código como Sistema legal de Adequação do Processo. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul:* Comemorativa do Cinquentenário. Porto Alegre, 1976. Guilherme Peres de Oliveira. *Adaptabilidade judicial: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

22 CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti. In: *Rivista di Diritto Processuale, vol. LXX (II Serie), anno 2015*. Milano: Cedam, 2015, p.53.

23 MACEDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. In: *Revista de Processo*, n. 241. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.464.

24 RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A fazenda pública no processo civil*, 2. Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016, p.377.

25 RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil.* Rio de Janeiro: GZ, 2014, p.194-195.

to, veja-se que o dispositivo não proíbe que os litigantes possam sobre ele disciplinar, com base no que podemos chamar de *impulso processual*. Foi com suporte nesse argumento que José Carlos Barbosa Moreira afirmou que, ainda que o legislador de 1973 não tivesse previsto a possibilidade de as partes celebrarem convenções processuais atípicas no artigo 158, "soaria exagerada a ilação de que no processo, ramo do direito público, devesse considerar-se proibido tudo que não fosse permitido".[26]

O Código de 2015 não deixa margens para dúvidas de que a flexibilização processual se dará por três formas: i) pela técnica legislativa pré-conflitual;[27] ii) pelas prerrogativas do Estado-juiz;[28] iii) por meio das convenções processuais, principalmente aquelas atípicas, pelas partes.[29] Indubitavelmente, a flexibilização por iniciativa das partes consiste em um dos principais desafios postos à doutrina e ao poder judiciário nos próximos anos,[30] vez que a prática é que revelará se o instituto cumpre a finalidade para a qual foi idealizado.

Além disso, devemos nos atentar para a situação de que a base das técnicas de flexibilização processual reside na compreensão sobre a técnica da tutela jurisdicional diferenciada.[31] Entretanto, a ideia inicial de

26 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual, In: Temas de Direito Processual, 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.91.

27 "A flexibilização por imposição legal ocorre quando o próprio legislador identifica, de antemão, as hipóteses passíveis de alteração do procedimento para melhor atender às especificidades da causa, de acordo com as peculiaridades do direito material controvertido, como ocorre no artigo 654 do CPC, que prevê a conversão do arresto em penhora". CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. In: Revista de Processo, n.241. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.503; V. ainda, LACERDA, Galeno. O código como sistema legal e adequação do processo. In: *Meios de Impugnação ao Julgado Civil: Estudos em Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira.* Coord.: Aroldo Furtado Fabrício. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.258.

28 No que alude aos poderes de flexibilização processual pelo magistrado no CPC, estes encontram-se expressamente previstos nos arts 139, 536 e 773, reconhecidos como "poderes atípicos do juiz de máxima efetivação da tutela jurisdicional", sejam aqueles genéricos, para qualquer momento processual, consoante as hipóteses do artigo 139, ou específicos para uma fase processual específica, v.g.: no cumprimento de sentença (artigo 536), ou na execução (artigo 773). Umas das inspirações ao legislador de 2015 adveio pela reforma do Código de Processo Civil de Portugal, Lei n. 41ƒ2013, admitindo a adequação formal pelo juiz desde que observadas algumas condicionantes. V. DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. *O novo código de processo civil, os negócios processuais e a adaptação procedimental.* Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/30191/novo-codigo-proc-civil-procedimental.pdf, acesso em: 17 nov 2016. Uma análise dos poderes do juiz de acordo com o CPC/2015 é realizada por Bianca Oliveira de Farias. Os poderes do juiz no novo CPC. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coord.) *Inovações do Código de Processo Civil de 2015.* Rio de Janeiro, GZ, 2016, pp.65-87.

29 Rafael Sirangelo de Abreu atribuiu ao sistema de flexibilização processual do CPC/2015 o signo de "customização compartilhada" à luz da divisão de trabalho entre partes e Estado-juiz. Customização processual compartilhada: o sistema de adaptabilidade no novo CPC. In: *Revista de Processo*. vol. 257, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.51-76.

30 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.113.

31 Expressão tutela jurisdicional diferenciada (*tutela giurisdizionali differenziata*) foi tratada por Andrea Proto Pisani originalmente em agosto de 1973 para se referir aos procedimentos direferenciado frente à crise do procedimento ordinarizado padrão, relacionados às necessidades apresentadas pelo direito material. Tutela giurisdizionali differenziata e nuovo processo del lavoro (premesse ala legge 11 agosto 1973 n. 533). In: *Il foro italiano*, vol. 96, n.9, 1973, p.206.

Andrea Proto Pisani não se confunde com a adaptação processual promovida pelas convenções processuais. De acordo com o autor peninsular, a tutela diferenciada decorre de previsões legislativas sobre procedimentos especiais, de cognição exauriente ou sumária,[32] *v.g.*, o procedimento sumário, o procedimento sumaríssimo dos juizados especiais, o procedimento monitório, a tutela inibitória, o procedimento do mandado de segurança etc.[33]

No caso do tema em estudo, a norma produzida obtém esteio na negociação processual. A partir disso, compreendemos que as convenções processuais são, na realidade, *complementares* à técnica da tutela diferenciada existentes na legislação, a qual, em virtude de ser muito fragmentada, não consegue abarcar todos os tipos de conflito que necessitam de adaptações no procedimento. Todavia, vale reafirmar, novamente, que a técnica de conformação dos atos processuais por iniciativa das partes, malgrado possua alguma ligação com a lógica da tutela diferenciada, não foi abarcada pelos estudos do peninsular Andrea Proto Pisani e, aliás, seria complicado que assim o fosse em virtude da identificação deste autor com dogmas questionáveis de publicismo processual.

Avançando, as convenções processuais equivalem a uma ferramenta virtuosa de incremento do acesso à justiça que traz a consensualidade de mãos dadas com a convencionalidade, vale reafirmar, um mecanismo de promoção de uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, por dois motivos notáveis.

O primeiro é que, ao representarem uma *terceira via integrativa* ou híbrida – nem arbitragem, tampouco o procedimento estatal previsto pela lei –, atraem para si as desavenças que poderiam ser solucionadas pela arbitragem e, aliás, os acordos processuais adquirem espaço ainda mais abrangente.[34]

Nesse panorama, a existência de certas desvantagens inerentes à arbitragem, como, por exemplo, o custo elevado, a inexistência de duplo grau de jurisdição, a falta de coercibilidade da decisão arbitral etc., podem acabar desmotivando os sujeitos em resolver o conflito perante uma instância arbitral. Os acordos processuais desvendam maiores possibili-

32 PROTO PISANI, Andrea. *Lezione di diritto processuale civile.* 6. ed., Jovene, 2014, pp.543-545.

33 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), 4. ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p.26.

34 Na arbitragem, o objeto são os direitos patrimoniais indisponíveis. Conforme será visto, o espectro das convenções processuais é mais amplo, e engloba, inclusive, os direitos indisponíveis, porém passíveis de autocomposição.

dades, vez que combinam as vantagens representas pela arbitragem com aquelas inerentes à jurisdição estatal.[35]

O segundo motivo é que as convenções processuais remontam, como visto, a possibilidade de flexibilização por meio da adaptação do procedimento conforme às especificidades do litígio, sendo essa aproximação entre processo e direito substancial é efetuada justamente pela iniciativa das partes.[36] A adaptação processual mediante o empoderamento dos litigantes perfaz uma das funções mais importantes das convenções processuais, cujo objeto são, afora a regulação das situações jurídicas processuais (ônus, poderes, deveres e faculdades), reitera-se, a disciplina dos atos processuais, vale dizer, o desenho do próprio procedimento.

Por essa visão, eleva-se o mecanismo à condição de agente catalizador da tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva[37] e, em última análise, o reconhecimento de um grande aliado do Estado constitucional e da concretização do princípio democrático na esfera do processo cooperativo. Como visto, a participação democrática no campo processual civil não se resume ao princípio da demanda, à iniciativa fática e probatória ou ao contraditório-participativo cujo controle do procedimento dialógico é aferido pela fundamentação analítica (regra de motivação) das decisões judiciais (artigo 10 e artigo 489, §1º, CPC).

Na realidade, o princípio democrático, em coordenação com esses fatores e, principalmente, em consonância com o princípio dispositivo em sentido processual ou princípio do debate, desvenda a possibilidade sobre a estruturação dos atos processuais para as partes adequarem o procedimento de acordo com suas reais necessidades ou conformarem as suas posições jurídicas processuais.

35 HÈRON, Jacques; LE BARS, Thierry. *Droit judiciaire privé,* 6. ed., Montchrestien: lextenso, 2015, pp.289-290.

36 Na realidade, essa não se refere a única técnica de conformação do direito processual e do direito material. Muito embora se trate de um modo diferente de aproximação, é possível nas convenções processuais prévias haver concessões materiais e processuais recíprocas. A partir disso, cumpre perceber a capacidade de o instituto aprimorar a performance jurisdicional, mais afinada com o direito material, por duas técnicas distintas e complementares, seja nos acordos pré-processuais, nos quais a margem de negociabilidade é inegavelmente mais ampla, realçando a técnica de planejamento negocial, ou nos acordos processuais incidentais para alterar as regras do procedimento legal pela utilização da técnica da adaptação por iniciativa das partes.

37 "As normas processuais contemporâneas, partindo do pressuposto de que o direito de ação não pode ficar na dependência de técnicas processuais ditadas de maneira uniforme para todos os casos ou para algumas hipóteses específicas, incorporam conceitos abertos, voltadas para a realidade, deixando claro que pode ser construída conforme as necessidades do caso conflitivo. O artigo 5º, XXXV da CF, ao garantir o direito à preordenação de técnicas processuais adequadas ao alcance da tutela do direito, não pode ficar à distância destas espécies de normas processuais e, além disso, da compreensão judicial da técnica processual à luz das necessidades carentes de tutela e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. I, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.331.

No processo, a autonomia se revela pelo princípio dispositivo, e desconsiderá-la representa violação ao núcleo essencial deste.[38] No que diz respeito ao momento adequado para celebrar e/ou introduzir as convenções no processo em tramitação, é importante ressaltar que aos ajustes cujo objeto se refere à derrogação de regras do procedimento legal antes da decisão final, ou a constituição, modificação e extinção de situações jurídicas processuais durante a fase cognitiva, o recomendável é que sejam trazidos ao conhecimento do Estado-juiz até o saneamento. Trata-se do momento de organização do processo, com a delimitação das questões controvertidas, admissão dos meios de prova, e das questões pendentes a serem resolvidas para o prosseguimento do feito.[39] Nesse contexto, o adequado seria, por exemplo, que a organização convencional do processo (artigo 357, §2º, CPC) fosse homologada em audiência de saneamento, sendo possível às partes alterarem ou ampliarem a causa de pedir e o pedido.[40]

Portanto, as convenções processuais representam um notável mecanismo de cogestão processual, as quais, pela possibilidade de envolverem algum ponto do procedimento precedentemente à prolação da sentença, devem ser internalizadas até a fase saneadora, no intuito de que a técnica convencional imprima, satisfatoriamente, a eficácia para a qual foi concebida.

4. CAUSAS QUE ADMITAM SOLUÇÃO DECORRENTE DE AUTOCOMPOSIÇÃO

Importante limitação de ordem objetiva para a validade das convenções processuais consubstancia-se na impossibilidade de se convencionar em matéria processual em sede de demandas que versarem sobre direitos materiais que não admitam a autocomposição. Percebe-se que não se fala em direitos indisponíveis, mas direitos submetidos aos resultados advindos da autocomposição, uma margem bem mais ampla de negociação, inclusive em relação à arbitragem, onde é imprescindível a patrimonialidade e a disponibilidade dos direitos materiais (*cf.* artigo 1º da Lei n. 9.307/96).

38 Assim também se posicionou Marco Antonio do Santos Rodrigues ao tratar da modificação da causa de pedir e do pedido como objeto de convenção processual celebrada pelas partes da demanda. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil.* Rio de Janeiro: GZ, 2014, p.190.

39 GRECO, Leonardo. O saneamento do processo e o projeto de novo código de processo civil. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. VIII, p.568-600.

40 Para um estudo completo: RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil.* Rio de Janeiro: GZ, 2014, p.187 *et seq*.

Consoante a redação do artigo 190, *caput*, do CPC passa a ser possível convencionar sobre a matéria processual e procedimental em causas que envolvam direitos suscetíveis à aplicação dos métodos conciliatórios, consensuais, considerando-se válidos os resultados da transação. [41] Todo direito disponível admite autocomposição, assim como alguns direitos indisponíveis. Outros direitos indisponíveis, pelo grau de indisponibilidade que comportam, tendem a não a admitir *prima facie* os resultados advindos da utilização de métodos autocompositivos,[42] como a transação (seriam, *e.g.*, os direitos da personalidade *stricto sensu* – e não o seu exercício em uma situação específica – e nas hipóteses de vedação expressa pela lei).[43]

Contudo, mesmo nos direitos materiais indisponíveis não sujeitos à negociação do fundo de direito material propriamente, ainda que haja restrições a graus de disponibilidade, em regra, o caráter não transacionável de um direito substancial indisponível não impede a celebração de convenções processuais, porquanto o direito em foco é de natureza processual e, portanto, não implica a disposição do direito material.[44]

Fato é que existem situações em que as convenções processuais podem afetar indiretamente o direito substancial posto em juízo, de modo a acarretar, entre outras consequências, o comprometimento, no processo, da apuração da verdade provável dos fatos narrados e, por decorrência, acabar impedindo a prolação de uma decisão justa. Essa é certamente a principal discussão que circunda a incidência das convenções processuais no campo probatório.[45]

41 GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. In: *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.3.

42 Por outro lado, de acordo com a visão de Jefferson Carús Guedes: "[...] há também interesses públicos e privados classificados preliminarmente como insdisponíveis, nos quais se admite a transação (regrada). Esses interesses ou direitos indisponíveis que admitem transação são de regra interesses ou direitos coletivos, patrimoniais públicos (de alienação autorizada por lei) e certos direitos privados, relacionados à personalidade (criações intelectuais) e outros". Ibid, p.5; TALAMINI, Eduardo. A (in)dispinibilidade do interesse público. Consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). In: *Revista de Processo*, vol. 128. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.134.

43 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras Reflexões sobre os Impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no Compromisso de Ajustamento de Conduta. In: *Revista de Processo*, vol. 256. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016, p.388.

44 *Cf.* o Enunciado n. 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual".

45 Não por outro motivo que o artigo 373, § 3º, inciso I, CPC faz menção a direitos indisponíveis para a inversão convencional do ônus da prova.

Por tal razão, um dos elementos atribuidores de licitude ao objeto dos acordos processuais alude à *impossibilidade de prejudicar o direito material em certo grau indisponível ou a sua tutela em juízo*. Essa interpretação parece-nos mais adequada porque permite a celebração de convenções processuais mesmo em causas envolvendo direitos indisponíveis e não transacionáveis, sem que se permita o prejuízo do direito material indisponível ou a sua tutela em juízo.[46]

Um exemplo são os ajustes processuais sobre o direito de família quando a indisponibilidade do direito versado não permitir qualquer tipo de autocomposição, equivalente aos direitos da personalidade *stricto sensu*, emanados da dignidade humana. Dentro desse contexto, não há óbice, *e.g.*, de convencionar acerca da extensão de prazo para a prática de ato processual em benefício do menor, tal como a inversão da ordem de produção de provas no resguardo do interesse do menor, a ampliação dos meios de prova etc.

A concepção de "direitos indisponíveis que admitam a autocomposição" coaduna-se com o desenho da jurisdição contemporânea, que abre espaços a uma ordem jurisdicional consensual mesmo nas relações publicistas onde há presença de interesses públicos e sociais (como no direito processual), rompendo com a ordem impositiva desligada da ideia de prospecção e da falta de consciência do importante compromisso que o poder judiciário desempenha para a tomada de decisões com reflexos políticos, de modo a orientar os comportamentos da sociedade *pro futuro* – diminuindo-se a litigiosidade –.

Converge com a ideia de Estado constitucional, erigido a partir do binômio liberdade e igualdade, ambiente adequado de horizontalização das relações entre indivíduo e Estado, entre Administração e administrado, e a propensão à consensualidade, coordenando com harmonia: função jurisdicional, democracia, tutela de direitos, eficiência, interesses públicos e privados e realidade social, política e cultural.

A Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) é promulgada com respaldo nesse realinhamento contextualizado de valores da atual configuração da sociedade e do direito. De acordo com o artigo 3º do diploma, será possível se valer das técnicas da mediação tantos nos conflitos que versarem

46 GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil,* v. 01, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.280; CÂMARA, Marcela Regina Pereira. A contratualização do processo civil? In: *Revista de Processo*, v.194. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.408.

sobre os direitos disponíveis, quanto nos direitos indisponíveis que admitam a figura da transação. O § 2º do dispositivo em destaque informa que consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deverá ser homologado em juízo, com a devida oitiva do Ministério Público. A mesma orientação é contida no artigo 334, § 4º, inciso I, CPC.

Percebe-se que o Marco Regulatório da Mediação no âmbito particular e da Administração Pública segue a mesma diretriz da normatização do artigo 190, CPC, ao demonstrar que o fato de a desavença envolver direitos materiais indisponíveis, não é óbice para afastar a possibilidade de se atingir a autocomposição.[47] A possibilidade de conjugar pacto de mediação e convenções processuais consiste em técnica interessante, recomendada e complementar, que gera maiores possibilidades para as partes sem o necessário ingresso à jurisdição estatal com os limites impostos pelo procedimento legal.

Uma outra discussão que por certo ultrapassaria os objetivos do artigo, mas que vale ser apenas lançada na oportunidade alude ao lapso – ou silêncio eloquente? – do legislador não ter definido expressamente no *caput* do artigo 3º da Lei de Mediação se os direitos em referência seriam aqueles pertencentes à orbita individual, ou se poderia se estender a permissão aos direitos metaindividuais.[48]

É previsto no artigo 17 da Resolução n. 118 do CNMP a possibilidade de as convenções processuais serem inseridas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta (TAC), contanto que celebradas de forma dialogal e colaborativa.[49] Ao menos é razoável concluir que a Resolução n. 118 do CNMP corrobora com o entendimento firmando de que os graus de indisponibilidade de direitos,[50] aqui especificamente os coletivos, não impede, *per si*, a utilização da prática em TAC firmando entre o *parquet* e o transgressor do dano coletivo.[51] Em verdade, cabe ao MP inclusive

47 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; et al. *O marco legal da mediação no brasil: comentários à Lei n. 13.140 de 26 de junho de 2015*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

48 Algumas alterativas ao problema foram sugeridas em: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras Reflexões sobre os Impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no Compromisso de Ajustamento de Conduta. In: *Revista de Processo*, vol. 256. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016, p. 371-409.

49 CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. Negócios Processuais. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira.* Salvador: Juspodivm, 2015, p.553.

50 A Resolução n. 118/2014 contém três artigos a respeito da utilização do mecanismo das convenções processuais em processos sobre direitos individuais ou coletivos nos quais o Ministério Público atue como parte. *Cf.* Enunciado n. 253 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

51 TALAMINI, Eduardo. *Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais.* Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044Um+processo+pra+chamar+de+seu+no-

fomentá-la, prestando assistência e orientação adequada aos cidadãos, assim como deve agir em qualquer prática consensual.[52]

De fato, sendo a negociação sobre matéria processual, vem a ser desnecessária a discussão acerca da extensão da classificação trazida pela Lei de Mediação aos direitos coletivos para se chegar à constatação da possibilidade de convencionar em matéria processual nessa seara, contanto que o tratamento de tais diretos não seja obviamente prejudicado.

Em caso de descumprimento da obrigação assumida no compromisso, serão eficazes as convenções processuais ajustadas pelas partes, vinculando-as em razão da manifestação da vontade formalizada, a fim de adaptar o procedimento à tutela jurisdicional que melhor atenda aos interesses metaindividuais na ACP competente, regular as situações processuais dos envolvidos e proteger o âmbito dos direitos fundamentais processuais. Uma observação importante: a *eficácia* da convenção processual, nesse caso, está condicionada a evento futuro e incerto, isto é, a uma condição suspensiva: o descumprimento dos termos do TAC.

Prosseguindo, há também de reconhecer a possibilidade de celebração de convenções processuais na esfera da Fazenda Pública,[53] geralmente decorrente de uma decisão administrativa tomada por agente público.[54]

Lorena Miranda Santos Barreiros alia a competência do advogado público para realizar acordos processuais aos seguintes fatores: i) o ajuste processual não poderá implicar em disposição, sequer reflexa, do direito material, a menos que ao advogado público tiver sido delegada competência para tal disposição; ii) não poderá ser celebrado se houver, no âmbito de atuação do ente público devidamente representado, regramento específico que vede a sua prática; iii) o respeito ao princípio da isonomia entre administração e administrados.[55]

---

ta+sobre+osnegocios+juridicos, acesso em 22 nov 2016.

52 CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. Negócios Processuais. In: *Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira.* Salvador: Juspodivm, 2015, pp.552-553.

53 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.663.

54 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.301.

55 SANTOS, Tatiana Simões. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública, Negócios Processuais. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira.* Salvador: Juspodivm, 2015, pp.507-517; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.313. Para aprofundar na análise, seria necessário recorrer a questões específicas que por certo fugiriam dos contornos do trabalho; além de ser preciso tratar dos protocolos administrativos, que não são objeto de averiguação deste estudo. Remetemos o leitor à obra: RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A fazenda pública no processo civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016, p.377 *et seq*.

A indisponibilidade e a supremacia do interesse público nas causas que envolva a pessoa jurídica de direito público não remonta à indisponibilidade do processo ou do procedimento legal; além disso, nem sempre a Administração Pública litigará em causa envolvendo direitos marcados pela indisponibilidade.[56] Os meios de garantir os interesses da coletividade são disponíveis e suscetíveis à escolha do administrador público,[57] que ostenta um poder-dever discricionário de buscar o melhor meio de garanti-los.[58] Um pouco mais a fundo, a doutrina tem compreendido que a regra geral é que os direitos envolvendo interesses públicos podem ser submetidos às instâncias autocompositivas, uma vez que essa indisponibilidade não seria absoluta,[59] apontando-se como barreira à negociação material a existência de previsão legal específica que vede a sua prática.[60] Trata-se de argumento favorável ao sustento dos negócios processuais realizados pela Administração Pública, haja vista que, nas causas de interesse público, os direitos seriam, sob essa ótica, indisponíveis, porém transacionáveis.[61] Todavia, aos fins de aproximar convenções processuais

56 Significativa alteração que confirma o exposto foi operada na Lei de Arbitragem, seara que exige patrimonialidade e disponibilidade de direitos.

57 "Cada advogado público, que tem poder para praticar atos processuais pode celebrar negócios processuais. Se o advogado público pode convencionar a suspensão do processo, escolher o procedimento a ser adotado, o meio de impugnação a ser utilizado, é porque pode celebrar negócio processual." CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.663.

58 Consoante enfatiza Marco Antonio Rodrigues: "[...] pode-se afirmar que a indisponibilidade do interesse público não configura óbice à utilização de meios consensuais à solução de controvérsias ou à arbitragem. Ao contrário, tais mecanismos podem promover uma tutela mais adequada ao interesse público em jogo. [...] Da mesma forma não há um óbice geral e abstrato que impeça a celebração de convenções processuais. " *A fazenda pública no processo civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016, p.376; p.379.

59 Em sentido contrário: MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.362-363; LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.203.

60 Discussão relevante gira em torno do artigo 17, § 1º da Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que veda a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nas Ações de Improbidade Administrativa. Importante esclarecer que o diploma em análise, quando de sua gênese, sofreu a influência de uma concepção de supremacia do interesse público que não autorizaria soluções autocompositivas. O referido dispositivo chegou a ser expressamente revogado pela Medida Provisória n. 703/2015 (artigo 2º, I), a qual alterara a Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção); entretanto, aquela MP não foi convertida em lei, tendo perdido sua vigência em 29 de maio de 2016. No entanto, mesmo com a subsistência daquele dispositivo, parece que a possibilidade de sua relativização restou ainda mais clara, dada constitucionalização do direito administrativo e a previsão dos acordos de leniência previstos nos artigos 16 e 17 da referida Lei Anticorrupção, que podem ser firmados junto aos infratores do ato ilícito. É certo que nem sempre o ato de improbidade pode repercutir na esfera criminal do réu; contudo, caso isso aconteça, haveria a possibilidade de concessões na seara penal, mas não no juízo das ações de improbidade. Como se pode perceber, mesmo em tema tão sensível, segue a tendência de flexibilização do conceito de indisponibilidade material do direito.

61 V. RE n. 253-885-0/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, relativizando o princípio da indisponibilidade dos bens públicos: "Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público, são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse". Data Publ. 21.06.02. Disponível na íntegra em: http: //www.stf.jus.br, acesso em: 12 dez. 2015.

e Fazenda Pública, já seria suficiente o argumento de a negociação em foco se remeter à matéria processual e procedimental, não implicando na renúncia do direito material em jogo, independente se indisponível--transacionável ou não-transacionável.

5. CONCLUSÃO

No desenvolvimento do presente estudo observou-se o papel importante das convenções processuais para a consecução dos desígnios do processo civil contemporâneo, que apresentam uma terceira via integrativa para a ampliação das possibilidades de alcance da tutela jurisdicional justa, adequada e tempestiva. Desse modo, além de não ser em nada compatível com o figurativo retorno nostálgico do processo civil enquanto "coisa das partes", o que nos remete à *litis contestatio* do romano, os acordos processuais se alinham com a forte preocupação sobre a necessidade de incremento do amplo acesso à justiça, porquanto apresentam novas possibilidades de adaptação do litígio ao contexto da demanda, além de ser um instrumento de manifestação concreta da autonomia no processo, demonstrando uma nova fronteira na relação entre indivíduo e Estado, rompendo o dogma da irrelevância da vontade das partes no que concerne à conformação do conteúdo e dos efeitos dos atos processuais. •

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. Customização processual compartilhada: o sistema de adaptabilidade no novo CPC. In: *Revista de Processo*, vol. 257, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das convenções processuais no processo civil.* Tese de Doutorado. Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2014. Versão comercial da tese: *A contratualização do processo – das convenções processuais no processo civil.* São Paulo: LTr, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos. A supremacia do interesse público no advento do Estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público.* SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os "acordos processuais" no projeto do CPC: aproximações preliminares. In: *Revista Eletrônica - Tri-*

bunal Regional do Trabalho do Paraná, v. 39, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenção das partes sobre matéria processual. In: *Temas de Direito Processual, 3. série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Duelo e processo. In: *Temas de Direito Processual, 8. série.* São Paulo: Saraiva, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC, CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.).* Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CADIET, Loïc. Les accords sur la jurisdiction dans le procès. In : *Le conventionnel et le jurisdictionnel dans le règlement des différends*. *Ancel, Pascal; Rivier, Marie-Claire (Dir.).* Paris: Economica, 2001.

_____. Les clauses contractuelles relatives a l'action en justice. *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels.* Colloque de l'Institut de Droit des affaires d'Aix-en Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990.

_____. Les conflits de légalité procédurale dans le procès civil. In: *Mélanges Jacques Boré*. Paris: Dalloz, 2006.

_____. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parti e processo.* Milano: Giuffrè, 2008.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). *O novo Código de Processo Civil anotado e comparado.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CARPI, Federico. Introduzione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parti e processo.* Milano: Giuffrè, 2008.

CASTANHEIRA NEVES. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, v. LXXIV: Coimbra, 1998.

CHAINAIS, Cécile. Le principe dispositif: origines historique et droit comparé. In: *Le procès est-il encore la chose des parties? E. Jeuland et L. Flise (Dir.)*, tome 65. Collection Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, 2015.

CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*, Trad.: Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHIZZINI, Augusto. *Pensiero e azione nella storia del processo civile - Studi*. 2. Ed. UTET GIURIDICA, 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Comentário ao artigo 190. In: *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, Antonio do Passo Cabral; Ronaldo Cramer (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista brasileira da advocacia, RBA1*, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.).* Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC, CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.).* Salvador: Juspodivm, 2015.

DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. *O novo código de processo civil, os negócios processuais e a adaptação procedimental.* Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/30191/novo-codigo-proc-civil-procedimental.pdf, acesso em: 17 nov. 2016.

GODINHO, Robson Renault. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil. *Coleção Liebman/ Coord. WAM-*

BIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale.* v. XX, II serie. Milano: Cedam, 1966.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Revista Jurídica*, n. 305. São Paulo: Notadez, 2003.

_____. *Instituições de processo civil – introdução ao direito processual civil*, vol.01, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: *Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Org.).* São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. In: *Revista de Processo*, v. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução de Ronaldo Kochem. In: *Revista de Processo*, v. 206. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. In: *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.)*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HÉRON, Jacques; LE BARS, Thierry. *Droit judiciaire privé*. 6. ed., Montchrestien: Lextenso, 2015.

MAHRAN, Riham Mansour. *Les clauses relatives aux litiges en droit français: aspects internes et internationaux,* vol.I, thèse pour le Doctorat en Droit Privé: Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: *Estudos de Direito Processual Civil: Uma homenagem ao Professor Egas Moniz de Aragão. MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.).* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Teoria geral do processo.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. *In: Academia brasileira de direito processual civil.* Disponível em:http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(2)%20-%20formatado.pdf, acesso em: 01 jan. 2017.

_____; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. I, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith*. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MITIDIERO, Daniel. As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira. In: *Revista de Processo*, v. 915. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOFFITT, Michael L., Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable. In: *George Washington Law Review*, vol. 75, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais.* Curitiba: Juruá, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do artigo 3º do CPC/2015. In: *Revista de Processo*, v. 254. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A fazenda pública no processo civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

_____. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil.* Rio de Janeiro: GZ, 2014.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da teoria geral do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências. In: *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial, DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.).* Salvador: Juspodivm, 2008.

SERVERIN, Evelyne. La direction de l'instance civile, en tension

entre principe dispositif et contraintes de gestion. In : *Parte 1: La maîtrise du procès par les parties au regard de la jurisprudence récente. In: Le procès est-il encore la chose des parties? Collection : Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc*. Laurence Flise, Emmanuel Jeuland (Dir.). IRJS Editions, 2015.

VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Convenções processuais: premissas operacionais e os escopos da jurisdição contemporânea. In: *CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coord.) Inovações do Código de Processo Civil de 2015.* Rio de Janeiro: GZ, 2016.

_____; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no compromisso de ajustamento de conduta. In: *Revista de Processo*, vol. 256. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016.

WEILLER, Laura. *La liberté procédurale du contractant*. Falculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Institut de droit des affaires, 2004.

Entre Equívocos Conceituais e a Lógica Eficientista: Considerações sobre os Meios Consensuais no NCPC

Marcelo Barbi Gonçalves
Doutorando em Direito Processual pela UERJ. Mestre em Direito. Juiz Federal.

"Settlement is a truce more than a true reconciliation". (Fiss, Owen. Against Settlement, n. 93 *Yale Law Journal*, may/1984, p. 1.075).

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Um diálogo com Owen Fiss 3. Conciliação e mediação no Novo Código de Processo Civil 3.1 Distinguindo as técnicas de autocomposição 3.2 Análise das hipóteses de cabimento 3.3 O mediador pode formular propostas de acordo? 4. Hipóteses em que a autocomposição não deve ser fomentada 5. Conclusão 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

Não é nova, no Brasil, a percepção de que soluções amigáveis devem estar à disposição dos cidadãos para fins de composição de suas controvérsias. Sem embargo, o paradigma adjudicatório - *fetichismo da jurisdição estatal*[1] -, continua a ostentar um caráter de preponderância, de maneira que às partes soa razoável a submissão imediata de uma desavença às instâncias oficiais.

1 DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, V. 1, p. 391/392.

É à vista dessa constatação que deve ser interpretada uma das principais novidades do Novo Código de Processo Civil, qual seja, o estímulo aos métodos consensuais de resolução de conflitos. A previsão de uma audiência obrigatória de conciliação ou de mediação já no alvorecer do processo é prova eloquente desse intuito. Trata-se, com efeito, de uma significativa alteração no procedimento cognitivo: não se cita mais o réu para contestar, senão para comparecer a uma audiência para fins de autocomposição. As vantagens obtidas com a *deformalização das controvérsias*[2] são de cursivo conhecimento: a justiça informal permitiria uma solução amigável; aproximaria as partes; seria menos dispendiosa; mais célere. Além disso, a decisão se vocacionaria a ser adimplida, pois foi negociada. E, por fim, com a participação popular pelo processo, tributar-se-ia a democracia participativa.

Esse discurso, porém, precisa ser matizado pela realidade, pois a sociedade brasileira é tisnada por relações de classe que mascaram uma distribuição de renda abissalmente injusta. Em relações paritárias, decerto, os meios suasórios prestam um ótimo serviço à cidadania. Todavia, quando empregados em situação na qual o conflito ocorra entre jurisdicionados com poderes estruturalmente desiguais, estiola-se a parte débil. Consumidor e empresa, locador e inquilino, é bem de ver, não se tratam com reciprocidade em procedimentos informais. Desprovido dos poderes de *iudicium*, o mediador/conciliador não detém instrumentos para pôr cobro à desapropriação exercida às barras das mesas de negociação.

Assim, é preciso, preliminarmente, ouvir os clamores da doutrina que questiona a legitimidade dos meios alternativos ao argumento de que os mesmos, concebidos com o fim de desonerar o Estado da prestação da tutela jurisdicional, resultam em um amesquinhamento do direito do litigante eventual. Nessa perspectiva *instrumentalizada*, o apelo à informalização da justiça é alardeado como recurso para o desafogamento do acervo processual, ou, conforme leciona Owen Fiss: "the allure of settlement in large part derives from the fact that it avoids the need for a trial".[3]

A partir dessas considerações, o estudo analisa as situações nas quais, segundo o NCPC, deve o litígio ser submetido a uma audiência de conciliação/mediação. À exceção das hipóteses em que ambas as partes manifestam expressamente desinteresse na composição consensual (art.

2 GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. In: *Novas Tendências do Direito Processual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 175 *passim.*

3 Against Settlement. *Yale Law Journal* n° 93, may/1984, p. 1.083.

334, § 4º, inc. I, NCPC), bem como aquelas em que não se admite a autocomposição (art. 334, § 4º, inc. II, NCPC), deve o juiz, desde que presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, receber a petição inicial e designar audiência de conciliação ou mediação. Partindo da premissa de que estas técnicas não são equivalentes, o legislador as distingue nos parágrafos 2º e 3º do art. 165 a partir: (*i*) de um *pressuposto de aplicação* - a existência de "vínculo anterior entre as partes"; (*ii*) e da *possibilidade de oferta de uma proposta resolutiva*, já que o conciliador "poderá sugerir soluções para o litígio", ao passo que o mediador "auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos".

Conciliação e mediação são, decerto, mecanismos alternativos de resolução que não se confundem. O que releva sublinhar, porém, é que o *pressuposto de aplicação* utilizado é poroso, e, por conseguinte, inapto a definir, *a priori*, as hipóteses que devem ser submetidas à técnica conciliatória ou à mediatória. Com efeito, de que "vínculo anterior" está-se a referir? De direito material ou processual? Considerando que o processo importa no estabelecimento de uma relação jurídica triangular da qual autor e réu fazem parte, como não identificar aí um precedente liame? Além disso, caso o litígio ocorra nos estertores de uma relação continuada (questionamento quanto à última mensalidade cobrada por uma instituição de ensino), a hipótese se afeiçoa mais ao mister do conciliador ou do mediador? Lado outro, o vínculo anterior deve se referir ao mesmo conjunto de fatos? A mesma regra-matriz de incidência, por sua vez, seria critério suficiente para a mediação? A existência de um prévio entrechoque de veículos entre dois desconhecidos, *v. g.*, daria ensejo a qual técnica na eventualidade de, *caindo o raio duas vezes no mesmo lugar*, outra colisão se verificar?

No âmbito da *possibilidade de oferta de uma proposta resolutiva*, a diferenciação levada a efeito se entremostra tão ou mais desapropriada.[4]

4 A crítica se torna ainda mais contundente após a edição da Lei 13.140 de 26.06.2015, a qual, ao disciplinar o procedimento de mediação judicial e extrajudicial, consigna no parágrafo único do art. 1º que: "Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia". Nada obstante, quando aborda o alcance do dever de confidencialidade, dispõe que este abrange "manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador" (art. 30, § 1º, inc. III). Trata-se, evidentemente, de um conflito normativo entre as Leis 13.105 e 13.140, que, a nosso ver, deve ser resolvido mediante o critério temporal no sentido de prevalência do primeiro, o qual, a despeito de promulgado anteriormente ao segundo, tem um prazo de *vacatio legis* maior, de modo que inicia sua vigência e produz efeitos no plano fático em um momento posterior.

Com efeito, a impossibilidade de o mediador sugerir soluções para o litígio em nada contribui para fins de desconstrução do conflito de forma participativa, uma vez que a transformação do impasse pode ocorrer, equivalentemente, se a proposta de acordo provém das partes ou se é suscitada por terceiro e aceita por ambas como uma boa solução coexistencial. É preciso, assim, que se entenda que o fazer nascer um modelo de autocomposição ou acoroçoar um preexistente não afeta em nada o esvaziamento da litigiosidade que se propugna atingir com a justiça informal.

2. UM DIÁLOGO COM OWEN FISS

Em 1984, um artigo acerca dos *Alternative Dispute Resolution* percorreu o mundo acadêmico. Trata-se de umas daquelas joias que importam na abertura de vias exploratórias antes ocultas. Em *Against Settlement*, Owen Fiss se insurge basicamente contra duas reformas realizadas no *Federal Rules of Civil Procedure*. Saliente-se, desde logo, que o ordenamento jurídico norte-americano prevê um condomínio legislativo da União e dos Estados quanto às normas processuais. Nada obstante isso, na prática - e por variadas razões que aqui não comportam desenvolvimento -, muitos Estados seguem o modelo federal.[5]

A primeira reforma facilitava a celebração de acordos no bojo da *pretrial conference*, ao passo que a segunda determinava que, se o vencedor recebesse um julgamento menos favorável do que a oferta feita pela outra parte, pagaria os honorários advocatícios desta. É interessante perceber que no sistema norte-americano, à diferença do que se passa no Brasil, cada uma das partes arca com os custos de seus procuradores. Os artigos emendados são os seguintes:

> *Rule 16. Pretrial Conferences; Scheduling; Management*
>
> *(a) PURPOSES OF A PRETRIAL CONFERENCE.*
>
> *In any action, the court may order the attorneys and any unrepresented parties to appear for one or more pretrial conferences for such purposes as: (...) (5) facilitating settlement.*

5 "Nearly fifty years have passed since the Federal Rules of Civil Procedure were adopted. By any fair appraisal they have represented a major advance in the administration of civil justice in this country. Despite their federal genesis, many states have judged them the best procedural rules anywhere and have adopted them nearly *in toto,* with only the changes necessary to accommodate local circumstances." (ROSEMBERG, Maurice. The Federal Civil Rules After Half a Century. *Maine Law Review* vol. 36, 1984, p. 243).

Rule 68. Offer of Judgment

(d) PAYING COSTS AFTER AN UNACCEPTED OFFER.

If the judgment that the offeree finally obtains is not more favorable than the unaccepted offer, the offeree must pay the costs incurred after the offer was made.

A principal linha argumentativa de Fiss reside na consideração de que os meios alternativos retratariam uma capitulação à sociedade de massas.[6] A explosão do fenômeno consumerista teria gerado demandas em excesso, não tendo o Poder Judiciário se aparelhado para dar vazão aos reclamos sociais. Os ADR, em verdade, seriam um subterfúgio estimulado pelo Estado à vista da sua incapacidade de disciplinar os conflitos sociais em franca expansão.

Além disso, os *ADR* representariam a versão civil do *plea bargaining*, instituto pelo qual os acusados de um crime assumem sua culpabilidade antes da instauração da ação penal e, com isso, obtém uma redução da pena. Ambos se assemelhariam pois atingem uma solução negociada mediante a submissão dos interesses do polo mais fr*ágil* da relação. O consentimento de uma das partes, assim, seria viciado, daí resultando um acordo com vocação para o injusto. Veja-se:

By viewing the lawsuit as a quarrel between two neighbors, the dispute-resolution story that underlies ADR implicitly asks us to assume a rough equality between the contending parties. It treats settlement as the anticipation of the outcome of trial and assumes that the terms of settlement are simply a product of the parties' predictions of that outcome. In truth, however, settlement is also a function of the resources available to each party to finance the litigation, and those resources are frequently distributed unequally. Many lawsuits do not involve a property dispute between two neighbors, or between AT&T and the government (to update the story), but rather concern a struggle between a member of a racial

6 Conforme aduz Cappelletti: "Qual é a primeira característica da sociedade moderna, contemporânea? Acredito que a essa pergunta se pode responder que a sociedade contemporânea se caracteriza pelo fenômeno, muito específico, de massa. Do ponto de vista econômico – olhemos a economia da sociedade industrial – tipicamente a produção é uma produção de massa, não mais uma produção artesanal. Comércio de massa: consumo, tipicamente, de massa. Vivemos, marcadamente, em uma economia cuja preocupação, trabalho, comércio, consumo se caracterizam por esse aspecto massivo" (Tutela dos interesses difusos. *Revista Ajuris* nº. 33, v. 13, mar/1995, p. 170).

> *minority and a municipal police department over alleged brutality, or a claim by a worker against a large corporation over work-related injuries. In these cases, the distribution of financial resources, or the ability of one party to pass along its costs, will invariably infect the bargaining process, and the settlement will be at odds with a conception of justice that seeks to make wealth of the parties irrelevant.*[7]

Fiss, ainda, elenca três causas pelas quais a disparidade de recursos pode influenciar a negociação pela parte "menos consistente": (*i*) hipossuficiência informacional, de sorte que não lhe é possível antecipar o resultado do julgamento e, por conseguinte, o custo-benefício do acordo; (*ii*) necessidade de reparação imediata dos danos (essa carência é tão premente que se aceita uma quantia muito inferior àquela que obteria em sede adjudicatória); e (*iii*) impossibilidade de financiamento dos custos do litígio, tais como perícia e taxa honorária de manutenção de processo.

No âmbito jurisdicional, por sua vez, essas assimetrias teriam seus efeitos atenuados em virtude de um sadio ativismo que permitiria aos juízes encetar medidas a fim de diminuir o impacto das desigualdades distributivas. Haveria, de certa forma, o exercício de uma *parcialidade positiva*,[8] a qual, sinteticamente, consiste em compensar disparidades fáticas entre os litigantes com desnivelamento de tratamento por parte do magistrado. De acordo com Fiss:

> *There is, moreover, a critical difference between a process like settlement, which is based on bargaining and accepts inequalities of wealth as an integral and legitimate component of the process, and a process like judgment, which knowingly struggles against those inequalities. Judgment aspires to an autonomy from distributional inequalities, and it gathers much of its appeal from this aspiration.*[9]

7 *Against Settlement*, p. 1076.

8 "Ressalte-se que a leitura da imparcialidade como princípio normativo do Poder Judiciário, segundo a perspectiva deste trabalho, deve ser realizada em duas vertentes, isto é, a *vertente negativa*, na qual se reclama um direito a um processo em que se apresente um julgador que não tenha qualquer inclinação para a determinada *parcialidade negativa* (suspeito ou impedido), e a outra *vertente de caráter positivo*, na qual se exige do juiz, diante das barreiras externas existentes (sociológica, cultural, econômica), o reconhecimento no transcurso e no desenvolvimento da relação jurídica processual dessas diferenças, ou seja, a exigência de um comportamento ético material do magistrado com base na denominada *parcialidade positiva do juiz*" (SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz: fundamento ético-material do Código Modelo Ibero-Americano. *Revista de Processo* n° 224, out./2013).

9 Ibidem, p. 1078.

Merece lume, também, o ponto no qual Fiss discorre criticamente acerca da *voz autorizativa* do acordo. Com efeito, frequentemente há uma colisão de interesses entre a parte e seu representante, de maneira que este pode fazer prevalecer os seus em detrimento dos daquela. Assim, advogados/negociadores podem celebrar acordos que lhes são vantajosos, não obstante perniciosos ao seu cliente, o qual, desprovido de conhecimentos jurídicos, não deteria aptidão para valorar a conduta adotada em seu desfavor. Da mesma forma, em organizações, "the chief executive officer may settle a suit to prevent embarassing disclosures about his managerial policies, but such disclosures might well be in the interest of the shareholders".[10]

No que aduz com a recorrente afirmação[11] no sentido de que a justiça informal é incentivada em virtude de sua aptidão para promover o *escopo pacificador* da jurisdição, Fiss faz a seguinte objeção: a finalidade da jurisdição não seria a otimização de fins privados, ou simplesmente assegurar a paz, senão efetivar valores encampados pelo ordenamento jurídico. Ou melhor, o seu objetivo maior seria a aplicação desses valores e a conformação da realidade em relação a eles. Em suas palavras:

> *Civil litigation is an institutional arrangement for using state power to bring a recalcitrant reality closer to our chosen ideals. (...) Although the parties are prepared to live under the terms bargained for, and although such peaceful coexistence may be a necessary precondition of justice, and itself a state of affairs to be valued, it is not justice itself.*[12]

Exatos vinte e cinco anos após a publicação de *Against Settlement*, e à vista da repercussão e das críticas que lhe foram dirigidas, o autor ratificou seu posicionamento em *The History of an Idea*. Nessa oportunidade,

10 Ibidem.

11 "Os meios alternativos não são ligados ao escopo jurídico de atuar a lei (e na prática só ocasionalmente conduzem a isso), mas buscam a pacificação das pessoas e a eliminação de conflitos, o que constitui o escopo magno do próprio sistema de tutela jurisdicional" (DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno.* 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, V. 1, p. 392); Igualmente: "Se é certo que tais técnicas não se valem, necessariamente, da atuação do Estado-juiz, é correto o entendimento que cada um deles representa, em um contexto mais amplo, um método de atingir uma das finalidades mais caras ao direito processual civil - e do próprios Estado - que é a pacificação social". (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do direito processual civil*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48).

12 Ibidem, p. 1089.

Fiss, após salientar que "the purpose of adjudication is not the resolution of a dispute, not to produce peace, but rather justice", lecionou que:

> *The bargaining that normally takes place between litigants - characterized, as I then assumed, by the pursuit of self-interest, imbalances of material resources, inequalities of information, and strategic behavior - has no connection to justice whatsoever. It is obviously not constitutive of justice, nor is it much of an instrument for achieving justice. On occasion, bargaining might produce a just outcome, just as the judicial process might sometimes fail and produce an unjust outcome. But there is no reason to presume that the outcome of the bargaining process - a settlement - is just. All we can presume of a settlement is that it produces peace - often a very fragile and temporary peace - and although peace might be a precondition for the achievement of justice, it is not justice itself.*[13]

As críticas, como se percebe, são contundentes. Ao seu lume, poder-se-ia dizer que obviar os meios alternativos em qualquer modalidade de conflito é a medida mais adequada. O Estado seria o melhor prestador do serviço de distribuição de justiça. À consensualidade forjada preferir-se-ia sempre a justa adjudicação.

Quer nos parecer, entretanto, que alguns excessos devem ser decotados. Não se trata de ser *contra* ou a *favor* dos meios suasórios. O Direito - como a vida em geral - não se afina com *absolutos*. Cuida-se, portanto, é de precisar quando a justiça alternativa é virtuosa, o que, conforme se demonstrará, depende de circunstâncias contingenciais

3. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 Distinguindo as técnicas de autocomposição

Conforme salientado, o novo diploma destaca-se, em relação ao CPC/73, pela ênfase dada aos meios suasórios de composição de conflitos. Se antes o paradigma adjudicatório era nitidamente predominante,

13 The History of an Idea*,* 78 *Fordham Law Review*, 2009, p. 1277.

no novo *codex* se percebe uma nítida mudança de perspectiva. A solução imperativa das desavenças, portanto, deixa de ser o remédio-padrão do ordenamento jurídico. O NCPC, de forma inovadora, após prever que o mediador e o conciliador judicial são auxiliares da justiça (art. 149), dispõe que:

> *Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.*
>
> *§ 1º A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.*
>
> *§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.*
>
> *§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.*

Com intuito de esclarecimento, é preciso pôr em relevo que conciliação e mediação não são sinônimos.[14] Antes de analisar suas distinções, destaquem-se as suas familiaridades: ambos são institutos que integram o rol dos meios alternativos de resolução de controvérsias e, para tanto, contam com a participação de um terceiro auxiliar, o qual se vale de mecanismos não adversariais a fim de atingir um acordo. Mas, a despeito dessas semelhanças, é possível, quanto à técnica empregada, traçar uma linha de diferenciação.

14 "Realmente, por mais que seja viável afirmar que tanto a conciliação quanto a mediação constituem técnicas autocompositivas, a doutrina costuma indicar que o campo de aplicação destinado a cada uma não deveria ser o mesmo. Igualmente, também não haveria subsunção entre de modais de atuação relacionados às duas". (OSNA, Gustavo. A "audiência de conciliação ou de mediação" no Novo CPC: seis (breves) questões para debate. *Revista de Processo* n. 256, jun./2016, p. 357).

Com efeito, a conciliação é um meio consensual que tem como objetivo primordial a realização de um acordo entre as partes, sem trabalhar, precedentemente, a questão de fundo que deu azo à controvérsia. Resolve-se o conflito de interesses judicializado, sem, porém, buscar acomodar as reais insatisfações que estão no plano sociológico. É uma técnica, portanto, pautada por uma perspectiva estritamente pragmática: resolução da pretensão tal como posta pelo autor, permanecendo à revelia das diligências do conciliador o revolvimento da lide sociológica.

De outro lado, a mediação centra-se na ideia de dissolução do litígio, ou seja, o seu objetivo primordial não é o acordo. Este é, assim, uma consequência satelitária da mediação. Ou, em outros termos, é o seu objeto mediato, já que a transformação do impasse mediante a participação dos interessados é o seu objeto mediato.[15]

À luz dessa distinção, percebe-se que é preciso perquirir a natureza jurídica do relacionamento litigioso para que se o trate mediante a técnica adequada. Até porque, como é intuitivo, o "a" de *ADR* significa não apenas *alternative*, como, ainda e sobretudo, *adequate*. Dessa forma, caso se trate de uma *relação instantânea*, que não vá perdurar no tempo, pois decorrente de um episódio eventual do convívio em sociedade, a conciliação é o meio adequado de resolução já que,

> *"pelo fato de inexistir nesta uma relação contínua entre as partes, não há que existir maiores esclarecimentos sobre o conflito. A discussão deve girar diretamente m torno da solução do problema (por exemplo, acidente de trânsito), e não sobre o relacionamento interpessoal (por exemplo, relação de vizinhança)".*[16]

15 "A conciliação tem nos acordos o seu objetivo maior e, por vezes, único. A mediação não tem na construção de acordos a sua vocação maior e, de maneira alguma, seu único objetivo. A mediação privilegia a desconstrução do conflito e a consequente restauração da convivência pacífica entre as pessoas". (ALMEIDA, Tânea. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). *Mediação de conflitos. Novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 94). Igualmente: "A mediação possui finalidade que vai além da 'solução' do conflito, sua finalidade não é tão somente resolver o litígio, mas sim transformá-lo, de forma participativa, sem a obrigatoriedade de uma solução final, restaurando a convivência pacífica entre as pessoas. O que se busca é a compreensão e o restabelecimento do equilíbrio social através do diálogo, comunicação e ganhos mútuos". (MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub. A mediação no Projeto do Novo Código de Processo Civil: um desafio em construção. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Acesso à Justiça, Jurisdição e Mediação*. Curitiba: Multideia, 2014, p. 101).

16 MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; NETTO, Fernando Gama de Miranda. Mediação Judicial no Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010). *Revista de Arbitragem e Mediação* nº 33, abr.-jul./2012, p. 225.

Quando, porém, a controvérsia decorrer de uma *relação de trato continuado com eficácia futura*, a mediação é o instituto ideal, uma vez que objetiva efetivamente dirimir o conflito e realinhar o tecido social esgarçado. Quando as partes convivem no mesmo ambiente familiar, possuem relações de vizinhança ou laboral, ou, ainda, quando estão insertas numa relação que tende a perdurar no tempo (instituição de ensino, clube recreativo etc.), é preciso diluir o real interesse que desencadeou a desarmonia. A esse respeito, recorde-se lição de Liebman ao afirmar que "pode, com efeito, acontecer que o conflito de interesses entre duas pessoas não seja deduzido em juízo em sua totalidade".[17] Esse raciocínio deve ser utilizado para fins de compreensão das virtualidades da mediação - em contraposição à conciliação e à solução adjudicatória estatal ou arbitral - pois ela não se cinge a resolver pontualmente aquela parcela do conflito de interesses que foi judicializada.[18]

Não é outra, aliás, a interpretação a que se chega à vista dos radicais do termo mediação. Em um denso estudo, Angela Condello, após destacar o caráter polissêmico da expressão, a qual pode significar "la procedura (il rito), il método (i modi, la grammatica e in genere la técnica della mediazione), il fine e i suoi pressuposti",[19] assevera que:

> *"Verosimilmente, la semantica originaria della radice med- (da cui anche 'medio', 'mediare', 'meditare', 'medicare', 'medico', 'medicina') non è facilmente riconducibile ad un comune denominatore, ma potrebbe riferirsi al concetto di 'misura' intesa nel senso di 'moderazione' e non nel senso si 'misurazione' (da cui derivano il latino modus e modestus). Alla misura come bilanciamento fra più parti all'interno di un tutto, appartiene anche l'idea di ristabilire l'ordine, tanto in senso lato quanto fra le parti di un corpo (per cui il latino medeor, 'curare', da cui anche medicus) e nell'universo (Zeus medéon, 'Zeus moderatore')".*[20]

17 *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 86.

18 "É exatamente aqui que, a meu juízo, reside a grande contribuição da mediação. De nada adianta a sentença de um juiz ou a decisão de um árbitro numa relação continuativa sem que o conflito tenha sido adequadamente trabalhado. Ele continuará a existir, independentemente do teor da decisão e, normalmente, é apenas uma questão de tempo para que volte a se manifestar concretamente". (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em: 09.03.2017).

19 Polisemia della mediazione: alcuni riflessioni. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Acesso à Justiça, Jurisdição e Mediação*. Curitiba: Multideia, 2014, p. 161.

20 Ibidem, p. 168.

Veja-se, assim, que o radical *med-* vincula-se à ideia de moderação a ser alcançada através da ponderação das partes de um contexto de referência, o qual pode ser um corpo, o universo ou, no caso que ora se cuida, um conflito humano. Destarte, é imprescindível que o mediador se ponha a meio-termo entre as partes de uma controvérsia, buscando sempre identificar os reais interesses que as moveram a se inserir em uma situação litigiosa. Para tanto, é imprescindível que se aborde primeiramente o relacionamento entre as pessoas, para, em um momento posterior, analisar as questões que deram ensejo ao conflito.

Perceba-se que, como a relação jurídica de que se trata é *continuativa com eficácia futura*, um dos principais escopos da mediação é o estabelecimento de marcos para que, no porvir, haja um desenrolar sadio do vínculo entre as partes. Essa dimensão prospectiva da mediação é uma das principais características que a distinguem da conciliação, a qual, como está vocacionada à celebração do acordo, volta-se precipuamente para fatos pretéritos a fim de identificar responsabilidades e a forma de recomposição da esfera jurídica lesada.[21]

3.2 Análise das hipóteses de cabimento

A partir dos esclarecimentos pode-se afirmar que o critério utilizado no art. 165 §§ 2º e 3º do NCPC para fins de diferenciação das técnicas consensuais - existência de "vínculo anterior entre as partes" - é superlativamente equívoco à vista das finalidades que se almejam obter com cada uma dessas técnicas. De fato, na prática, diversos questionamentos podem surgir a partir do referencial elencado, podendo-se aventar, sem caráter exaustivo, as seguintes interrogações deixadas em aberto pelo dispositivo.

O vínculo deve ser de direito substancial, ou basta, para que se entenda ser hipótese de atuação de um mediador, a prévia existência de um vínculo de direito processual, ou seja, um processo entre as mesmas partes? Caso se adote uma interpretação mais ampla da expressão, é preciso que as mesmas se encontrem no mesmo polo da relação processual originária, é dizer, o autor deve permanecer como tal e vice-versa?

21 "Havendo preponderância de aspectos interpessoais, o meio ideal de resolução da controvérsia é a mediação, pois esse método privilegia a pacificação social, e não necessariamente a formação do acordo formal. Enquanto o conciliador busca a celebração do acordo, o mediador atua como um facilitador do diálogo para que as partes possam expor assuas dificuldades num ambiente sigiloso e imparcial e, por isso, confiável. Assim, o objetivo maior da mediação não é a rápida obtenção do acordo, mas a condição das partes a um estado de cooperação". (DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e de mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coords.). *Mediação e gerenciamento do processo*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 59).

O vínculo deve se referir a um específico contexto litigioso ou independe da matéria objeto da controvérsia? Pense-se, a respeito, em uma ação indenizatória decorrente de um acidente de automóvel. Se, *caindo o raio no mesmo lugar*, duas pessoas que possuem como única semelhança o fato de habitarem na mesma cidade, vierem a colidir novamente com seus veículos, qual a técnica deve ser aplicada? Inequivocamente, há um vínculo substancial preexistente, de sorte que, se se seguir o texto legal, seria o caso de designação de audiência de mediação. Mas, à luz do quanto consignado no item antecedente, indaga-se: a conciliação - "técnica mais adequada à resolução de conflitos objetivos, como os que surgem em decorrência de um acidente de trânsito",[22] - não seria o meio alternativo recomendado à hipótese?

Outra possibilidade: o acidente de trânsito, agora, ocorre entre dois vizinhos em situação desvinculada da relação condominial. Veja-se que, aqui, há uma relação de coexistência entre as partes que perdura no tempo. Mas não é ela a *causa petendi* remota que deu ensejo à controvérsia. Indaga-se, à luz do critério legal, ter-se-ia de designar audiência de conciliação ou de mediação?

Por outro lado, a existência, por si só, de um "vínculo anterior entre as partes" não parece ser suficiente para que se apliquem as técnicas da mediação. Isso porque, conforme se salientou, esta busca a desconstrução do conflito entre as partes, de forma que ocorra a transformação do impasse através da participação dos interessados. O esvaziamento da litigiosidade subjacente à relação controvertida, porém, apenas faz sentido quando o liame entre as partes possui extensão temporal para o futuro.

Em palavras outras: o vínculo anterior não deve dar azo à mediação caso o impasse seja o último momento de uma relação que esteja, fatalmente, em seu estertor. Exemplifique-se o argumento com a seguinte situação: controvérsia entre uma instituição de ensino superior e um aluno, após a expedição do diploma, quanto a alguma mensalidade que não tenha sido paga. Veja-se que, nessa situação, é desimportante a prévia existência de um vínculo entre as partes, pois este, à exceção do valor inadimplido, já exauriu os seus efeitos. Não há que se falar, aqui, em restauração do convívio social - ideia-motriz da mediação - pois, simplesmente, cessou-se definitivamente o convívio entre os interessados!

22 Ibidem, p. 54.

Nessa linha de intelecção, percebe-se que o legislador adotou uma perspectiva equivocada ao estabelecer o critério de aplicação da técnica da mediação, pois mirou o passado, quando, ao revés, esta é voltada para o futuro.[23] Não é outra, sublinhe-se, a razão pela qual, ao distinguir as técnicas de autocomposição, estabeleceu-se no item anterior uma correlação entre a *conciliação - relação instantânea*, de um lado, e a *mediação - relação de trato continuado com eficácia futura*, de outro.[24]

Em síntese: se a relação prévia entre as partes não possui aptidão para produzir efeitos no futuro, pois estes já se consumaram, não há que se falar em mediação, pois esta pressupõe uma *realidade coexistencial futura* que não se verifica quando a relação convolou-se em um dado do passado.

3.3 O mediador pode formular propostas de acordo?

Saliente-se, ademais, que os problemas que vão surgir na prática do foro em decorrência do critério utilizado para diferenciar as técnicas de conciliação/mediação não seriam tão graves caso não se tivesse cometido outro erro ainda mais perturbador. Explique-se.

O equívoco anteriormente apontado pode ser contornado à luz do advérbio *preferencialmente* expresso tanto no § 2º quanto no § 3º do art. 165. Ante a esqualidez do referencial estabelecido - o qual, conforme visto, em determinadas hipóteses pode se mostrar tanto subabrangente quanto sobreabrangente -, adotou-se uma solução de compromisso no sentido de que: o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, assim como o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver o vínculo anterior.

O que isso significa? Que se não houver conciliador disponível - *v. g.* pauta de audiência de conciliação sobrecarregada - poderá atuar um

23 Por todos: "A conciliação tem a sua ocorrência e sua condução motivadas pela identificação de responsabilidades por evento ocorrido no passado e pela correção presente de suas consequências. La explora o ocorrido, atribui juízo de valor ao fato e à participação dos atores envolvidos, assim como propõe a criação de soluções reparadoras e corretivas. A mediação não se volta à culpa pelo ocorrido, mas sim à visão prospectiva: como fazer para evitar que a motivação do evento passado volte a ser manejada como foi e passe a ser, então, administrada de maneira que as relações permaneçam preservadas – como atacar as questões sem atacar as pessoas". (ALMEIDA, Tânia. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). *Mediação de conflitos. Novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 98).

24 "Então, existe diferença no tratamento do conflito entre duas pessoas em contato permanente e entre aquelas que não se conhecem. Numa batida de carro numa esquina qualquer, por exemplo, o problema, muitas vezes, resolve-se no pagamento de uma indenização; nesta hipótese, a solução do problema resolve o conflito, mas em outras nas quais as partes necessitem de uma convivência futura, continuada, há necessidade muito mais de pacificação do que de solução de conflito". (WATANABE, Kazuo. Modalidade de Mediação. *Série Cadernos do CEJ* n° 22, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2011, p. 46).

mediador e vice-versa? Apesar de esta ser a primeira leitura que se pode extrair do dispositivo, a melhor interpretação nos parece ser aquela que reconhece a porosidade do critério de diferenciação entre as técnicas autocompositivas e, assim, autoriza que o conciliador, excepcionalmente - em caráter não-preferencial - atue mediante as técnicas de mediação e vice-versa.

Essa solução, porém, não é de todo satisfatória face àquela que pode ser tranquilamente reconhecida como a maior incorreção cometida pelo legislador no âmbito dos meios alternativos, a saber, a vedação ao mediador de oferecer às partes uma proposta de solução. Com efeito, conforme se extrai do § 3º do art. 165, este terceiro imparcial deverá auxiliar os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, *identificar, por si próprios*, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Essa regra de conduta, malgrado posição em sentido contrário,[25] *não é*, e nem pode ser, considerada um critério válido de distinção entre as técnicas de mediação e de conciliação.

A condu*ção das partes nas sendas* do aperfeiçoamento comunicativo - aproximando, através de um diálogo participativo, pessoas que se distanciaram em virtude uma situação circunstancial inserta no bojo de uma relação continuada -, é a função primordial do mediador. Esse terceiro imparcial e independente atua, assim, como um facilitador da comunicação, buscando, através do diálogo e da razão, trazer às partes a conveniência em se restabelecer a fluidez da relação jurídica à qual ambas se encontram vinculadas.

Disso não se extrai, à revelia de um triplo salto carpato hermenêutico, qualquer conclusão no sentido de que ao mediador é vedado oferecer às partes uma proposta de solução que lhe pareça conforme aos seus interesses. A dissolução do conflito é uma decorrência, valendo-nos da polissemia trabalhada por Angela Condello, da mediação como método –

25 DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e de mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coords.). *Mediação e gerenciamento do processo*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 59; MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. A mediação no Projeto do Novo Código de Processo Civil: um desafio em construção. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo Spengler. *Acesso à Justiça, Jurisdição e Mediação*. Curitiba: Multideia, 2014, p. 103; ALMEIDA, Tânia. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). *Mediação de conflitos. Novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 97; PINHO, Humberto Dalla Bernardina. O Novo CPC e a Mediação: reflexões e ponderações. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/>. Acesso em: 26.03.2017.

"i modi, la grammatica e in genere la técnica della mediazione"-,[26] e, não, da espontaneidade do acordo que lhe suceda.

É evidente que, se o objetivo da mediação é a superação da contenda através do diálogo, maior será o seu êxito caso, ao final do procedimento comunicativo, chegue-se a uma solução autocompositiva. A mediação, conforme dito, centra-se na ideia de dissolução do litígio, ou seja, o seu escopo primordial não é o acordo. Este é, portanto, o seu objeto mediato, uma consequência a que se chega quando se logra a transformação do impasse mediante a participação dos interessados (objeto mediato). Não se pode negligenciar, porém, que mediação sem acordo representa a falência do próprio procedimento consensual levado a efeito, pois significa que as partes de uma relação jurídica continuativa com eficácia futura não conseguiram nem ao menos disciplinar voluntariamente um episódio conflitivo surgido no passado.

Ilustre-se o que se vem de expor com a seguinte imagem. O sucesso da técnica conciliatória pode ser aferido através de uma fotografia retirada no momento em que as partes, mediante um juízo de valor, acertam uma solução corretiva para um fato ocorrido no passado. Na mediação, porém, é fundamental perceber se essa fotografia, retirada no momento da autocomposição, se mantém fidedigna à relação coexistencial a despeito da dinâmica da vida. Colhe-se o presente, mas, também, o futuro. A mediação, portanto, é como se fora uma peça de dois atos cujo sucesso depende da concatenação de ambos: (*i*) dissolução do conflito através do diálogo esclarecido, com a celebração de um acordo estabelecendo as bases para uma continuidade hígida da coexistência e (*ii*) manutenção, no futuro, à vista da dinâmica das relações sociais, da cooperação entre as partes de modo a não recrudescer a litigiosidade antes composta.

Disso tudo se depreende que a mediação exige, sim, que um bom acordo seja firmado, o que pressupõe que todas as alternativas possíveis de resolver o conflito tenham sido discutidas, ou seja, quanto mais propostas forem apreciadas pelas partes, maior será a probabilidade de se celebrar um acordo satisfatório.

É evidente que o mediador não pode se arvorar em juiz de direito e, após análise das razões das partes e do marco legal, se pronunciar sobre o mérito como se fora investido de função adjudicativa. Mas isso não o

26 Polisemia della mediazione: alcuni riflessioni. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Acesso à Justiça, Jurisdição e Mediação*. Curitiba: Multideia, 2014, p. 161.

impede de, ressaltando que aquela proposta não é uma representação volitiva do Estado-Juiz, facilitar a comunicação propondo soluções que lhe pareçam convenientes à dissolução da controvérsia. Nesse sentido, veja-se a posição de Ana Tereza Palhares Basílio e Joaquim de Paiva Muniz:

> *"Se, por um lado, o mediador não pode agir como se juiz ou parecerista fosse, revelando aos interessados sua opinião pessoal sobre o mérito do litígio, isso não significa, por outro lado, que ele não pode tentar construir propostas de acordo, com auxílio das partes, e as apresentar como se fosse ideia sua. Qualquer interpretação dessa regra em sentido diverso iria de encontro às melhores técnicas de mediação e seria prejudicial à eficácia do instituto. Como poderá o mediador estimular a transação, se não pode, em nome próprio, submeter propostas de acordo? Se um lado tiver facilidade em saber que determinada proposta foi concebida diretamente pelo outro lado, a tendência é que as partes inibam-se para fazer concessões, com medo de se enfraquecerem nas negociações. Nesse contexto, quanto mais ativo e desenvolto for o mediador, mais eficaz será a mediação".*[27]

Merece nossa adesão semelhante abordagem. A participação do mediador sugerindo propostas de acordo não suprime, em absoluto, o protagonismo das partes no procedimento vocacionado à superação do conflito. Não obstante isso, a correlação entre coautoria das partes no procedimento mediatório e a impossibilidade de o terceiro participar propondo soluções é um equívoco recorrente na doutrina.[28] Cabe tecer algumas palavras acerca da tese que entende menoscabada a coautoria das partes em virtude da participação propositiva do mediador.

A esse respeito, é interessante destacar que os conceitos de autoria e participação não são criados pelo direito, pois, conforme aduz Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, "são tomados da vida em coti-

27 Projeto de Lei de Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social. *Revista de Arbitragem e Mediação* n° 13, abril/2007, p. 46.

28 "O propósito de auxiliar os sujeitos a exercerem a autoria obstina a prática da mediação. As partes deverão ser autoras da escolha da mediação como recurso e da permanência no processo (ou não), bem como ser co-autoras das soluções de suas contendas. Esse propósito está regido pelo princípio da autonomia da vontade e seu descumprimento representa infração ética. Está vedado aos mediadores sugerir, opinar ou propor qualquer possibilidade de solução". (ALMEIDA, Tânia. *Idem*, p. 97).

diana, da realidade, do ôntico".[29] No cotidiano, verificam-se situações de natureza vária em que diversas pessoas agem em comunhão de esforços a fim de atingir determinada finalidade. Um simples acontecimento situado no plano do *ser*, assim, pode ter um único autor (pense-se no clássico *Instrumentalidade do Processo*), bem como dois coautores ou mais (*Acesso à Justiça*). Nessas obras, constam agradecimentos a pessoas que colaboraram e incentivaram na sua realização através de pesquisas, revisão bibliográfica, ou, até mesmo, estimulo afetivo. Pois bem.

Se na conduta de escrever um livro resulta cristalino quem é o autor e quem não o é, por que a dificuldade se põe quando se passa para o âmbito dos meios alternativos de resolução de controvérsias? Parece lógico que a proposta de acordo do mediador não suprime a coautoria das partes que o acatam assim como a sugestão de minha esposa para abordar o pensamento de Fiss não a faz minha coautora deste ensaio. O auxiliar do juízo e a minha companheira são, decerto, ambos partícipes em um acontecimento fenomênico. Mas ninguém pode creditar-lhes a qualidade de coautores ou mesmo sustentar que, ao terem assim agido, subtraíram de outrem o protagonismo pelo engenho.

Desse modo, a mediação não é incompatível com a formulação de uma proposta de acordo pelo terceiro auxiliar. Até porque, com frequência, ele vai atuar somente como um *porta-voz*, ou seja, irá apenas vocalizar uma proposta que a parte, por inabilidade - *v.g*. não versada em técnicas consensuais -, não consegue expressar. Não é outra, aliás, a posição de Alexandre Freitas Câmara, o qual, com base na doutrina de Alcalá-Zamora, sustenta que: "Cabe, pois, ao mediador propor soluções às partes, inclusive apresentando-lhes caminhos que aquelas sequer imaginavam possíveis".[30]

Conclui-se, assim, que a impossibilidade de o mediador sugerir soluções para o litígio em nada contribui para fins de desconstrução do conflito de forma participativa, já que a transformação do impasse pode ocorrer, equivalentemente, se a proposta de acordo surge das partes ou se é suscitada por um terceiro e aceita por ambas como uma boa solução coexistencial.

29 *Manual de direito penal brasileiro*. V. 1. Parte geral. 9ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 574.

30 Conciliação e mediação no processo civil brasileiro - Estado da questão. *Revista Dialética de Direito Processual* nº 22, jan./2005, p. 10.

4. HIPÓTESES EM QUE A AUTOCOMPOSIÇÃO NÃO DEVE SER FOMENTADA

Para além do quanto anteriormente exposto, é preciso destacar a existência de situações nas quais os meios consensuais não devem ser estimulados à vista das relações díspares de poder entre as partes. Segundo o novo CPC, naqueles processos em que a autocomposição é possível, e desde que não haja vontade expressa em sentido contrário, deve ser designada audiência de conciliação/mediação. Não se diz, veja-se, uma palavra sequer acerca do eventual desequilíbrio entre os litigantes. Como o mediador/conciliador não detém poderes para coibir a exploração da parte mais frágil,[31] fácil concluir que esta se verá relegada à própria sorte por ocasião do entabulamento do acordo.

O legislador, de fato, ignorou a mais importante discussão que permeou o estudo dos *Alternative Dispute Resolution* nos Estados Unidos nos últimos trinta anos. Os meios suasórios não podem ser fomentados para hipóteses em que as partes não estão em situação de paridade. Nesse sentido, saliente-se que Teresa Arruda Alvim Wambier, em caudaloso estudo acerca da mediação no direito comparado, afirma que na Espanha: "Some express exclusions are based on the fact that there is 'an initial imbalance in the positions of the parties'. This is considered to happen in criminal, consumer and labour mediation, among others".[32]

A fábula de que a justiça consensual detém aptidão para alcançar resultados justos é uma alegoria que já recebeu a exprobração de autorizado processualista italiano:

> *"Non tutte le conciliazioni sono uguali. Possiamo avere conciliazioni cattive e conciliazioni buone. Sono cattive le conciliazioni che hanno un contenuto iniquo in quanto non rispecchiano la realtà dei rapporti tra le parti, ma favoriscono ingiustamente una di esse, che ha in mano una qualche arma sotto la cui minaccia l'altra si convince a conciliare. Sono buone le conciliazioni che fanno ottenere alla parte 'quello proprio quello tutto quello cui ha diritto', se ci trova di fronte ad uma*

31 A despeito da tese de Marc Galanter (Why the "haves" come out ahead? Speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review* vol. 9, 1974) no sentido de que a força organizacional dos *repeat players* influencia o resultado dos julgamentos, não se pode descurar que a autonomia dos tribunais - no sentido de independência das forças sociais -, em virtude dos predicamentos da magistratura, é significativamente maior do que a dos auxiliares de justiça.

32 Mandatory mediation: Is it the best choice? *Revista de Processo* n° 225, nov./2013, p. 431.

lite da pretesa insoddisfatta, ovvero le conciliazioni che riescono a trovare um soddisfacente punto di equilibrio tra le parti, se ci si trova di fronte ad una lite da pretesa contestata (i c.d. good faith disagreements della letteratura anglosassone).

Riflettiamo sul significato che può assumere la diffusione delle conciliazioni in una situazione di dissesto processuale, quando, come accade con grandíssima frequenza, la controversia ha il denaro per oggetto, diretto o indiretto. Pare evidente Il pericolo che molte, troppe, sarebbero le conciliazioni cattive. Conciliazioni dove Il creditore, sotto la spada di Damocle delle siderali durate del processo, si sente costretto ad accettare che il suo credito venga enormemente decurtato.

Soccorre la saggezza popolare. Quando si tratta di soldi, ovviamente Il creditore preferisce ottenerne 'pochi, maledetti e subito', piuttosto che tutti e benedetti dal giudice, ma chissà quando.

(...)

Insomma, le conciliazioni stragiudiziali, per essere buone, esigono un'amministrazione della giustizia efficiente, in modo che non vi sia una parte indotta a speculare sulle durate processuali per fare accettare al suo avversario uma conciliazione cattiva.

Mette in qualche modo il carro davanti ai buoi chi, come il legislatore italiano, s'impegna a deflazionare l'amministrazione della giustizia, nella speranza di ottenereper questa strada processi più brevi, indirizzando il più possibile le controversie verso gli istituti conciliativi".[33]

No mesmo sentido se posiciona abalizada doutrina nacional:

"Mas há um argumento, levantado por Michele Taruffo, que me inquieta: o mediador/conciliador não saberia lidar com conflitos em que há desequilíbrio entre as posições das partes, como sabe fazer o juiz, e isto levaria a acordos injustos, de certa forma impostos à parte mais fraca, com a compla-

33 CHIARLONI, Sergio. Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge 69/2009. Disponível em: <http://www.novaraius.it/novaraius/pdf/1261149858564_Prof%20Sergio%20Chiarloni%20sulla%20mediazione%20.pdf>. Acesso em: 12.04.2017.

cência do terceiro facilitador. A crítica de Michele Taruffo não se baseia em meras hipóteses ou fantasias. A prova disto está em diversas práticas de mediação/conciliação que se utilizam em nosso país: a conciliação na Justiça do Trabalho é de índole matemática: pediu tanto, aceite 50% e recebe logo. Nas causas previdenciárias, quando o INSS está convencido de que o segurado tem razão, não resolve a questão administrativamente mas vai à conciliação para oferecer 70% da importância devida: outra importância tarifária. E no campo do consumidor, nos assim chamados "mutirões de conciliação", o credor simplesmente oferece uma proposta fechada, para renegociar a dívida (e o pior é que com isto obtém um título executivo, que antes da negociação não existia). Os exemplos acima demonstram que, em situações de desequilíbrio, a Justiça conciliativa não funciona, seja ela conduzida pelo juiz ou pelo terceiro-facilitador. Talvez minha conclusão seja drástica demais, mas reafirmo minha posição no sentido de que a almejada pacificação não pode ser buscada a qualquer preço, e se a Justiça conciliativa nada mais é do que um meio de acesso à Justiça, não podem ser admitidas soluções injustas para a parte mais fraca".[34]

Nos termos em que se encontra o novo CPC, percebe-se que os meios alternativos ao processo são incentivados porque o Judiciário não está se desincumbindo do seu dever de prestar uma tutela jurisdicional célere, tempestiva e adequada. Não há um joeiramento dos casos em que os meios alternativos devem ser estimulados pelo Estado. Em outras palavras: deve ocorrer uma "adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial"[35] por ocasião do cotejo entre as soluções auto e heterocompositivas. Os meios resolutórios, por conseguinte, devem ser aderentes à realidade subjacente ao litígio a fim de servir como instrumento de efetivação dos valores constitucionais. Nesse sentido, não apenas o direito material (reparação de danos oriundos de inadimplemento contratual) deve ser considerado, como, ainda e sobretudo, as partes (o

34 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Justiça conciliativa.* Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?-meios-alternativos-de-solucao-de-controversias>. Acesso em: 24.03.2017.

35 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 150.

contrato se passa entre duas multinacionais ou, ao revés, entre uma imobiliária e o adquirente).

Perceba-se que, no caso das multinacionais, as empresas sentam-se paritariamente na mesa de negociações. Não há, evocando as lições de Fiss, hipossuficiência informacional, de sorte que os contendores podem antecipar probabilisticamente o resultado da adjudicação e, por conseguinte, o custo-benefício do acordo. De outro lado, não há uma necessidade premente de reparação dos danos sofridos, de maneira que ambas as partes podem provisionar recursos e aguardar pacientemente o trânsito em julgado. E, por fim, as multinacionais não se veem constrangidas pelos custos do litígio, podendo arcar com onerosas perícias e renomados escritórios de advocacia.

No segundo (imobiliária *versus* adquirente), conquanto se tenha igualmente uma hipótese de inadimplemento contratual, as assertivas do parágrafo anterior não podem ser reiteradas. Ou melhor, podem, mas apenas para a imobiliária. É aqui que se encontra o *calcanhar de Aquiles* da justiça alternativa, e, nesse caso, o conflito deve passar pela via adjudicatória. Se o litígio não for solucionado sob o pálio de um processo civil envernizado com a tinta da efetividade social, a desigualdade fática vai resultar num acordo divorciado da pauta constitucional. A *paridade de armas*, como se sabe, é pressuposto da justiça.[36]

Saliente-se que essa ponderação não passou despercebida ao precursor do movimento de reforma da Justiça Civil. Como é cediço, a terceira onda renovatória do acesso à justiça - *novo enfoque* -, consiste em uma proposta de reformulação sistêmica dos meios de solução de conflitos com ênfase na consensualidade.[37] Nada obstante isso, Cappelletti, após salientar que "há situações em que a justiça *conciliatória* (ou coexistencial) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de 'segunda clas-

36 Conforme ensina Michele Taruffo, não se pode dissociar o conceito de *giudizio* com o de igualdade material das partes: "Altrettanto difficile sarebbe ritrovare un giudizio nella decisione di un giudice corrotto, ovvero in quella del giudice che si limitasse a ratificare la vittoria di chi ha più denaro, o di chi prevale in una prova di forza (come accadeva ai tempi del duello giudiziario), o di abilità (come accade nel caso dei peggiori duelli avvocateschi), o di chi gode de uno *status* privilegiato, o di chi è innocente per definizione per meriti politici, e così via elencando". (Giudizio: processo, decisione. *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*, Bologna: Ed. Mulino, 2002, p. 168).

37 "Essa 'terceira onda' de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos 'o enfoque do acesso à justiça' por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso" (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Byrant . *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 67/68).

se', são melhores, *até qualitativamente,* do que os resultados do processo contencioso",[38] afirma que isso não ocorre sempre. Exemplifica com os assuntos de direito de família, nos quais o movimento feminista norte-americano afirma que "se atua com frequência de modo bem pouco equitativo para com as mulheres".[39] Vittorio Denti, por sua vez, também se mostrou preocupado com a justiça informal no caso de disparidade de poder entre as partes. Veja-se:

> *Esiste infatti il rischio che il ricorso a metodi alternativi implichi - insieme ad una riduzione dei tempi di soluzione delle liti - anche una riduzione delle garanzie che il processo, pur con i suoi tempi e le sue inefficienze, è in grado di offrire alle parti. Ciò vale in particolare quando queste procedure coinvolgono le cc.dd. parti deboli (consumatori, minoranze, ecc.) le quali, in sede conciliativa, sono maggiormente esposte, rispetto a quanto avviene nel processo giurisdizionale, al rischio di abusi ad opera delle parti dotate di maggior potere contrattuale.*[40]

À luz dessas considerações, pode-se afirmar que os meios alternativos devem ser fomentados apenas no bojo de relações paritárias, sob pena de eliminação das controvérsias de forma antagônica aos valores constitucionais. A mediação/conciliação, portanto, não podem ser instrumentos à disposição do mais forte para fins expropriatórios. A propósito, recorde-se lição de Boaventura de Souza Santos no sentido de que, após a criação do Tribunal Habitacional de Nova Iorque destinado a resolver de modo consensual os conflitos entre inquilinos e senhorios, o número de despejos aumentou.[41]

É preciso, nessa linha de convicções, redobrar o cuidado com afirmações asseverando que "não importa se os meios alternativos são ou não fiéis ao direito substancial".[42] À primeira vista, poder-se-ia imaginar

38 Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo* n° 74, 1994, p. 90.

39 Ibidem, p. 91. Em outra passagem, Cappelletti afirma: "Isso suscita questão básica acerca do emprego generalizado de ADR e procedimentos simplificados: eles podem ser explorados pela parte mais forte sempre que não haja 'paridade de armas' entre os litigantes" (ibidem).

40 *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 159.

41 Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo* nº 37, jan-mar/1985, p. 135.

42 DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. 1, p. 392.

que, nas dobras da justiça informal, haveria uma espécie de substituição do juízo de legalidade por um de equidade. E, se assim fora, não objetaríamos. Mas o de que se trata é de um desapossamento travestido de consenso nas hipóteses em que há desequilíbrio de poder. Escamoteia-se a injustiça com a veste da informalidade. Um ponto de vista, impositivo de um acordo de adesão, prevalece sobre o outro.

Além disso, a perda do referencial normativo como paradigma decisório gera sérios riscos para a pacificação social. Se esse escopo já é discutivelmente alcançado para o litigante subjugado, do ponto de vista macrossocial a *pseudoconsensualidade* fomenta a violação dos direitos. Isso porque, se os particulares estão imersos em processos resolutivos à revelia das normas positivas, "a primazia cabe ao acordo interindividual, que pode, inclusive, contraditar o direito geral".[43] Ou seja: o que vai disciplinar o comportamento social não será a norma editada pelos representantes populares, senão aquela outorgada pelo *repeat player* sob o pálio da fabulosa consensualidade. Fácil concluir que, nesse contexto de *deslegalização*, haverá uma "ruptura de padrões mínimos de observância de condutas no cotidiano",[44] já que os atores socialmente hegemônicos serão incentivados a descumprir as leis à vista da possibilidade de impor a sua *vontade de poder*.

Dessa forma, e a fim de que não prevaleça um direito *estamental*, deve o juiz, por ocasião da homologação do acordo (art. 334, § 11º, NCPC), realizar um controle não apenas em sentido formal, senão uma delibação de fundo. Não se trata, perceba-se, de exigir da autocomposição uma resposta espelhada daquela que se obteria mediante a adjudicação. Isso, aliás, nem será possível caso o acordo seja obtido na audiência de conciliação/mediação, a qual, como se disse, na nova sistemática, ocorrerá mesmo antes da resposta do réu. Mas deve, sim, analisar se aquela solução é comportada pelo ordenamento jurídico, ou seja, se é ou não fruto de uma imposição decorrente da assimetria de poder entre as partes.

Nessa linha convicções, aduz Humberto Dalla Bernardina de Pinho que não se pode compactuar com "una solución illegal, o, incluso una solución no constitucional", de forma que o magistrado "a la hora de hacer la adecuación del contenido de aquel acuerdo al ordenamiento positivo,

43 VERONESE, Alexandre. Projetos Judiciários de Acesso à Justiça: entre Assistência Social e Serviços Legais. *Revista Direito GV* v. 3 n. 1, jan.-jun./2007, p. 30.

44 Ibidem.

podrá verse imposibilitado de homologar aquel acuerdo".[45] Esse posicionamento conta, ainda, com o aval de Grinover, a qual afirma que no caso de soluções injustas o acordo não pode ser homologado, pois "será muito melhor o juiz julgar – reequilibrando as partes – do que se ceder a uma tentação quantitativa, desprezando a qualitativa".[46]

5. CONCLUSÃO

Não nos parece pertinente recapitular, em sede conclusiva, as perplexidades que vieram à luz com a edição do Novo Código de Processo Civil. As linhas argumentativas expostas, podem, porém, ser condensadas em dez sintéticas proposições: (*i*) os meios alternativos devem se adequar à realidade de direito substancial subjacente ao litígio, notadamente à disparidade de poder entre as partes; (*ii*) conciliação e mediação são institutos afins, mas não semelhantes; (*iii*) o conciliador objetiva precipuamente a celebração do acordo; (*iv*) o mediador deve perseguir como escopo imediato a dissolução do conflito através do diálogo, e, mediatamente, a celebração do acordo; (*v*) o critério de distinção entre as técnicas conciliatórias não deve ser o "vínculo anterior entre as partes", senão o caráter instantâneo ou continuado com efeitos futuros; (*vi*) a propositura de acordo pelo mediador não obstaculiza a realização dos fins da mediação; (*vii*) o acordo celebrado no âmbito da mediação deve ter um caráter prospectivo, de forma a objetivar a prevenção da reincidência da litigiosidade; (*viii*) a pacificação não pode ser buscada a qualquer preço; (*ix*) nas hipóteses de flagrante disparidade de poder, o meio resolutivo adequado é a adjudicação; (*x*) o juiz não deve se cingir a um exame estritamente formal da solução pactuada, sendo-lhe facultado aferir a sua compatibilidade com as balizas gerais do ordenamento jurídico. •

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). *Mediação de conflitos. Novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

45 Reflexiones sobre la mediación judicial y las garantías constitucionales del proceso. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Acesso à Justiça, Jurisdição e Mediação*. Curitiba: Multideia, 2014, p. 148/149.

46 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Justiça conciliativa.* Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?-meios-alternativos-de-solucao-de-controversias>. Acesso em: 24.03.2017.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. MUNIZ, Joaquim de Paiva. Projeto de Lei de Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social. *Revista de Arbitragem e Mediação* n° 13, abril/2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Conciliação e mediação no processo civil brasileiro - Estado da questão. *Revista Dialética de Direito Processual* nº 22, jan./2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Byrant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo* n° 74, 1994.

_____. Tutela dos interesses difusos. *Revista Ajuris* nº. 33, v. 13, mar/1995.

CHIARLONI, Sergio. *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge 69/2009*. Disponível em: <http://www.novaraius.it/novaraius/pdf/1261149858564_Prof%20Sergio%20Chiarloni%20sulla%20mediazione%20.pdf >. Acesso em: 09.04.2017.

CONDELLO, Angela. Polisemia della mediazione: alcuni riflessioni. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo Spengler. *Acesso à Justiça, Jurisdição e Mediação*. Curitiba: Multideia, 2014.

DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e de mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coords.). *Mediação e gerenciamento do processo*. São Paulo: Atlas, 2007.

DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. V. 1 e 2. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FISS, Owen. Against Settlement, 93 *Yale Law Journal*, may/1984.

_____ The History of an Idea*,* 78 *Fordham Law Review*, 2009.

GALANTER, Marc. Why the "haves" come out ahead? Speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review* v. 9, 1974.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Justiça conciliativa*. Disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?meios-alternativos-de-solucao-de-controversias. Acesso em: 24.03.2017.

_____. *Novas Tendências do Direito Processual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013.

MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. A mediação no Projeto do Novo Código de Processo Civil: um desafio em construção. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Acesso à Justiça, Jurisdição e Mediação*. Curitiba: Multideia, 2014.

_____; NETTO, Fernando Gama de Miranda. Mediação Judicial no Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010). *Revista de Arbitragem e Mediação* nº 33, abr.-jul./2012.

NETTO, Fernando Gama de Miranda; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. Mediação Judicial no Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010). *Revista de Arbitragem e Mediação* nº 33, abr.-jul./2012.

OSNA, Gustavo. A "audiência de conciliação ou de mediação" no Novo CPC: seis (breves) questões para debate. *Revista de Processo* n. 256, jun./2016.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. Vol 1. Parte geral. 9ª ed. São Paulo: RT, 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em: 09.03.2017.

_____. O Novo CPC e a Mediação: reflexões e ponderações. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/>. Acesso em: 26.03.2017.

_____. Reflexiones sobre la mediación judicial y las garantías constitucionales del proceso. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Acesso à Justiça, Jurisdição e Mediação*. Curitiba: Multideia, 2014.

ROSEMBERG, Maurice**.** The Federal Civil Rules After Half a Century. *Maine Law Review* vol. 36, 1984.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo* nº. 37, jan.-mar./1985.

SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz: fundamento ético-material do Código Modelo Ibero-Americano. *Revista de Processo* n° 224, out./2013.

TARUFFO, Michele. Giudizio: processo, decisione. *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*, Bologna: Ed. Mulino, 2002.

VERONESE, Alexandre. Projetos Judiciários de Acesso à Justiça: entre Assistência Social e Serviços Legais. *Revista Direito GV* v. 3 n. 1, jan.-jun./2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Mandatory mediation: Is it the best choice? *Revista de Processo* n° 225, nov./2013.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de Mediação. *Série Cadernos do CEJ* n° 22, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2011.

Dispensa da Audiência de Conciliação/Mediação: Seis Dribles e Dois Gols

Marcelo Mazzola

Mestrando em Direito Processual pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado e sócio de Dannemann Siemsen Advogados.

RESUMO: A ideia deste artigo é fazer uma análise crítica de seis argumentos utilizados por magistrados para dispensar a audiência de conciliação e mediação do artigo 334 do CPC/15, mencionando duas situações em que a dispensa do ato poderia ser considerada legítima.

Após quase um ano de vigência do novo Código de Processo Civil ("NCPC"), podemos afirmar que alguns juízes estão deixando de designar a audiência de conciliação/mediação, dispensando-a fora das hipóteses legais.

A questão chama atenção, pois, de acordo com os arts. 334 do NCPC e 27 da Lei nº 13.140/15, se a petição inicial estiver em ordem e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o "juiz designará audiência" de conciliação/mediação.

Vale lembrar que a audiência só não será realizada quando ambas as partes manifestarem desinteresse na composição consensual ou o conflito não admitir autocomposição (art. 334, § 4º, I e II, do NCPC), ou, ainda, na dicção da Lei de Mediação, se envolver direitos indisponíveis que não admitam transação (interpretação a contrario sensu do art. 3º da Lei nº 13.140/15).

Cabe consignar apenas que, nas ações de família (art. 695) e no conflito coletivo de posse velha (art. 565) – procedimentos especiais do NCPC – a designação de audiência de mediação é obrigatória, não comportando qualquer flexibilização.

Todavia, no caso da audiência de mediação/conciliação do procedimento comum, percebe-se que alguns magistrados, por diferentes

motivos – que serão examinados a seguir –, vêm deixando de designar o respectivo ato processual, ignorando a imperatividade do tempo verbal ("designará"), ratificada pelas expressões "promoverá" (art. 3º, § 2º) e "deverão ser" (art. 3º, § 3º).

Em razão das dimensões reduzidas deste artigo, iremos analisar estes "dribles hermenêuticos"[1] de forma sucinta e objetiva.

A) VIOLAÇÃO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Inicialmente, não concordamos com o argumento de que a designação de audiência de mediação/conciliação viola a duração razoável do processo (arts. 5º, LXXVIII, da CF e 139, II, do CPC).[2] Muito pelo contrário. Eventual acordo ou consenso alcançado no referido ato processual encurtará o processo e, no caso de uma mediação exitosa, ainda possibilitará o tratamento adequado do conflito, ao invés da mera extinção do litígio.[3]

Entendemos que, mesmo que o autor declare, genericamente, na petição inicial não ter interesse na audiência, a designação do ato não tem o condão de retardar sobremaneira o andamento do feito, pois, se o réu também não tiver interesse, basta apresentar petição até 10 (dez) dias antes da audiência (art. 335, § 5º). Ou seja, não há que se falar em efetivo prejuízo à celeridade processual.

Neste particular, pensamos, inclusive, que, à luz do formalismo-valorativo, a rigidez da forma não deve atentar contra o verdadeiro espírito da audiência do art. 334. Assim, ainda que o réu não se manifeste no prazo previsto em lei (10 dias antes da audiência), mas faça isso antes da referida audiência, o juiz poderia dispensar o ato, em que pese a inobservância do prazo estipulado, sobretudo se o demandando estiver de boa-fé e apresentar justificativa para essa "demora". Isso evitará uma audiência inócua e acelerará o processo, inaugurando o prazo de defesa.

1 Termo cunhado e utilizado por Lenio Streck (STRECK, Lenio Luiz. Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 — sinuca de bico para o STF! Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf. Acesso em 18.01.17).

2 Despacho proferido no processo nº 0168163-76.2016.8.19.0001, em curso na 40ª Vara Cível do Rio de Janeiro: "Considerando que houve manifestação do autor pela não realização da audiência prévia, com base no princípio da utilidade e **da duração razoável do processo**, deixo de designar a audiência prevista no art. 334 do NCPC. Cite-se o réu, fazendo constar do mandado que o prazo de resposta contar-se-á nos termos do art. 231 do NCPC." Grifamos.

3 Em geral, o índice de consenso alcançado em mediações gira em torno de 70% (MAIA, Andrea. Justiça sem burocracia. Precisamos ser tão dependentes da engrenagem estatal para resolver nossas controvérsias? Disponível em http://oglobo.globo.com/opiniao/justica-sem-burocracia-1-19778455. Acesso em 18.01.17). No caso da conciliação, o índice de acordos alcançados na última semana de conciliação realizada no âmbito do TJ/RJ foi de 77% (http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/41215). Acesso em 19.01.17.

B) DESINTERESSE JÁ MANIFESTADO PELO AUTOR NA PETIÇÃO INICIAL

Discordamos do entendimento de alguns juízes que determinam desde logo a citação do réu, quando o autor, na exordial, manifesta seu desinteresse na realização de audiência de conciliação/mediação.[4] Entendemos que a designação da audiência, mesmo quando o autor silencia[5] ou afirma, genericamente, não ter interesse nos métodos autocompositivos, é impositiva, por expressa determinação legal. Como visto, o ato somente não será realizado se **ambos** os litigantes manifestarem desinteresse.[6]

Por outro lado, supor que o mero desinteresse sinalizado pelo autor inviabilizaria, por si só, a construção do consenso é ignorar completamente a realidade prática. Com efeito, muitas vezes o autor comparece à audiência externando desconforto e impaciência, com um discurso colonizado, mas, após a intervenção do mediador/conciliador e de eventuais esclarecimentos do réu, os ânimos se arrefecem e as partes conseguem evoluir construindo uma solução de benefício mútuo ou, ao menos, transacionando sobre parte do conflito (art. 3º, § 1º, da Lei de Mediação).

Pensamos, ainda, que a opção do legislador de condicionar a dispensa do ato ao desinteresse de ambas as partes tem – ao menos nesse momento de sedimentação do NCPC – um viés pedagógico, pois nem todos os jurisdicionados estão familiarizados com a mediação e seus princípios, e poder-se-ia imaginar que a audiência de conciliação do art. 334 seria uma versão "antecipada" da inócua audiência do art. 331 do CPC/73, o que, porém, não é verdade. Como se sabe, aquela não é realizada pelos juízes ou seus assessores, mas sim por conciliares capacitados, fora da respectiva serventia judicial, observando-se a estrita confidencialidade (art. 166 do NCPC).

C) POSTERGAÇÃO DO ATO PARA OUTRA FASE PROCESSUAL

Também não pactuamos com o argumento segundo o qual, por caber ao juiz promover, a qualquer tempo, a autocomposição – preferencial-

4 Despacho proferido por magistrado do TJ/RJ, nos autos do processo nº 0025665-12.2016.8.19.0209: "Tendo em vista que o autor não manifestou interesse na audiência prévia, cite-se o réu, com as advertências legais, com o prazo de 15 dias para ofertar sua contestação, sob pena de revelia, ficando o pedido de tutela para ser apreciado após a contestação."

5 Para Fredie Didier, o silêncio da parte autora indicará vontade de participar da referida audiência (DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. *Curso de Direito Processual*. v. I, 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 555-556).

6 Como lembra Fernando Garjadoni, o novo CPC "não é o queremos que ele seja. (...) Ele é fruto de um processo legislativo regular, onde todas as forças políticas falaram e, ao final, prevaleceu a vontade democrática da nação brasileira". (GAJARDONI, Fernando. O Novo CPC não é o que queremos que ele seja. Disponível em http://jota.info/artigos/o-novo-cpc-nao-e-o-que-queremos-que-ele-seja-20072015. Acesso em 18.01.17).

mente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais (art. 139, V, do CPC) – poder-se-ia dispensar o ato no início da demanda, postergando-o para outra fase processual.[7]

Isso porque, além de não ser esse o espírito do legislador, "*nenhuma audiência ulterior será ou fará as vezes da audiência preliminar, por uma questão de definição. Só pode haver uma única audiência preliminar. Qualquer outra não será preliminar*".[8]

Além disso, pelo que a experiência revela, quanto mais o processo se desenvolve, com acusações de parte a parte e o escalonamento do conflito, torna-se mais rarefeita a atmosfera cooperativa, o que, via de regra, dificulta a composição consensual. Daí ser importante que a audiência aconteça na fase inicial do processo, antes mesmo da apresentação da contestação.

D) VIOLAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Não concordamos com a ideia de que a designação de audiência de conciliação/mediação viola o princípio do acesso à justiça (arts. 5º, XXXV, da Carta Magna e 3º do NCPC), por inviabilizar, ainda que momentaneamente, a efetiva entrega da prestação jurisdicional.

Primeiro, porque eventuais questões urgentes podem (e devem) ser examinadas em sede de tutela provisória. Note-se que, mesmo havendo cláusula contratual de mediação, o ingresso ao Judiciário para apreciação de questões urgentes não é vedado (art. 23, parágrafo único, da Lei nº 13.140/15)[9]. Segundo, porque como um dos requisitos da conciliação/mediação é a voluntariedade, ninguém permanecerá eternamente vinculado, bastando que compareça à primeira audiência.

7 Despacho proferido por magistrado carioca, nos autos do processo nº 0028129-51.2016.8.19.0001: "(...) A interpretação que melhor se amolda à Constituição Federal é aquela em que a possibilidade de autocomposição deverá ser analisada no caso concreto, pelo magistrado. Impor às partes uma audiência de conciliação que possui exclusivamente esse objetivo, sendo que a prática ensina que o percentual de acordos é pequeno, senão irrisório (...) inviável alongar por meses o tempo de resposta do réu, simplesmente para a realização de audiência de conciliação. Nem se diga de qualquer ofensa ao sistema multiportas no novo diploma legal, **uma vez que é dever do juiz (art. 139) promover a qualquer tempo a conciliação**." Grifamos.

8 NIEMAYER, Sergio. Juízes dão rasteira na lei ao dispensarem audiência preliminar de conciliação. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-set-06/sergio-niemeyer-juiz-rasteira-lei-dispensar-audiencia?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook. Acesso em 20.01.17.

9 Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento do direito.

Registre-se, ainda, que, enquanto o dispositivo constitucional estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito", o NCPC dispõe que "não se excluirá da **apreciação jurisdicional** ameaça ou lesão a direito". Essa sutil alteração evidencia que, no processo civil contemporâneo, a decisão adjudicada, isto é, imposta pelo julgador às partes, não pode mais ser considerada como a única forma de pacificação social, devendo ser valorizados e incentivados os métodos adequados de resolução de conflitos, entre eles a mediação e a conciliação (verdadeiros equivalentes jurisdicionais). Com isso, a noção de jurisdição – antes vinculada essencialmente à atividade estatal – ganha novos contornos, podendo ser compreendida como o direito de acesso à justiça e efetiva solução do conflito.

E) DISTORÇÃO DA EXPRESSÃO "SEMPRE QUE POSSÍVEL" (ART. 3º, § 2º, DO NCPC)

Em nossa opinião, a expressão "sempre que possível" não significa uma carta em branco para juízes dispensarem o ato processual. Na verdade, o termo deve ser compreendido à luz de uma interpretação sistemática, não podendo se distanciar da vontade do legislador (que previu expressamente as hipóteses de dispensa da audiência).

Preocupa-nos, por exemplo, a ideia de que a falta de estrutura de determinado foro possa ser considerada um argumento legítimo para justificar a dispensa da audiência de mediação/conciliação. Ora, não é a lei que deve adequar-se aos juízes, mas sim o contrário. Aliás, todos os tribunais tiveram tempo de sobra para se estruturar e criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs). Ademais, no caso de déficit operacional, é possível que os juízes se valham do Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores[10] e também das Câmaras Privadas cadastradas no respectivo tribunal. Em último caso, o juiz poderia, excepcionalmente, designar uma audiência especial de conciliação, a ser presidida por ele mesmo.[11]

10 AZEVEDO, André Gomma de; BUZZI, Marco Aurélio. Novos Desafios para a mediação e conciliação no novo CPC: artigo 334. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-nov-11/novos-desafios-mediacao-conciliacao-cpc-artigo-334. Acesso em 22.01.17.

11 Vale lembrar que, antes da Audiência de Instrução e Julgamento, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual (art. 359), o que demonstra que essa tarefa de conciliação também lhe compete (vide também arts. 3º, §§ 2º e 3º e 139, V).

F) AUTOCOMPOSIÇÃO, INTERESSE PÚBLICO E DIREITOS INDISPONÍVEIS

É preciso interpretar com cuidado a expressão "quando não se admitir autocomposição" (art. 334, § 4º, II, do CPC). Isso porque, direitos que admitam autocomposição não são, necessariamente, direitos disponíveis, já que os direitos indisponíveis, que admitam transação, também podem ser objeto de mediação (art. 3º da Lei nº 13.140/15).[12] Ou seja, o conceito de autocomposição é mais amplo do que o de direitos disponíveis.[13] Além disso, nem todo interesse público é indisponível, o que, inclusive, justifica os inúmeros acordos celebrados pelos entes públicos e também por suas autarquias, incluindo o INPI.[14]

Significa dizer que, mesmo em situações que envolvam interesses públicos e direitos indisponíveis, os litigantes podem, em tese, transacionar, não fazendo sentido o juiz descartar desde logo a audiência.[15]

Exemplificando: a) em ações envolvendo poder familiar – direito indisponível –, é possível convencionar algumas obrigações daí decorrentes, tais como alimentos e visitação; b) em demandas sobre erro médico envolvendo menores, pode-se transacionar sobre os valores devidos, ouvindo-se o Ministério Público[16]; e c) no caso das recuperações judiciais, que, via de regra, englobam interesses públicos e direitos indisponíveis, cabe destacar a paradigmática decisão proferida pelo Dr. Fernando Via-

12 Concordamos com Ravi Peixoto quando afirma que, no caso do art. 334, § 4º, II, do CPC/15, não há menção à indisponibilidade dos direitos (e sim à autocomposição), "porque ela não pode ser confundida com a vedação da transação". (PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo Poder Público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/15. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 261, nov./2016, p. 473).

13 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogerio, Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 353.

14 OLIVEIRA, Rafael de Oliveira Rezende; MAZZOLA, Marcelo. Mediação na Administração Pública. http://genjuridico.com.br/2016/04/06/mediacao-na-administracao-publica/. Acesso em 19.01.17.

15 Processo nº 0169482-15.2016.4.02.5101 (2016.51.01.169482-2), 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro: "1 - O Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 3º, §§ 2º e 3º, privilegiou as soluções consensuais dos conflitos, mediante a colaboração das partes. Por isso fixou, no artigo 334, caput, ser necessária a realização de audiência prévia de conciliação ou de mediação, para os demandantes comporem seus interesses, antes de o feito efetivamente começar a ter seu mérito apreciado. No presente feito, porém, entendo não ser cabível a realização de tal ato, eis que nele figura como parte ré um ente público (INPI), que já se manifestou através do OFÍCIO CIRCULAR n. 00006/2016/GAB/PRF2R/PGF/AGU, de 17/03/2016, da Procuradoria Regional Federal da 2ª Região, arquivado na Secretaria deste Juízo, sobre a impossibilidade de autocomposição, impondo-se a utilização do preceito do § 4º, inciso II, do art. 334, do CPC/2015, sem prejuízo de eventual acordo durante a tramitação do processo."

16 Não concordamos, portanto, com o seguinte despacho proferido em ação dessa natureza: "Defiro J.G. Considerando tratar-se de **direitos indisponíveis**, revelando-se inviável a autocomposição, deixo de designar audiência de conciliação, na forma do art. 334, §4º, II do NCPC. Assim, citem-se e intimem-se, de ordem, por OJA de plantão, se necessário for (...)". Processo nº 0015993-13.2016.8.19.0004, em curso na 8ª Vara Cível do Rio de Janeiro.

na, Juiz Titular da 7ª Vara Empresarial/RJ, que, em processo envolvendo a operadora OI, determinou que o conflito entre os acionistas fosse encaminhado para a mediação. Tal decisão foi posteriormente mantida pelo Superior Tribunal de Justiça.[17]

Como se vê, a noção de interesse público e de direito indisponível não pode impedir, automaticamente e de forma abstrata, a designação da audiência de conciliação/mediação.

DISPENSAS JUSTIFICÁVEIS

Deixando de lado os "dribles hermenêuticos", entendemos que existem ao menos duas situações em que a audiência de conciliação/mediação pode ser dispensada, sem violar o espírito do legislador. Dois gols legítimos.

A primeira é quando as partes pactuam uma cláusula *opt-out* no bojo de um contrato ou mesmo durante uma mediação extrajudicial[18], abrindo mão da audiência em caso de eventual litígio.[19]

Desde que o respectivo negócio jurídico processual preencha os requisitos legais e não traduza qualquer nulidade, abusividade ou vulnerabilidade (art. 190, parágrafo único, do NCPC), a disposição será válida[20] e o juiz deve respeitá-la. Até porque, o NCPC e a Lei de Mediação não trazem qualquer previsão em sentido contrário, isto é, não vedam eventual convenção das partes nesse sentido.

A segunda é quando os litigantes – preferencialmente o autor na petição inicial – comprovarem que já se submeteram a procedimento (não exitoso) de mediação/conciliação extrajudicial, conduzido por profissionais capacitados, envolvendo a questão objeto da ação.[21]

17 STJ DETERMINA MEDIAÇÃO NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA OPERADORA OI. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-set-07/stj-determina-mediacao-processo-recuperacao-judicial-oi. Acesso em 22.01.17.

18 MAZZOLA, Marcelo. Qual a relação entre mediação extrajudicial, precedentes e negócios jurídicos processuais? Disponível em http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239654,31047-Qual+a+relacao+entre+mediacao+extrajudicial+precedentes+e+negocios. Acesso em 17.02.17.

19 As ressalvas feitas em outra oportunidade permanecem válidas. MAZZOLA, Marcelo. A cláusula opt out de mediação à luz do novo CPC. Disponível em http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI227753,71043-A+clausula+opt+out+de+mediacao+a+luz+do+novo+CPC. Acesso em 17.02.17.

20 A propósito, o Enunciado nº 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: (...) pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334.

21 A propósito, o Enunciado nº 29 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos, realizada em Brasília no mês de agosto de 2016, dispõe que "caso qualquer das partes comprove a realização de mediação ou conciliação

Neste caso específico, parece intuitivo que as partes não alcançarão, pelo menos na etapa inicial do processo, a composição amigável esperada, tornando despiciendo o ato processual em questão. Seria, portanto, uma forma de flexibilizar a rigidez da norma e equilibrar os princípios em jogo (valorização dos métodos adequados de resolução de conflitos x duração razoável do processo, efetividade, etc.). A ponderação afigura-se razoável e está em linha com o pensamento de Humberto Dalla e de outros doutrinadores.[22]

Por fim, entendemos que, nas execuções e nos procedimentos especiais (com exceção das hipóteses já examinadas), o juiz, a princípio, não deve designar a audiência de conciliação/mediação, a menos que exista alguma circunstância específica que evidencie a utilidade desse ato.

Em suma, não podemos enxergar o presente com lentes retrospectivas. Vivemos uma fase de transformação da cultura do litígio pela cultura do diálogo e, nesse percurso, é fundamental que a bússola interpretativa de nossos tribunais esteja calibrada para assegurar as garantias e os direitos fundamentais, valorizando, sempre que possível, a "solução pacífica das controvérsias", conforme determinado no preâmbulo da Constituição Federal. •

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, André Gomma de; BUZZI, Marco Aurélio. Novos Desafios para a mediação e conciliação no novo CPC: artigo 334. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-nov-11/novos-desafios-mediacao-conciliacao-cpc-artigo-334. Acesso em 22.01.17.

antecedente à propositura da demanda, o magistrado poderá dispensar a audiência inicial de mediação ou conciliação, desde que tenha tratado da questão objeto da ação e tenha sido conduzida por mediador ou conciliador capacitado".

22 Para Dalla, se o autor comprovar documentalmente que já tentou resolver amigavelmente o litígio, por qualquer meio legítimo, poderia requerer a dispensa da audiência e a imediata citação do réu. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Audiência de conciliação ou de mediação: o art. 334 do CPC/2015 e a nova sistemática do acordo judicial. *Processo em Jornadas. XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual. XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 453). Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha externam opinião semelhante quando fazem uma analogia com a convenção de procedimento participativo francesa, uma espécie de acordo celebrado pelas partes em processo ainda sem árbitro ou juiz, no qual aquelas se comprometem a atuar de forma compartilhada, com boa fé, para alcançar uma justa solução para o litígio. Para os referidos autores, "as partes que se submetem a essa técnica, mesmo não havendo sucesso ao final do procedimento", podem requerer a dispensa da audiência de mediação se o litígio desaguar no Judiciário". (CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputar (collaborative law): "Mediação sem mediador". *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 259, set./2016, p. 484).

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputar (collaborative law): "Mediação sem mediador". *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 259, set./2016, p. 484.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. *Curso de Direito Processual*. v. I, 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 555-556.

GAJARDONI, Fernando. O Novo CPC não é o que queremos que ele seja. Disponível em http://jota.info/artigos/o-novo-cpc-nao-e-o-que-queremos-que-ele-seja-20072015. Acesso em 18.01.17.

MAIA, Andrea. Justiça sem burocracia. Precisamos ser tão dependentes da engrenagem estatal para resolver nossas controvérsias? Disponível em http://oglobo.globo.com/opiniao/justica-sem-burocracia-1-19778455. Acesso em 18.01.17.

MAZZOLA, Marcelo. Qual a relação entre mediação extrajudicial, precedentes e negócios jurídicos processuais? Disponível em http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239654,31047-Qual+a+relacao+entre+mediacao+extrajudicial+precedentes+e+negocios. Acesso em 17.02.17.

_____. A cláusula opt out de mediação à luz do novo CPC. Disponível em http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI227753,71043-A+clausula+opt+out+de+mediacao+a+luz+do+novo+CPC. Acesso em 17.02.17.

_____; OLIVEIRA, Rafael de Oliveira Rezende. Mediação na Administração Pública. http://genjuridico.com.br/2016/04/06/mediacao-na-administracao-publica/. Acesso em 19.01.17.

NIEMAYER, Sergio. Juízes dão rasteira na lei ao dispensarem audiência preliminar de conciliação. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-set-06/sergio-niemeyer-juiz-rasteira-lei-dispensar-audiencia?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook. Acesso em 20.01.17.

PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo Poder Público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/15. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 261, nov./2016, p. 473.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Audiência de conciliação ou de mediação: o art. 334 do CPC/2015 e a nova sistemática do acordo judicial. *Processo em Jornadas. XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual.*

XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 453.

STRECK, Lenio Luiz. Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 — sinuca de bico para o STF! Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf. Acesso em 18.01.17.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogerio, Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 353.

O Princípio da Cooperação e a Audiência Prevista no Artigo 334 do Novo Código de Processo Civil

Marco Aurélio Gastaldi Buzzi
Ministro do Superior Tribunal de Justiça, componente da 2ª Seção e da 4ª Turma.

RESUMO: O presente artigo trata brevemente, primeiro, da forma legal como se inseriu o sistema multiportas em nosso atual sistema processual; em seguida, define-se e se analisa o chamado princípio da cooperação para, por fim, delimitar as suas relações com a obrigatoriedade da audiência inserta no artigo 334 do vigente Código de Processo Civil. Busca-se demonstrar, via método argumentativo-dedutivo, que o juiz não obediente à norma cogente determinante da audiência mencionada ofende o princípio da cooperação.

I – A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO SISTEMA MULTIPORTAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Constata-se, já nos primeiros artigos do Novo Código de Processo Civil vigente no país, a grande relevância que legislador deu ao ressurgido sistema multiportas na solução de conflitos e, portanto, ao conjunto de instrumentos concebidos a fim de dirimir as demandas oriundas da convivência social, legitimando mecanismos outros que não apenas aquele pertinente ao tradicional processo judicial.

Esses métodos, como reiteradamente tem sido afirmado, não constituem novidade alguma, até porque, em diversos países, inclusive aqui mesmo no Brasil, já foram ou continuam sendo utilizados como alternativa ao sistema jurisdicional de pacificação social.

Cumpre destacar que já da Carta Imperial de 1824, a primeira Constituição brasileira, constou a obrigatoriedade de o autor provar preliminarmente ao ajuizamento da ação, em determinados conflitos, ter submetido o caso ao serviço de conciliação, em seu artigo 161. Tal instituto funcionou como uma exceção à inafastabilidade de jurisdição, é dizer, para que houvesse acesso ao Judiciário formal era necessário anteriormente ter se tentado a resolução do conflito de forma não adversarial.

No mais das vezes essas práticas foram introduzidas nos sistemas, ou restabelecidas, como na hipótese brasileira, muito em razão do grande contingente de demandas judiciais em trâmite, o que acabou por tornar o Estado-Juiz quantitativamente insuficiente e, consequentemente, inviável a prestação da tutela almejada pelo interessado em tempo útil e na forma adequada.

Hoje, no Brasil, há diversos normativos introduzindo (ou fazendo ressurgir) as práticas que contemplam a mediação e a conciliação como ferramentas aptas a auxiliar na resolução de contendas, o que será aludido posteriormente neste trabalho.

Fica evidente que a nova lei instrumental brasileira, concomitantemente à forma até então reputada tradicional com que o *establishment* vinha compondo as contendas que lhe eram submetidas, trata que as lides apresentadas sejam submetidas primordialmente à mediação e à conciliação, e não apenas na modalidade extrajudicial, como também na forma pré-processual.

Tanto o é que, no artigo 165, menciona os CEJUSCs (Centros Judiciários de Resolução de Conflitos), local no qual os interessados devem ser recebidos, com vistas a triagem e encaminhamento ao setor (ou porta) considerado mais adequado à solução do tipo específico de conflito.

Verifica-se, portanto, que o Estado quer, sim, sejam disponibilizados às partes e aos interessados, e efetivamente utilizados na busca da pacificação social, métodos que até pouco tempo eram considerados alternativos ao processo judicial, contidos no dito sistema multiportas. Os mencionados métodos alternos foram expressamente abarcados pelo próprio Código, consoante expressamente regrado em vários de seus preceitos, destacadamente dos artigos 3º, §§ 2º e 3º, 165 e 334.

II – A LEGISLAÇÃO CORRELATA AO SISTEMA MULTIPORTAS: DEMAIS MARCOS REGULATÓRIOS

Temos atualmente, em nosso ordenamento nacional, a Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), a Lei 13.140/2015 (Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública), não podendo ser olvidados outros marcos regulatórios, ainda que dotados de âmbito restrito de aplicação, tais como a Resolução 125/2010 (Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário), expedida pelo Conselho Nacional de Justiça no afã de disciplinar a então ressurgente prática abarcada pelo Movimento pela Conciliação.

Note-se, ainda, que na imediata continuidade cronológica, além dos normativos já acima aludidos, conta-se também com a Resolução 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público (Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público), seguida pela Resolução 174/2016, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (Dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista), bem como pela Emenda Regimental 23/2016, do Superior Tribunal de Justiça (art. 288-A), que disciplina a criação do Centro de Soluções Consensuais de Conflitos.

III – O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO NOVO CPC

Os parágrafos do art. 3º do vigente Código de Processo Civil, tratando de vias alternas ao processo (também equivalentes jurisdicionais), dispõem que é permitida a arbitragem, destacando que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, exceção feita aos casos insertos em lei e nas hipótese de direitos indisponíveis que não admitam transação, determinando aos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público estimular a conciliação, a mediação e os outros métodos de solução consensual de conflitos.

Fica evidente a preocupação do legislador em dar boa solução ao grave problema do estoque de processos judiciais existentes nos escaninhos do Judiciário. Os dados não mentem: as taxas de congestionamen-

to anual, alcançaram, nos últimos anos (2015/2016), respectivamente, 74,8%, 71,6% e 54,2%[1], nas Justiças Estadual, Federal e do Trabalho.

Preocupado não apenas em diminuir o número de processos, mas também com o bom desempenho do Judiciário como restaurador da paz social, o legislador e os operadores do direito (comissões formadas para tratar dos projetos de lei que trataram dessa matéria) inspirando-se tanto no atual direito europeu quanto nos antecedentes históricos nacionais, buscando elevar a níveis ótimos de efetividade a prestação jurisdicional, esforçaram-se e realmente tiveram sucesso em positivar o dever de cooperação entre os sujeitos processuais, inclusive o juiz.

Dispõe o artigo 6º do NCPC que "Todos os sujeitos do processo **devem cooperar entre si** para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva" *(destacou-se)*. A partir do dispositivo, nota-se que o juiz é, ao lado das partes, um corresponsável pela resolução adequada e efetiva do processo em que atua, observando a celeridade. É o que a doutrina chama de princípio da cooperação ou da colaboração.

Afirma PAULA COSTA e SILVA[2] que "este princípio vem a refletir-se na imputação de situações jurídicas aos diversos intervenientes processuais, que visam a uma atuação colaborante no processo". O princípio "orienta o magistrado a tomar uma posição de agente colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras[3]".

A partir do princípio, retira-se que o julgador não deve apenas observar o fenômeno processual com distanciamento, mas deve se empenhar na pacificação da lide jurídico-social. Fredie Didier aduz que se busca "uma condução cooperativa do processo, sem destaques para qualquer dos sujeitos processuais"[4].

O princípio da colaboração coloca o sentenciante e as partes em pé de igualdade, como coparticipantes de um projeto com um fim comum e direcionado, tendo cada vértice da relação instrumental seu papel. A função judicante, portanto, se não modificada, foi em muito aperfeiçoada ao advento no novo diploma ora em foco, destacadamente no que se refere ao processo formal.

1 Disponível em : http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf Acesso em: 16 mar. 2017.

2 SILVA, *Acto e processo,* p. 590.

3 JUNIOR, Fredie Didier. *Revista de Processo*. 2006. P. 76.

4 DIDIER, Fred, *Curso de Direito Processual Civil,* p. 126.

Além disso, afirma a doutrina que ao juiz incumbem os "deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio para com os litigantes[5]".

Tanto as partes contendoras quanto o Estado-juiz almejam, comumente, o fim do feito. Processo é meio, não um fim em si próprio; é mero instrumento de consecução do bem da vida, não o bem da vida *per si*. A solução dele, nada mais adequado, deve ser projetada conjuntamente, mediante o auxílio judiciário, entre os próprios envolvidos.

Nesse mister, sobre o importante papel desempenhado pelas partes ensina Luiz Rodrigues Wambier que "Ninguém mais duvida que as partes [...] são as mais capacitadas para, com eficiente trabalho de aproximação ou com a oferta de sugestões adequadas, construírem a melhor solução possível[6]". O papel do juízo, portanto, é precipuamente o de oportunizar tais soluções, sempre recordando que o conflito dirimido por meio de acordo construído pelos próprios contendores tem muito mais chances de prosperar, em termos de pacificação do conflito sociológico, que a sentença judicial.

Marcelo José Magalhães Bonico (2016, p.82) explana:

> *Não há dúvida de que um modelo mais cooperativo, em que o juiz estabeleça um diálogo com as partes a respeito de todos os atos do processo, em especial no que diz respeito às provas, seria melhor do que o atual, em que o juiz, sempre num plano de superioridade, pouco dialoga.*

Nesse ponto, o Novo Código trouxe várias modificações. Cite-se, por exemplo, aquela relativa às chamadas decisões-surpresa, proferidas sem que se ouça a parte que sofrerá revés, agora expressamente vedadas (art. 9º, NCPC), sendo necessário se implementar o pleno contraditório antes de se decidir.

Verdade é que, consoante entendimento do autor por último citado, o instituto da cooperação processual, na verdade, não retrata propriamente um princípio técnico jurídico a ser observado, senão um fruto de uma ideologia, de uma radical mudança de mentalidade por parte dos operadores do direito.

5 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil:* pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, esp. p. 84.

6 WAMBIER, Luiz Rodrigues. *TEMAS ESSENCIAIS NO NOVO CPC.* p. 43-44

As ideologias, que podem não só constatar a existência de fenômenos e decifrá-los, igualmente estão capacitadas para construí-los, uma vez que superado de há muito a concepção de que esses vetores seriam como que frutos espontâneos da natureza, do acaso.

Tem-se que o ponto de partida do combate à "cultura da sentença", deve emergir tanto do ânimo do requerente/requerido (e de seus advogados) quanto do ânimo do próprio juiz. Sem a militância desses sujeitos processuais, a cooperação não produzirá qualquer efeito, resultado ou benefício real.

Sem dúvida, houve quem defendia – e ainda quem defenda – que são próprias à natureza do processo a não-cooperação, a litigância. Sem razão, contudo.

Está superada a visão segundo a qual as partes, por definição requerente/requerido, autor/réu etc. estariam em centros de poder opostos e em razão disso manteriam interesses opostos entre si, levando o modelo puramente adversarial, em sua acepção mais extrema, até as últimas consequências. Um ganharia enquanto o outro perderia, como o era ao tempo medieval da justa cruel.

Naquela ultrapassada compreensão, o protagonismo era exclusivamente das próprias partes, sendo papel do juiz observá-las, como um mero expectador diante de um duelo derradeiro, distante dos vetores que pudessem colaborar para a melhor pacificação do conflito, incumbido que estava, tão somente, de zelar pela integridade, higidez e validade dos procedimentos, para então, só ao fim, projetar a bala mortal contra um dos litigantes, a sentença.

Não há mais lugar para tal entendimento, nem para essa ultrapassada mentalidade.

É dizer, neste aspecto específico, faz-se necessária uma nova compreensão acerca dos sujeitos processuais a fim de se alcançar a pacificação social, ainda que por via judicial, sendo oportuno relembrar que, após o advento do NCPC, a mediação (mais do que a conciliação) é sim uma forma de resolução de conflito ante a qual as partes **devem** ser submetidas mesmo que já no curso demanda judicial, como expressamente está no artigo 334 do novo estatuto processual, o que será melhor explorado em tópico específico.

Ousa-se dizer que a busca pela implementação de uma cultura pacifista, inclusive no que diz respeito aos litígios judiciais, e assim, por con-

dutas e perfis mais colaborativos, não irá ceder à concepção já reputada ultrapassada, antiga, retratada em métodos exclusivamente antagonistas na condução da relação processual.

A realidade tem se impelido aos juristas. Consequentemente, resulta altamente desaconselhável o retrocesso à "cultura da sentença".

III - A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO INSERTA NO ARTIGO 334 DO NCPC E SUA OBRIGATORIEDADE

A opção legislativa primária, atualmente, é no sentido da resolução de conflitos por meios não adversariais, consoante se denota dos artigos 149, 165 e, destacadamente, do 3º, § 2º, todos do Novo Código de Processo Civil. Pode-se até mesmo dizer que o este último dispositivo remete para a via judicial propriamente dita, com todas as suas fases procedimentais, unicamente os casos inviáveis de serem resolvidos por meios consensuais, como a mediação e a conciliação. Evidentemente, nestas hipóteses, preponderando os formatos pré-processuais e extrajudiciais sobre os judiciais.

Ainda na vigência da legislação anterior, o artigo 447 do Código de Processo Civil de 1973 dispunha que "quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento", quando se dará a tentativa de conciliação das partes (art. 448).

Merece destaque o verbo utilizado pelo Código de 1973: *determinar,* cuja essência está ligada, não a uma faculdade ou a um poder, mas, em verdade, a uma obrigação.

E se havia alguma dúvida sobre a obrigatoriedade antes, agora a redação do artigo 334 do Novo Código de Processo Civil se mostra acima de questionamentos, senão leia-se:

> *Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. (destacou-se)*

Nota-se uma grande correspondência entre os dispositivos mencionados, havendo, contudo, uma alteração de relevância: o momento de realização da audiência. Antecipou-se a referida reunião para a fase pro-

cedimental imediatamente anterior à apresentação da resposta, primeira manifestação do réu. Dessa forma, evitam-se atos processuais eventualmente praticados desnecessariamente e se permite ir direto ao ponto – a resolução (dissolução) da lide.

A importância desta audiência salta aos olhos quando se percebe que o Código considera o injustificado não comparecimento a ela ato atentatório à dignidade da justiça, sancionável com multa de até dois por cento do valor da causa (art. 334, § 8º).

A obrigatoriedade, contudo, não é absoluta. O próprio Código traz duas exceções: a) se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; b) quando não se admitir composição (art. 334, § 4º, I e II). Nos dizeres da Lei, deve haver unanimidade de vontades para a não realização da audiência, ainda que haja litisconsórcio. Assim, salvo as duas exceções, entende-se que **deve** ser convocada a audiência.

Ademais disso, a Lei também traz, no art. 139, V, que é dever do juiz promover, a qualquer tempo, a autocomposição, a ser realizada, preferencialmente, com o auxílio de conciliadores e mediadores, obviamente em razão da presumível maior especialização destes últimos.

O alegado se mostra ainda mais sólido quando se lança mão de uma interpretação sistemática do dispositivo. Vive-se em tempos da chamada constitucionalização do processo civil, da adequação à realidade subjacente ao conflito, da simplificação, do maior rendimento ao processo, de convenções processuais etc.

Inúmeras são as vantagens sobrevindas da solução consensual do conflito, sendo a pronta pacificação a maior delas. Outras vantagens reflexas são: a diminuição significativa de custos financeiros e emocionais; a celeridade com que se resolve o conflito; a sensação de controle, pelas próprias partes, do procedimento, dando-lhes maior satisfação e segurança; a maior possibilidade de se levar a efeito o acordo realizado, justamente porque foram elas próprias que o firmaram.

Entretanto, segundo matéria do G1[7], há juízes de variados estados, entre eles São Paulo, Paraná, Espírito Santo, Santa Cataria e do Distrito Federal, que não determinam a audiência conciliatória, como se viu, obrigatória, afora das exceções legais, fundando-se nas mais diversas razões. Alguns alegam a falta de conciliadores, outros a falta de estrutura, outros,

7 Disponível em: http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/08/juizes-ignoram-fase-de-conciliacao-e-descumprem-novo-codigo.html Acesso em: 13 mar. 2017.

ainda, afirmam que, se a parte não manifestar expressamente sua vontade de conciliar na inicial, a audiência não deve ser convocada. Há decisões justificadas até na razoável duração do processo.

Fato é que o juízo comprometido com o (chamado por muitos) princípio da cooperação faz questão de observar a obrigatoriedade imposta pela lei. A transgressão da fase procedimental prevista no artigo 334 do CPC, não rende ensejo à mera superação de uma formalidade do processo, mas sim a modificação de todo o procedimento previsto no código instrumental.

É que a não realização da audiência preconizada pela lei obrigará o juiz a criar fases na condução do feito, as quais não estão previstas em lei, diferentemente das hipóteses em que a norma expressamente oferece alternativas para os casos da não implementação da audiência ora em comento, quando inviabilizada a sua efetivação por motivo admitido pela norma legal.

Pode-se dizer que nesta hipótese o operador do direito estará não apenas descumprindo a lei, mas também substituindo o próprio legislador, vez que, a seu único critério, mais do que deixa de realizar um ato procedimental, mas altera e terá de readaptar aquele (procedimento) ínsito em norma cogente, indiretamente restringido direitos estabelecidos pelo sistema, como, por mero exemplo, o lapso para a defesa do demandado compreendido no interregno que vai desde a citação do réu, com prazo de antecedência de vinte dias da audiência de conciliação/mediação, somente a contar da qual é que, ainda, passaria a fluir o prazo de contestação (art. 335, I, do CPC).

Na fala dada a Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, ao advento da introdução que procede à abordagem do atual código de processo civil, destaca-se que o diploma ora em evidencia:

> *[...] é a primeira legislação processual brasileira erigida sob a égide de um Estado Democrático de Direito, e como tal, se alinha, e consagra princípios e valores constitucionais muitas vezes mitigados no assoberbamento da prática forense [...] o Novo Código de Processo Civil promove a valorização dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, ciente da realidade judiciária brasileira e da necessidade de uma menor litigiosidade da sociedade [...] O compromisso do Novo CPC é, de fato, com a sociedade [...] se tal poder é conferido ao processo, este tem de se*

transformar, de se adaptar, renovar, assumindo o papel técnico, objetivo, imparcial, mas também sensível às dinâmicas sociais e vicissitudes do ser humano, por instrumento garantidor que é.

(in Novo Código de Processo Civil 2016 – Lei 13.105/15 com as alterações da Çei 13.256/2016, Luiz Fernando do Vale Almeida Guilherme (Org.) Belo Horizonte: Editora Letramento, 2016.)

IV – A MUDANÇA DE MENTALIDADE

Em diversos preceitos e em diferentes procedimentos constata-se a reprodução do ânimo do legislador em introduzir essa nova mentalidade na sistemática das lides forenses, indo para muito além das práticas exclusivamente extrajudiciais, incluindo agora diretamente nos procedimentos judicias, seja na modalidade pré-processual ou processual, momentos especialmente dedicados à mediação, como está, por mero exemplo, no art. 565 do NCPC, o qual prescreve que "quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias" .

Essa é a nova mentalidade que acaba introduzir no próprio Código de Processo Civil as práticas até aqui definidas como métodos alternativos aos meios (judiciais) tradicionais de resolução de conflitos e, bem é sabido que, obviamente, esse novo pensar enfrentará muitas e diversificadas resistências, algumas delas ditadas tanto pelo conservadorismo, justificado ou não, quanto pela acomodação ante a árdua tarefa de assumir um método de condução de processos que, com certeza, irá impor mais atividades por parte da máquina do Judiciário.

Isto exige a troca e renovação de toda a metodologia tradicional de estruturação das pautas de audiências, um diferente método de comprometimento das datas nas agendas, que deixarão de ser exclusivamente dos juízes de direito, os quais passarão a ter que trabalhar em conjunto com os seus colaboradores, os mediadores judiciais ou voluntários.

São os novos tempos. É toda uma nova mentalidade que está sendo construída e que, aos olhos da história, é irreversível, fruto tanto de um grande esforço de toda uma geração de operadores de direito quanto de metas traçadas institucionalmente pelo órgão constitucionalmente encarregado de fixar as políticas públicas do poder judiciário. •

A Justiça Restaurativa Despertando o Poder Judiciário para a Cultura de Paz

Maria Elizabeth Souza Muniz
Analista Judiciária, Pós-graduada em Direito Público, Facilitadora e Multiplicadora de Círculos de Justiça Restaurativa e de Construção de Paz.

RESUMO: Apontar uma reflexão sobre o caráter reparatório, ponto em comum na solução de conflito entre os povos indígenas e a sociedade atual. Identificar formas de estudos inspirados nos costumes antigos, através dos quais as comunidades realizavam acordos para pacificar seus conflitos. Apresentar uma proposta para o processo de capacitação dos operadores do direito para o manejo da metodologia necessária para ser aplicada como ferramenta de eficácia da Justiça Restaurativa.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Restaurativa. Cultura de Paz. Educação, Capacitação. Aplicabilidade.

ABSTRACT: Pointing a reflection about the reparatory character, point in common in conflict resolution among indigenous peoples and the present society. Identify studies inspired on the old ways through which communities held agreements to pacify their conflicts. Submit a proposal for the training process of law professionals for the management of the methodology needed to be applied as effective tool of Restorative Justice.

KEYWORDS: Restorative Justice. Culture of Peace. Education. Training. Applicability.

SUMÁRIO: 1 Introdução.1.1 Referencial de Análise Teórica. 2 Delimitação do estudo de uma nova abordagem sobre círculos de paz, nos quais se alimenta a construção de valores através da civilidade e mutualidade

um diálogo inicial com o pensamento de Kay Prannis 2.1 Evoluções dos Desafios do Estado no Processo de Capacitação dos Colaboradores do Sistema Público e a influência da sociedade contemporânea neste desafio. 3 Conclusão.

1- INTRODUÇÃO

A responsabilidade social é a ferramenta básica para construção do processo de reestruturação do Poder Judiciário como parte da estrutura da Administração Pública. A prova do seu bom desempenho dentro do panorama organizacional é uma função administrativa, mais eficiente que colabore na integração com os demais componentes sociais e políticos dentro do Estado Democrático de Direito.

É função/missão do Poder Judiciário, garantir o cumprimento dos direitos e deveres de todos os cidadãos. No ambiente organizacional, o que se vê é que um dos efeitos do aprendizado com a Justiça Restaurativa é a aproximação das pessoas e, assim fazendo, aproxima também o Poder Judiciário da sociedade. Por outro lado, é necessário investimento no processo de capacitação dos operadores do direito para que estejam habilitados para usar a dita ferramenta, que é um instituto novo no Brasil.

Ressalte-se, que assim como todo instrumento jurídico tem um princípio educativo, se faz necessário que as pessoas sejam educadas para sua aplicação, uma vez que a Justiça Restaurativa ainda está em fase de amadurecimento e pode ter como finalidade "desjudicializar" ou "desformalizar" o processo, sem desconstruir o direito de sua finalidade e eficácia. Sua finalidade está diretamente ligada ao rito processual que o processo tomar. Se alcançado o resultado, poderá contribuir para redução de delitos criminais e para que o direito e a sociedade se humanizem em direção à Cultura de Paz.

"A justiça restaurativa é conseguida idealmente através de um processo cooperativo que envolve todas as partes interessadas principais na determinação da melhor solução para reparar o dano causado pela transgressão".(MCCOLD;WACHTEL, 2003, p.7).

Se referida prática for realizada através dos "círculos de paz", ela estará vinculada às nossas relações de ancestralidade, a partir da cultura indígena, eis que na antiga tradição dos índios norte-americanos, era usado um objeto chamado "bastão de fala", que passava de pessoa para pessoa dentro do grupo, assim como nos círculos de paz de Justiça Restaurativa.

Os círculos de paz também nos remetem aos tempos em que nossos ancestrais se reuniam em volta da mesa da cozinha, durante séculos, para resolução dos conflitos familiares e muito, ou quase tudo, se resolvia pelo caráter reparatório.

O que percebemos é que neste processo todo a busca por uma Cultura de Paz, trará a reformulação das condições do primado da justiça no mundo. Pode-se dizer então que a partir das Declarações do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ONU), ao definir "Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal", cada um de nós, enquanto membro da Sociedade Civil, pode contribuir com pesquisas para efetivação do disposto acima. Assim sendo, já se sabe que muitas marcas desse trabalho já vêm ocorrendo com êxito na América do Norte, Austrália e Nova Zelândia, e amadurecendo no restante do mundo.

Neste sentido, pensamos como a Justiça Restaurativa pode influenciar positivamente na aplicação do direito no Poder Judiciário e aproximação da sociedade, tendo em vista o que está disposto na Lei do PRONASCI (11.530/2007 e 11.707/2008) Lei do SINASE (12.594/2012), Resolução no 125/10 e Emenda no 01/2013 do Conselho Nacional de Justiça, além Protocolo de Cooperação para a difusão da Justiça Restaurativa firmado em agosto de 2014 com a Associação dos Magistrados Brasileiros.

Atualmente, inclusive o novo Código de Processo Civil, (Lei nº 13.105/2015) aponta como norma fundamental e principiológica a solução consensual de conflitos, integrando até mesmo, a Política Nacional no âmbito do Poder Judiciário (Resolução nº 225/2016), neste momento, em que a Era dos Direitos Humanos é tão discutida, apontando aspectos relevantes da necessidade de respeito aos princípios norteadores da dignidade da pessoa humana, propomos uma reflexão a respeito de que se faz necessário para que se encontre alternativas para a dinamização do Processo Judicial e do Estado. Uma ideia de flexibilização que sinaliza para novos tempos com resultados mais eficientes, pois começa surgir a valorização dos princípios fundamentais e os estudiosos assumem posições firmes sobre a eficácia dos processos restaurativos.

1.1 Referencial de Análise Teórica

O mundo contemporâneo passa por uma nova era. Mas o reconhecimento dessa transformação, que permeia cada ato do cotidiano, ainda

não se universalizou. Por outro lado, o intelecto mecânico do homem ainda é um obstáculo para lhe permitir compreender com delicadeza e simpatia, as mudanças que estão desorganizando a vida e as relações sociais e, principalmente, para se abrir a "trocar suas lentes" diante da discussão das opiniões de célebres autores consultados sobre a influência da prática da comunicação não violenta e dos círculos de paz - dois institutos de relevância e que servem de fundamento e de base para o desenvolvimento da Justiça Restaurativa no Brasil.

2 - DELIMITAÇÃO DO ESTUDO DE UMA NOVA ABORDAGEM SOBRE CÍRCULOS DE CONSTRUÇÃO DE PAZ, NOS QUAIS SE ALIMENTA A CONSTRUÇÃO DE VALORES ATRAVÉS DA CIVILIDADE E MUTUALIDADE. UM DIÁLOGO INICIAL, COM PENSAMENTO DE KAY PRANIS (PRANIS, 2010)

Relata Kay Pranis (2010, p.39-40):

> *Os Círculos de Construção de Paz não são um processo neutro, livre de valores. Ao contrário, são conscientemente erguidos em cima de um alicerce de valores partilhados. Não se prescreve um conjunto específico de valores para os Círculos, mas a estrutura axiológica é a mesma para todos eles.*
>
> *Os Círculos partem do pressuposto de que existe um desejo humano universal de estar ligado aos outros de forma positiva. Os valores do Círculo advêm desse impulso humano básico.*
>
> *Portanto, valores que nutrem e promovem vínculos benéficos com os outros são fundamento do Círculo.*
>
> *Não existe uma forma única de expressar esses valores, e mesmo que minha experiência tenha demonstrado que são similares em grupos diferentes, jamais se pode partir do pressuposto de que todos já os conhecem. Nos Círculos de Construção de Paz identificamos esses valores intencional e explicitamente antes de começar o diálogo sobre as questões em pauta. Os integrantes do Círculo devem verdadeiramente assumir esses valores, já que serão instados a usar de toda a sua capacidade para agir segundo os mesmos ao longo dos trabalhos.*

Talvez, enquanto nos mantemos afastados e desiludidos, uma ordem internacional esteja se formando sem que nossos "olhos" percebam, no processo de capacitação de professores e operadores do direito em busca da cultura da paz. O mundo espera por sua sobrevivência, pela paz e ordem social, e a interdependência que une os estados em federações e nações em império possam, por fim, consolidar uma ordem político-social em alinhamento com esta nova cultura, que é antiga e que precisa ser resgatada, e tudo passa por um novo aprendizado.

Quando um interesse nacional nos parece em conflito com os interesses gerais da humanidade, coisa nenhuma nos inibe de ser leais à humanidade, elevando-nos, em moral e em diplomacia, àquele senso do todo que é o segredo de tudo.

Para Zehr (2012, p.24):

> *O movimento de Justiça Restaurativa começou com um esforço de repensar as necessidades que o crime gera e os papéis inerentes ao ato lesivo. Os defensores da Justiça Restaurativa examinaram as necessidades que não estavam sendo atendidas pelo processo legal corrente. Observaram também que é por demais restritiva a visão prevalente de quais são os legítimos participantes ou detentores de interesse no processo judicial.*
>
> *A Justiça Restaurativa amplia o círculo dos interessados no processo (aqueles que foram afetados ou têm uma posição em relação ao evento ou ao caso) para além do Estado e do ofensor, incluindo também as vítimas e os membros da comunidade.*
>
> *Como esta visão de necessidades e papéis marcou a origem do movimento, e pelo fato de a estrutura de necessidades/papéis ser tão inerente ao conceito, é importante começar nossa revisão desse ponto. À medida que o campo da Justiça Restaurativa se desenvolveu, a análise dos detentores de interesse tornou-se mais complexa e abrangente. A discussão que segue se limita a algumas das preocupações centrais que já se faziam presentes desde o início do movimento e que continuam a desempenhar um papel central. Ela também se limita às necessidades "judiciais" necessidades das vítimas, ofensores e membros da comunidade que podem ser atendidas, ao menos em parte, pelo sistema judicial.*

Certamente, os primeiros vestígios da doutrina de Justiça Restaurativa, comprovam que também o Poder Judiciário, se vê diante de necessidades não atendidas dentro do processo judicial e administrativo.

As análises das práticas restam comprovadas no Guia de Reuniões de Justiça Restaurativa, (PRANIS, 2010, p.154) que revela o caráter dinâmico deste processo sistêmico, assim como a função social da ferramenta, que aponta outra peculiaridade, uma metodologia que depende da integração do Governo e da Comunidade.

Imaginar a ideia de macro e micro, governo e comunidade ou vice-versa, neste processo que traz as pessoas para perto, todos ganham e ganha o direito social, através de uma unicidade, que se manifesta com eficácia em qualquer parte do mundo.

2.1 Evoluções dos Desafios do Estado no Processo de Capacitação de Colaboradores do Sistema Público e a Influência na Sociedade Contemporânea neste Desafio.

Certo que a dinâmica da globalização tem proporcionado grandes transformações, muitas são as alternativas que surgem na forma de organizar o conhecimento, se comparadas, por exemplo, aos processos exaustivos dos séculos XVII e XVIII.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO (1963, p.37), refere com muita propriedade que:

> *A Primeira tarefa de um Estado nascente ou renascente consiste geralmente em reforçar seu sistema de comunicação, manter a ordem pública e o respeito à legalidade, criando a seguir uma economia mais produtiva. Desde o início, os governos se sentiram preocupados com a ausência de quadros (homens de Estado, funcionários e técnicos) capazes de estabelecer e consolidar sua influência no país. Portanto, muito cedo foi necessário criar um sistema de ensino capaz de fornecer rapidamente ao Estado seus quadros políticos e administrativos. Por falta de tempo e de recursos suficientes, os esforços desenvolvidos no campo do ensino visaram diretamente a descobrir e formar a esta elite. Nessas condições, aconteceu que muitas vezes se criaram instituições de ensino superior, bem antes de se tentar seriamente fazer o esforço de organi-*

> *zar um amplo sistema de ensino elementar ou primário, para o qual, aliás não se tinha pessoal docente, uma vez que o ensino secundário não estava suficientemente desenvolvido. Esta situação é análoga àquela em que se encontravam os Estados europeus modernos quando começaram a organizar o ensino.*

O Estado ainda sofre as consequências desta escolha de formar homens: o ensino elementar ficou esquecido, e no momento atual o Estado é chamado para capacitar seus homens, servidores, e técnicos, para se alinharem ao mundo que se globaliza e se informatiza em decorrência dos processos sociais dinâmicos que contribuem para que as pessoas sem a educação elementar necessária assimilem as informações do que acontece no mundo, de forma violenta e distorcida da realidade.

Educar os colaboradores do Estado, para Justiça Restaurativa, através de práticas restaurativas com enfoque à metodologia dos círculos de paz, sair da educação mecânica e tecnicista, para um método mais humanista, que produz pessoas mais completas, através da escuta empática e o respeito, desenvolver forças criativas nos indivíduos conectando-os uns com os outros, abrindo-lhes para aspectos mais amenos e instrutivos dentro de uma sociedade fria e individualista.

Uma educação meramente científica transforma o educando em mero instrumento; deixa-o estranho à beleza, afasta-o da sabedoria. A Educação está relacionada através da herança moral, que aprenderemos nos relacionando com as pessoas em comunidades, no conhecimento intelectual e estético da raça humana. Temos muito a aprender, para alcançarmos o controle tanto de nós mesmos como do mundo exterior. Isso significa escolhermos o melhor como associado do nosso corpo e do nosso espírito; significa aprendermos a adicionar a cortesia à cultura, a sabedoria ao conhecimento e a indulgência a compreensão é o caminho que nos leva a cultura dos círculos de paz, que nos remete aos costumes de nossos ancestrais.

É certo que à medida de crescimento da civilização torna o processo mais complexo e nossa capacidade física mais limitada, diante da demanda que nos é exigida diariamente, todavia a mudança é necessária para nossa sobrevivência, para que sejam atendidas as necessidades judiciais e do coletivo.

2.2 PENSAR O DIREITO E CONHECER AS METODOLOGIAS DA COMUNICAÇÃO NÃO VIOLENTA E DOS CÍRCULOS DE PAZ CONSTITUEM ELEMENTOS FUNDAMENTAIS PARA APLICAÇÃO COM EFICÁCIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA.

Nossa cultura é muito superficial nos dias de hoje, pois a própria democracia parece aos poucos perder sua confiabilidade. Um Estado Democrático sem educação é uma nação preocupante, nossa esperança é que a informação está espalhada pelo mundo, e pessoas mais bem informadas surgem com investigações científicas para nos preparar para uma Grande Sociedade.

O equilíbrio se vê em mudanças comportamentais, Rosenberg (2006, p. 241-243), discorrendo sobre sua experiência de substituir diagnósticos através da Comunicação Não Violenta, explicita:

> *[...] comecei a experimentar substituir a linguagem clínica por aquela da Comunicação Não Violenta (CNV). Em vez de interpretar o que meus pacientes estavam dizendo de acordo com a teorias de personalidade que eu havia estudado, tornei-me presente às suas palavras e escutei com empatia. Em vez de diagnosticá-los, revelei o que estava acontecendo dentro de mim mesmo. No início, isso foi assustador. Fiquei preocupado com a reação dos colegas à autenticidade com a qual eu estava entrando no diálogo com os pacientes. Entretanto, os resultados foram tão gratificantes, tanto para os pacientes como para mim mesmo, que logo superei toda hesitação.*

Rosenberg (2006), demonstra que em vez de interpretar os clientes, estabeleceu empatia com eles; em vez de diagnosticá-los, preferiu se expor.

Esclarece em resumo, que a CNV melhora a comunicação interior, ao nos ajudar a traduzir mensagens internas negativas sem sentimentos e necessidades. Nossa capacidade de distinguir nossos próprios sentimentos e necessidades de entrar em empatia com eles pode nos libertar da depressão. Podemos então reconhecer os elementos de escolha em todas as nossas ações. Ao mostrar como nos concentrarmos naquilo que realmente desejamos, em vez de naquilo que há de errado com os outros ou com nós mesmos, a CNV nos dá as ferramentas e a compreensão de que precisamos para criar um estado mental mais pacífico. Profissionais de

aconselhamento e psicoterapia também podem utilizar a CNV para criar relacionamentos, com os pacientes que sejam mútuos e autênticos.

Esta é uma das razões pelas quais o Processo de Justiça Restaurativa, sai do campo do direito para uma positivação do "Estado de Direito", que dependerá de uma ferramenta que humanize as relações interpessoais na sociedade, através das técnicas de facilitação de novos processos relacionais, que envolvem estímulos e desestímulos às condutas humanas.

Operadores do direito, membros da comunidade, profissionais de um modo geral, podem aprender tais processos de comunicação, que mostram que tanto na ciência comportamental, ou no resgate cultural e antropológico, uma cultura ultrapassada ficará em seu tempo, para que novas formas se construam, as quais são extremamente necessárias para manutenção da vida e do planeta.

Transcender nosso próprio papel e sermos autênticos nos processos de comunicação, aplicando os métodos de escuta empática e diálogo respeitoso, nos possibilita uma oportunidade de conexão com o outro, que resulta muito positiva para eficácia da Justiça Restaurativa.

Aplicando a técnica da Comunicação Não Violenta, a Central de Práticas Restaurativas do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto alegre, por exemplo, aponta experiências de práticas exitosas com a Justiça Restaurativa, que se inicia experimentando procedimentos restaurativos com base nos princípios da Justiça Restaurativa observando as etapas processuais: pré-círculo (preparação do encontro); círculo (realização do encontro subdividido em três etapas; compreensão mútua, auto – responsabilização e acordo) e pós-círculo (acompanhamento do acordo). Que em regra, seguiram por um tempo na metodologia da CNV (Comunicação Não Violenta), sendo que, no ano de 2007, a CPR/IIJ iniciou estudos e testes de novas metodologias, no intuito de adequar e enriquecer as diversidades das situações, oriundas dos encaminhamentos realizados. Paralelamente a metodologia desenvolvida pela CNV, surge a vertente de práticas restaurativas inspirada nos povos indígenas norte-americanos desenvolvida através de ensinamentos da Professora Kay Pranis, que encanta a todos pela suavidade e pelo refinamento com a metodologia dos Círculos de Paz.

Pranis (2011, p.25), ensina que embora o círculo possa ser combinado com outros processos, ele tem várias características que são únicas e que o distinguem:

O comprometimento do círculo para criar relacionamentos antes de discutir o problema central é uma parte muito importante do processo circular. Os Círculos retardam, de maneira deliberada, o diálogo sobre os problemas contenciosos, até que o grupo tenha trabalhado um tempo, em construção de relacionamentos. Uma rodada de apresentação com uma pergunta convidando as pessoas a compartilharem alguma coisa sobre si, a criação de valores e diretrizes para o círculo e uma rodada de contação de histórias sobre um tópico que está tangencialmente relacionado ao ponto-chave precede a discussão dos tópicos difíceis que são foco do círculo.

Acreditamos, que as metodologias da CNV e dos Círculos de Paz ou Restaurativos, são avanços que podem atender aos requisitos de que trata a Organização das Nações Unidas. Na união de forças em busca da Paz. Todavia se faz necessário uma mobilização globalizada para aplicação de tais métodos e de outros meios alternativos que nos levem a Segurança e a Paz, nesta ambiência, contam as ciências jurídicas na atualidade, com as ferramentas necessárias (regras, costumes e princípios) para operar referidas habilidades, que transcendem aos padrões do processo formal, a partir da construção da essência do que é do cotidiano humano.

3-CONCLUSÃO:

Atualmente, o mundo virtual nos desconecta das pessoas, nos comunicamos por mensagens virtuais e quando isto acontece parece que nos percebemos no paraíso, e neste passo estamos perdendo a habilidade de ouvir e escutar. Através dos processos circulares, aprendemos a nos conectar com o outro, por exemplo: se uma pessoa da comunidade tem a chance de ser chamada para compor um processo de círculos de paz, isto reverbera no seio da comunidade e ela passará a ter forças para resolver seus próprios conflitos.

Resgatar a Justiça Comunitária é o Papel Educador que o Estado Moderno terá que desempenhar, pois, nela estão centrados os valores da Justiça Restaurativa, que aproxima a Sociedade e o Estado.

A velocidade em que se processam as transformações nos convidam para acelerarmos o processo de capacitação de todos, de forma que tal conhecimento chegue ao Estado, ao Poder Judiciário, as escolas, a sociedade civil em geral, e nós não fiquemos a esperar a destruição da

juventude pela droga, ou do adulto pelo crime, ou das doenças psíquicas do trabalho que causam inúmeros óbitos, em decorrência de sentimentos que nos deprimem, pela falta de recursos internos e externos para suportarmos "sozinhos" as crescentes demandas dos conflitos sociais e interpessoais.

Procurar os meios alternativos é o que determina a Organizações das Nações Unidas, para que os Estados Membros se apoiem mutuamente no desenvolvimento e implementação de pesquisa, capacitação e outros programas, assim como em atividades para estimular a discussão e o intercâmbio de experiências também para que os Estados Membros se disponham a prover, em caráter voluntário, assistência técnica aos países em desenvolvimento e com economias em transição, se o solicitarem, para os apoiarem no desenvolvimento de programas de justiça restaurativa.

Este apoio mútuo é um dos pontos principais dos Círculos de Paz ou Restaurativos, no resgate de valores que acabam por se perder, quando se pratica um ato de violência.

A visão contemporânea do mundo sustenta que a realidade está sempre em transformação e em interação com os mais diferentes fatores, só a união de forças poderá fazer a mudança, que deve se dar no apoio de um ao outro, como declara a Organização das Nações Unidas, objetivando manter um equilíbrio dinâmico para que tudo funcione harmoniosamente.

Rodriguez (2006, p.28), discorrendo sobre Justiça Restaurativa e a Proteção da Vítima, reforça sobre os bons resultados alcançados a partir do Princípio Educativo, que pode alcançar jovens e adultos.

> *El reconocimiento de la justicia restaurativa en la Justicia Juvenil, debido a los buenos resultados producidos, de acuerdo con el principio educativo, ha llegado a tener acogida dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, comprendiendo dentro de éste no sólo a los menores de edad, sino también a los adultos. Es importante anotar que en el nuevo paradigma de la justicia penal juvenil, elmismo fue influenciado por el Derecho Penal de adultos, en cuanto se asumieron las garantías de Derecho Penal y Procesal Penal que habían sido reconocidas en éste. Sin embargo, a la inversa el Derecho Penal Juvenil ha influenciado al Derecho de adultos, esto, por ejemplo, en lo atinente a las ideas de justicia res-*

taurativa, aunque debe re conocerse que siempre el Derecho Penal Juvenil va más adelante que el Derecho de adultos. Así en lo relativo a la justicia restaurativa, como expresión de la desformalización, el Derecho Penal Juvenil implica posibilidades más amplias de aplicar las ideas de justicia restaurativa.

Por este motivo, acreditamos que a busca pela Paz, passa por um por processo educacional, que pede a assimilação de novos saberes, de forma que todos os envolvidos com a Justiça Restaurativa, passem a aplicar o "Princípio Educativo" que ela produz, e assim, desperte efetivamente o Poder Judiciário para a cultura de Paz, uma vez que não podemos satisfazer nossos corações com uma ética que ponha de lado o grupo; uma vez que depois de praticado um ato antissocial, sentimos na consciência um apelo para uma vida mais saudável, momento em que sobrevém-nos o desejo de uma existência onde haja maior tolerância e cooperação do meio social, e tal fato acaba despertando o sentimento de juntos trabalharmos para construção da uma nova justiça, e de um novo processo judicial, que coopera, media, concilia e luta pela PAZ. •

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei federal, nº 11.530/2007, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11530.htm>. Acesso em: 16 mar. 2016.

_____. Lei federal, nº 11.707/2008, Disponível em:. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Lei/L11707.htm>. Acesso em: 16 mar. 2016.

_____. Lei federal, nº 12.594/2012. Disponível em:< www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em: 21 maio 2015.

_____. Lei federal nº 13.105/2015. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 mar. 2016.

EUFRÁZIO, José Carlos. Educação: um tesouro a descobrir. 7.ed. rev. São Paulo: Cortez; Brasília, DF; UNESCO, 2012.

MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. Em Busca de um Paradigma: uma teoria de justiça restaurativa. Rio de janeiro, 2003. Disponível em:< http://

gajop.org.br/justicacidada/wp-content/uploads/Em-Busca-de-um-Paradigma-Uma-Teoria-de-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf >. Acesso em: 17 mar. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. RESOLUÇÃO 2002/12: princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Nova York, 2002. Disponível em:< http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf >. Acesso em: 13.03.2017

PRANIS, Kay. Círculos de justiça restaurativa e construção de paz: guia do facilitador, Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2011. 12

_____. Processos Circulares. São Paulo: Palas Athena, 2010.

RODRIGUEZ, Javier Llobet. Justicia restaurativa y la protección de la víctima. Revista Pensamiento Penal, p. 1 - 37 jun. 2006. disponível em: < http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/justicia-restaurativa-proteccion-victima. Acesso em: 20 maio 2015.

REUNIÕES de justiça restaurativa / real justice (justiça verdadeira) e guia de reuniões restaurativas. International Institute for Restorative Practice. Bethlehem, Pennsylvania: The Piper´s Press, 2010.

ZEHR, Howard. Justiça restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2012.

_____. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Políticas Públicas de Métodos Consensuais Penais no Judiciário Brasileiro e seu Contato com a "Teoria do Reconhecimento" de Axel Honneth

Maria Hortência Cardoso Lima
Mestranda-Direito/UFS. Especialista-Direito de Família e Sucessões/FASE. Graduada em Direito/FASE e História/UFS. Mediadora e Conciliadora do TJSE. Instrutora de mediação/CNJ.

Carla Maria Franco Lameira Vitale
Mestranda-Direito/UFS. Especialista-Direito Penal e Processual Penal/FASE. Graduada em Direito/UNIT. Mediadora/TJSE. Gestora de Divisão Operacional do Nupemec/TJSE. Instrutora de mediação/CNJ.

RESUMO: Este trabalho aborda Políticas Públicas Consensuais Penais do CNJ a serem implantadas no Judiciário Brasileiro. As Resoluções 125/2010 e 225/2016 tratam de práticas que visam ao reconhecimento dos envolvidos em conflitos como dignos de tratamento humanizado. A Resolução 225/2016 traça os encaminhamentos necessários à implantação da prática restaurativa no âmbito criminal, voltada para uma maior atenção à vítima e familiares com foco na ressocialização do ofensor. Tal visão se respalda, filosoficamente, na teoria do reconhecimento de Axel Honneth, que defende que as lutas sociais ocorrem por conta do desrespeito às formas de reconhecimento do amor, da justiça e da estima.

PALAVRAS-CHAVE: politicas públicas; práticas restaurativas; reconhecimento.

INTRODUÇÃO

Os conflitos sociais, sua abordagem e formas de tratamento têm sido fruto de muitas reflexões no contexto das diversas sociedades. Não são poucas as formulações filosóficas que enfrentam essa temática com o objetivo de verificar suas causas e formas de combate em busca de uma vida social harmônica.

Historicamente, a defesa própria e individual foi a primeira a ser utilizada pelo homem para solução dos conflitos. Esta se caracteriza pela utilização da força bruta com intuito de ver satisfeito um interesse.

A sucessão dessa maneira de resolver os problemas caracteriza-se pela escolha de um terceiro para intervir nos conflitos. Nessa abordagem, surge a autocomposição, que se fundamenta na concessão ou cessão do interesse, no todo ou parte, em benefício do interesse alheio. (DIDIER, 2012, p.105).

Surgindo uma ação delitiva de um ou mais indivíduos, nasce a obrigação de uma resposta estatal com vistas a solucionar e prevenir outras práticas indesejáveis. Essa foi a fase seguinte, vivenciada pela sociedade para solucionar os conflitos. Cabia, inicialmente, ao soberano a solução dos conflitos, com o tempo essa função passou para órgãos independentes, até chegar ao Poder Judiciário.

As normas de controle social (Direito) vêm à tona para realizar essa regulamentação, respaldando as ações estatais. Para preservação da vida comunal, há a necessidade de estabelecimento de regras, o homem não pode existir exclusivamente para satisfazer seus próprios impulsos e instintos. (GONÇALVES, 2012, p.23).

No âmbito do Direito Penal Brasileiro, verifica-se a utilização do tratamento apresentado no modelo clássico de Justiça Penal, de mera aplicação das penas, com escopo na punição do agente infrator da norma penal mediante encarceramento. Aliada a essa punição, vincula-se o discurso de prevenção de práticas semelhantes futuras, de ressocialização e da pacificação social.

Na prática, o que se verifica é uma realidade diferente do discurso, em que, após a reclusão, os indivíduos retornam das celas penitenciárias para a sociedade com hábitos piores dos que já possuíam quando entraram. Nesse modelo, em verdade, o sistema carcerário se mostra excludente e seletivo, que só agrupa um número desumano de indivíduos em

celas ínfimas e ambientes insalubres, portanto, condições desumanas e cruéis, sendo, exatamente, o local onde o individuo vivencia e apreende a criminalidade em níveis muito mais amplos e complexos.

> *Os profissionais da área da justiça – juízes, advogados, promotores, oficiais de condicional, funcionários do sistema prisional – amiúde expressam sua frustração com o sistema. Muitos sentem que o processo judicial aprofunda as chagas e os conflitos sociais ao invés de contribuir para seu saneamento e pacificação.* (ZEHR,2012, p.13).

O sistema penal atual se revela, assim, como reflexo de um padrão cultural institucionalizado pela crença da legitimidade do emprego da violência como compensação às injustiças e da ineficiência pedagógica e normativa das estratégias punitivas que necessitam a cada dia de uma nova reflexão quanto a seus resultados e manutenção dos moldes atuais.

Ante a discussão que se abre para a busca de soluções viáveis e adequadas de combate a essa onda ampliada de violência, está a Justiça Restaurativa, que, de forma suplementar ao atual sistema, oferece muitas possibilidades de atuação com resultados bastante motivadores.

No Brasil, o CNJ implementou no ano de 2010, a Resolução 125, que instituiu oficialmente no Judiciário Brasileiro os Métodos Adequados de Tratamento de Conflitos, o que impulsionou inúmeras práticas por todo o país, inclusive a prática restaurativa para os crimes de menor potencial ofensivo.

Recentemente, de forma mais direta, neste mês de junho/2016, foi editada a Resolução 225/2016, pelo mesmo Conselho Nacional de Justiça, com enfoque direcionado para a aplicação da Justiça Restaurativa no nosso Judiciário. A justificativa para sua aplicação traz em seu bojo a necessidade de se unificar o conceito de Justiça Restaurativa e o aprimoramento de formas de resposta às demandas sociais pelo Judiciário, relacionadas aos conflitos e sua violência e, ainda, com objetivo de promover a paz na sociedade.

Essa forma de justiça para se concretizar e efetivar necessita de que haja a identificação do reconhecimento recíproco de que todo ser humano é um sujeito social, detentor de direitos e obrigações. O desrespeito a essas condições ocasiona, na tese de Alex Honneth, os mais diversos tipos de conflitos em sociedade.

A teoria do Reconhecimento de Alex Honneth aborda a questão do reconhecimento recíproco na base de uma vivência social saudável e com possibilidades de superação de cada um deles.

A formulação da Teoria Crítica de Axel Honneth traça uma linha de raciocínio que desenvolve os fundamentos de uma teoria social de teor crítico-normativo e com base filosófica nos conceitos elaborados por Hegel em sua teoria do reconhecimento social. Para Hegel, três são as formas de reconhecimento que contém em si o respectivo potencial para uma motivação de conflitos.

Honneth concorda, inicialmente, com essa argumentação, no entanto, reconstrói empiricamente o reconhecimento defendido por Hegel, utilizando-se de forma complementar da inflexão empírica de G. H. Mead, que apresenta um conceito de pessoa cuja possibilidade de autorrelação sem perturbações conflituais é dependente de três formas de reconhecimento pautadas no amor, no direito e na estima.

A partir dessas fundamentações, Honneth delineia sua Teoria Crítica sobre a sociedade justificando a distinção das diversas relações de reconhecimento, afirmando que as de reconhecimento, correspondem a tipos de desrespeito e isso pode interferir no surgimento de conflitos sociais como motivadores das ações. Assim, todo processo de mudança social deve ser explicado com referência às pretensões normativas estruturalmente inscritas nas relações de reconhecimento recíproco.

Sua releitura nos remete a uma vinculação de afinidades aos propósitos difundidos pela prática da justiça restaurativa, sendo tais convergências de propósitos o foco deste artigo.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS PENAIS PARA O JUDICIARIO BRASILEIRO - AS RESOLUÇÕES 125/2010 E 225/2016 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A ideia de criação de uma resolução que definisse uma política de RADs (Resolução Alternativa de Disputas), a ser adotada em todo o Judiciário Brasileiro pelo Conselho Nacional de Justiça, decorreu de uma premissa de que cabe ao Judiciário estabelecer a política pública de tratamento mais adequado para os conflitos que se discutem em seu âmbito de atuação, seja de forma heterocompositiva ou autocompositiva (AZEVEDO, 2015, p. 33).

Daí surgiu a Resolução 125/2010, fortemente influenciada por projetos pilotos que já estavam sendo adotados e que tinham excelente aceitação e resultados do público alvo, o que evidenciou a necessidade de estimular, apoiar e difundir práticas já adotadas pelos tribunais, como também de uniformizar os serviços já implementados, evitando-se disparidades de orientações e práticas.

As experiências em alguns Estados atingiram os mais diversos campos de atuação autocompositiva, a exemplo de mediação na área cível, penal (vítima-ofensor), comunitária, previdenciária, entre outras ações.

A Resolução 125/2010 do CNJ, aprovada em 29 de novembro de 2010, tem bastante claros os seus objetivos e estes se encontram listados em seus artigos 2º a 4º, quais sejam: disseminar a cultura da pacificação social e estimular a adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, de qualidade (art. 2º); reforçar a função de agente apoiador na implantação de políticas públicas do CNJ aos Tribunais de todo o país (art. 3º); incentivar os tribunais a planejarem programas amplos de incentivo à autocomposição e à pacificação social (art. 4º).

Pretende-se, com essa Resolução, promover uma transformação da imagem do Poder Judiciário, de um lugar onde sobre si recaem decisões muitas vezes desagradáveis, para um local de satisfação dos litígios de forma mais adequada e cidadã. Assim, busca-se o resgate do escopo mais elevado das atividades jurídicas, que é o de promover a pacificação social.

Nesse toar, pretendeu-se estabelecer um acesso à Justiça, que inclui não só permitir que as demandas dos necessitados possam ser tratadas no Judiciário, mas sim incluir os jurisdicionados à margem do sistema nas soluções de conflitos heterocompositivas ou mesmo que possam ser auxiliados a alcançar uma solução de forma autocompositiva. (AZEVEDO, 2015. p. 35).

O aspecto positivo dessa nova forma de acesso à Justiça é que se escora na administração de um sistema público de resolução de disputas legitimado, principalmente, pela plena satisfação do usuário do Judiciário, isso através de sua participação na condução e no resultado final de seu processo.

É o que evidencia Luciana Aboim Silva (2013, p.163), quando menciona que as pessoas estão condicionadas a esperar que um terceiro imparcial resolva suas desavenças, como se não tivessem capacidade de, por si sós, alcançarem a justiça no caso concreto.

Para alcance desses objetivos, devem ser observadas as características próprias de cada situação fática que se apresenta no caso concreto, como, por exemplo, o custo financeiro, a celeridade, o sigilo, a manutenção do relacionamento, custos emocionais, flexibilidade procedimental, recorribilidade, entre outros.

Cada situação traz uma possibilidade própria de tratamento autocompositivo ou heterocompositivo adequado e que poderá ser utilizado. Essa metodologia de adequação se baseia nos ensinos do professor americano Frank Sander, que a denominou de Fórum de Múltiplas Portas. (AZEVEDO, 2015, p. 36).

A ideia é de que o cidadão consciente dos requisitos e característica da demanda, referente a determinado conflito, possa encontrar no Judiciário o tratamento adequado para satisfação de seus interesses. Assim, por exemplo, se a demanda for de família, onde as relações são contínuas mesmo após a ocorrência do conflito, a mediação pode oferecer melhor opção de solução, vez que resgata a comunicação e auxilia a encontrar soluções viáveis para ambas as partes. Se a demanda for de consumidor, outro exemplo, onde se discute apenas determinado valor ou cláusula contratual, a solução pode ser encontrada, mais rapidamente por meio da conciliação.

No âmbito penal, quando se verifica a crise do sistema carcerário, próprio da justiça retributiva, a opção que tem sido vista de forma bastante positiva é a utilização dos recursos da Justiça Restaurativa. A mediação vítima-ofensor em sede de Juizados Criminais e os Círculos Restaurativos vem sendo aplicados de forma experimental em alguns Estados, exemplo de Brasília, para os crimes de menor potencial ofensivo, com muito bons resultados. Busca-se assim estabelecer uma nova face ao judiciário: um local onde pessoas buscam e encontram suas soluções – um centro de harmonização social. (AZEVEDO, 2015, p. 37).

Uma das alterações na estrutura do Judiciário, provocadas por essa Resolução, foi a criação, nos artigos 7º e 8º dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais (Nupemecs) e Centros de Soluções de Conflitos (Cejuscs). O primeiro, caracteriza-se por ser órgão gestor, responsável por organizar, implantar, realizar convênios e auxiliar na gerência dos Cejuscs. Estes, como local que organiza e realiza as práticas autocompositivas.

O parágrafo 3º do artigo 7º da Resolução 125/2010, até 08-03-2016, autorizava diretamente aos Núcleos a estimular programas de me-

diação penal ou outro processo restaurativo, conforme previsão da ONU na Resolução 12/2002, com a participação do ofensor em todos os atos. Tal previsão possuía, ainda, amparo legal nas leis 9099/95 e nos artigos 112 e 116 da lei 8069/90. E por todos esses anos possibilitou e estimulou a realização de vários projetos pilotos nos Judiciários de vários Estados.

Esse parágrafo 7º, da Resolução 125/2010, foi alterado este ano pela Emenda n. 2, datada de 08-03-2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Essa nova fórmula de atuação, que toma corpo na esfera jurídica do mundo e do Brasil, abre caminhos para as ações positivas de restauração, reequilíbrio social e resgate da importância da participação da vítima no processo de punição e responsabilização do infrator, complementa-se com a possibilidade real de recuperação deste último, o que só é possível se alcançar por meio da Justiça Restaurativa.

Recentemente, autorização de maior força jurídica ocorreu com a publicação, nesse último mês de junho, da Resolução 225/2016, do Conselho Nacional de Justiça, que trata especificamente sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa e sua aplicação no Judiciário Brasileiro.

No bojo de suas justificativas, os aspectos relacionais, institucionais e sociais, vistos como complexos, devem ser considerados, e devem ser estabelecidos procedimentos que abarquem tais aspectos e, promovam mudanças de paradigmas.

A adoção da Justiça Restaurativa vem sendo solicitada para aplicação no mundo em vários documentos internacionais, a exemplo das Resoluções 1999/16, 2000/14 e 2002/12, todas da ONU.

Na nossa legislação, conforme o que já foi anteriormente ressaltado, os artigos 72, 77, 89 da lei 9099/95, os artigos 112 e 116 da Lei 8069/90 e, ainda, o artigo 35 (II e III) da Lei 12.594/2012, estabelecem medidas fundamentadas na Justiça Restaurativa ou no favorecimento dos meios autocompositivos como prioritários. Esses regramentos serviram de fundamento para a Resolução 225/2016, com a recomendação de que os meios autocompositivos sejam priorizados em relação à imposição de medidas e a intervenção judicial.

Apesar dos esforços empreendidos, o exercício efetivo da Justiça Restaurativa ainda é muito tímido, quando relacionado a práticas tradicionais já institucionalizadas e calcadas na justiça retributiva.

Em seu artigo primeiro, a Resolução 225/2016 aponta uma definição da Justiça Restaurativa, conceituando-a como um conjunto ordenado

e sistemático de utilização de regras, metodologia, princípios e de técnicas com vistas à conscientização sobre fatores relacionais, sociais e institucionais que motivam a violência e os conflitos, gerando danos e que são solucionados de modo estruturado. (Resolução 225/2016, art. 1º).

A defesa dos elementos da prática restaurativa se evidencia nos incisos I a III, que abordam a necessidade de participação do ofensor, da vítima, da família e da comunidade em todo o processo, além do(s) facilitador(es) (inc. I); os facilitadores, devidamente capacitados, devem coordenar tais práticas, podendo ser estes servidores dos quadros do tribunal, agentes públicos ou alguém indicado por entidades parceiras (Inc. II); e por fim, essas práticas devem ter por escopo a satisfação das necessidades reais de todos os envolvidos, a responsabilização dos que geraram os danos, bem como sua reparação e o empoderamento de todos nesse processo e suas implicações futuras (III).

A aplicação do procedimento restaurativo em nosso sistema penal o será de forma complementar ou concorrente com o processo convencional do sistema punitivo retributivo, sendo esta a disposição do parágrafo segundo do artigo 1º da Resolução em análise.

Os princípios restaurativos, quais sejam: a corresponsabilidade, reparação dos danos, o atendimento das necessidades de todas as pessoas envolvidas, a informalidade, imparcialidade, voluntariedade, participação, consensualidade, empoderamento, confidencialidade, celeridade e urbanidade, devem ser cuidadosamente observados. (Resolução 225/2016, art. 2º).

Para aceitação de aplicação da justiça restaurativa, será necessário o reconhecimento, mesmo que confidencial, da alegação dos fatos como sendo verdadeiros e do prévio consentimento de todos os participantes. Todos devem ser informados sobre o procedimento e suas consequências e, ainda, da possibilidade de orientação jurídica, se sentirem necessidade. Deve-se, também, assegurar respeito mútuo entre todos, tratamento digno e respeitoso e auxílio para construção de uma solução conjunta e eficiente, com foco no futuro. (Resolução 225/2016, §3º e 4º do art. 2º).

Esse procedimento deve gerar um acordo formulado por todos os participantes, com termos aceitos por todos e, ainda, com obrigações de caráter razoável e proporcional. (Resolução 225/2016, §5º do art. 2º).

Com essas práticas se pretende experimentar outras formas de tratamento aos envolvidos em situações de conflitos criminais.

Convém verificarmos em que aspectos a Justiça Restaurativa se difere das outras formas de justiça e quais seus reais benefícios.

2 JUSTIÇA RETRIBUTIVA E JUSTIÇA RESTAURATIVA

O sistema de solução dos conflitos penais sociais aplicado, tradicionalmente, no Brasil se norteia pelo Direito Penal retributivo. Nesse modelo, é possível localizar práticas e argumentações que remontam a antiguidade com fundamentos respaldados na Escola Clássica, onde o Marquês de Beccaria, àquela época, defendia "o princípio da aplicação proporcional da pena à infração praticada, dando maior importância ao dano que o crime havia causado à sociedade". (NUCCI, 2011, p. 75).

Assim, o Direito Penal, limitador do Estado na aplicação da pena, com o aparato policial atuando na manutenção da segurança social, passa a servir ao Estado na sua mão punitiva, em prol da concretização de formas de justiça que insistem na pena como retribuição à prática delitiva e no encarceramento como solução para a prevenção e possibilidade de ressocialização.

A realidade, ao longo dos anos, demonstra a falência desse sistema que enclausura grupos sociais de excluídos do próprio sistema capitalista, que envia para as celas dos presídios os pobres, os negros, os desassistidos financeira e intelectualmente, em sua maioria mais que absoluta.

> *[...]a conduta socialmente desviada, selecionada e tipificada pelo Direito Penal como crime, é a concretização, a atualização de uma rivalidade histórica na vida do indivíduo entre ele e a sociedade, uma sociedade que o rejeitou, perante cujos critérios de valor, de ética e de dignidade ele foi desvalorizado e se desvalorizou a si mesmo. (SÁ, 2007, p. 32).*

O resultado dessa seletividade extraída da maioria dos excluídos sociais de nossa sociedade é um crescimento vertiginoso da população carcerária, exigindo, como consequência, a construção reiterada de presídios que, mesmo se fossem construídos para dar conta da demanda, já apresentaria por destinação, após sua conclusão, a superlotação e a violência institucionalizada. O Brasil se apresenta na quarta colocação no ranking dos países com maior população prisional, e, se levar em conta as prisões domiciliares, estaria em terceira colocação, conforme diagnóstico do Conselho Nacional de Justiça no ano de 2015. (CNJ, 2015).

> *No que diz respeito ao sistema prisional, o Brasil já tem mais de 500 mil presos; e sua maioria jovens com menos de 30 anos. Em 1992, tínhamos 114 mil presos, mas em 2003 este número já era de 302 mil detentos... Ao longo de uma década, assim, o país mais que dobrou sua taxa de encarceramento. Como decorrência, as prisões passaram a conviver com indicadores dramáticos de superlotação, o que, a seu tempo, além de agenciar toda sorte de violências e motins, inviabilizou definitivamente as pretensões de tratamento penal, individualização das penas, educação e trabalho prisional que ainda restassem possíveis. (ROLIM, 2008, p. 167).*

Esse sistema penal também se apresenta como justo, na busca de prevenção dos delitos quando de fato seu desempenho é repressivo, pela frustração de suas linhas ditas preventivas ou por sua incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais (BATISTA, 2007, p. 25-26). Por tal razão, mesmo sendo ineficiente, é amplamente defendido pela mídia e pela sociedade que apresentam o mesmo discurso repressivo, sendo defesa dos políticos que almejam a popularidade e o voto.

O fato é que a sociedade rejeita o ex-recluso, reiterando e reforçando os motivos de sua exclusão social, o que, invariavelmente, o encaminha à prática de novos crimes. Aliada a essa situação, a multidão de excluídos se avoluma nesse país de tantas desigualdades e tão poucas ações que visem uma mudança efetiva dessa realidade social.

A conclusão a que se chega é a de que, mantendo-se o modelo retributivo, não haverá presídios suficientes e com capacidade para caber toda a população carcerária em franco crescimento.

A falência desse sistema é reiteradamente anunciada por diversos doutrinadores. Argumentam quanto à impossibilidade de ressocialização do indivíduo preso, uma vez que essa passa, não pela mudança no indivíduo para a sociedade, mas também pela mudança da sociedade para com o indivíduo aprisionado. (SÁ, 2007, p. 32).

Por tais razões, a Justiça Restaurativa vem sendo cobiçada por juristas e doutrinadores, face seu escopo de reintegração social e por possuir melhores fundamentos e resultados.

A justiça restaurativa ao contrário da retributiva contribui para o saneamento e pacificação dos conflitos sociais (ZEHR, 2012, P. 13). Na Jus-

tiça Retributiva, o serviço de todo o sistema se volta para os ofensores e aplicação da pena e do castigo, diferente do que ocorre na Justiça Restaurativa, cujo foco maior está na vítima, suas necessidades e sua satisfação, beneficiando, por consequência, toda a sociedade e permitindo, ainda, a responsabilização e restauração do ofensor.

A Resolução nº. 12/2002 da Organização das Nações Unidas (ONU) especifica os conceitos acerca da matéria e estabelece os princípios básicos para utilização dos programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal. Aponta o Programa de Justiça Restaurativa como aquele que se utiliza de processos restaurativos e que tem por objetivo a obtenção de resultados restaurativos. (ONU, 2002).

A obtenção das respostas e atividades incluem reparação, serviço comunitário e restituição, tudo isso com foco no atendimento às necessidade individuais e coletivas bem como no alcance das responsabilidades e reintegração das partes envolvidas no conflito.

As partes são a vítima, o infrator e qualquer ser ou membro da comunidade que esteja envolvido no conflito e em um processo restaurativo e facilitador. Ainda segundo a Resolução, é a pessoa que tem a função de facilitar, com imparcialidade, a participação das partes em todo o processo restaurativo. (ONU, 2002).

Essa prática restaurativa representa algo muito novo em nosso país e visa alcançar de forma efetiva a restauração das relações que foram abaladas com o evento crime. Adequadamente monitorada, tal intervenção pretende incluir a vítima no processo penal, sem qualquer abalo do sistema de proteção aos direitos humanos. (DE VITTO, 2005, p.48).

A Justiça restaurativa se baseia no diálogo, sendo um contínuo convite para que as pessoas possam se apoiar umas nas outras e aprender entre elas mesmas. Defende uma interligação entre todos os seres humanos. (ZEHR, 2012, P.76).

Nesse processo, vítima, infrator e comunidade, afetados pelo crime, constroem de forma compartilhada o processo decisório, mediante a recontextualização construtiva do conflito, com foco numa vivência restauradora. Nessa forma de atuação, todos se reconhecem como seres humanos capazes de erros e acertos e, nesse toar, todos são também capazes de encontrarem soluções criativas e muito mais apropriadas para os milhares de conflitos em que se envolvam.

Sem se reconhecer humano e sem reconhecer o outro como um ser humano, capaz de erros, acertos e mudanças, tais práticas não seriam passíveis de êxito. Daí o reconhecimento, defendido por vários autores, a exemplo de Hegel, Mead e Winnicott, que foram retomados e aprimorados por Axel Honneth ao criar uma teoria crítica do reconhecimento, a partir de conceitos trabalhados por esses filósofos, defendendo que as formas de ofensas ao reconhecimento são causadoras dos conflitos sociais e para encontrar soluções é necessário descobrir e combater tais formas desrespeitosas no meio social.

3 UMA LUTA POR RECONHECIMENTO DE ALEX HONNETH E SUA CONEXÃO COM A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Em sua obra "Luta por Reconhecimento", Axel Honeth aborda os fundamentos de uma teoria social de teor crítico-normativo, utilizando por base os modelos conceituais de Hegel com inclusão de conceitos da psicologia social de George H. Mead e Donald Winnicott.

Os conceitos de Honneth se escoram na construção de uma gramática calcada na feitura de uma identidade que se caracteriza por uma luta pelo reconhecimento. Seus conceitos se baseiam no processo de construção da identidade pessoal e também coletiva e essa identidade se alcança através da luta pelo reconhecimento. A ausência desse reconhecimento ocasiona os conflitos sociais e pessoais. Para fundamentar a resistência politica, faz-se necessária a compreensão do conceito de reconhecimento.

Dos escritos de Hegel, retira-se a abordagem de questões sociais, onde o conceito de reconhecimento se contrapõe ao de Hobbes. Hobbes defende que o comportamento social e individual podem se reduzir a imperativos de poder. Esses poderes reduzem o homem à figura de um animal, que, para se autopreservar e autoproteger, traça como possibilidade o aumento de seu poder relativo em desfavor do outro, daí a necessidade de se criar o Estado para exercer esse controle.

Hegel, renega tal abordagem defendendo que o espaço das esferas sociais não se definem pela busca da integridade física dos sujeitos mas sim pela busca da eticidade. Nela as relações e práticas intersubjetivas ocorrem além do poder estatal ou de uma simples convicção moral e individual. É uma luta pelo reconhecimento, sendo o conflito a lógica do desenvolvimento moral da sociedade. (HONNETH, 2003, P. 51).

Mead, numa perspectiva materialista, com fundamento em uma sociedade vinculada às relações de trabalho, apresenta teoria de reconhecimento com três modos distintos nas esferas de reprodução social: relações amorosas, relações jurídicas e relações de estima social.

Define as relações amorosas como sendo todas as relações primárias onde ocorram ligações emotivas entre poucas pessoas, como por exemplo relações de amizades, relações sexuais, e relações pais e filhos e, nesse aspecto, concorda também com Hegel. (HONNETH, 2003, p. 136).

Nas relações jurídicas, o reconhecimento é concebido quando o indivíduo sabe que possui obrigações em relação ao outro, que também é sujeito de direitos. Ambos se reconhecem, reciprocamente, como pessoas capazes e com autonomia sobre normas morais. (HONNETH, 2003, p. 144).

Por fim, a estima social tem aplicação nas propriedades particulares (diferenças pessoais). Desta forma, são formulados os valores e objetivos éticos utilizados para autocompreensão cultural da sociedade. Essa autocompreensão determina os critérios pelos quais se orienta a estima social das pessoas. (HONNETH, 2003, p. 153).

Honneth aperfeiçoa esses pensamentos, uma vez que ambos os pensadores não definem de forma adequada quais as experiências sociais, de onde a luta pelo reconhecimento deve se originar no processo histórico. Os dois pensadores, explica Honneth, deram à luta social uma interpretação em que ela pôde se tornar uma força estruturante para a evolução moral da sociedade. No entanto, nem em Hegel, nem em Mead é possível encontrar uma consideração sistemática das formas de desrespeito que podem tornar concreto, na condição de equivalente negativo das correspondentes relações de reconhecimento, que é o fato do reconhecimento denegado.

Assim, Honneth apresenta e diferencia as diversas espécies de rebaixamento e ofensa que os homens passam e sua ligação com o tipo de forma de reconhecimento resultante da tese. As formas de desrespeito se distinguem, assim, verificando-se em qual nível de autorrelação de uma pessoa, intersubjetivamente adquirida, essa forma de desrespeito pode lesar ou mesmo destruir. (HONNETH, 2003, p. 157).

Defende, o mesmo autor, que a integridade de cada ser humano se fundamenta em padrões de reconhecimento e de assentimento traçados de forma intersubjetiva e para cada forma de reconhecimento há uma correspondente forma de desrespeito ou de reconhecimento recusado.

Esclarece, assim, que para a esfera de reconhecimento do amor, corresponde a forma de desrespeito, definida como maus tratos e violação, com ataque direto ao componente da personalidade conhecido como a integridade psíquica. À forma de reconhecimento do direito, destaca-se o desrespeito denominado de privação de direitos. E para a última categoria, estima, o desrespeito se refere ao rebaixamento social de indivíduos ou grupos, ocorrendo a perda da autoestima. A esses três grupos de desrespeito, segundo Honneth, ocorrem consequências que se assemelham a estados de abatimento do corpo, respectivamente: morte social (escravidão ou exclusão social), morte psíquica, que são representadas por sequelas das torturas e violações sofridas e, por fim, vexação ou degradação cultural.

O estopim da luta pelo reconhecimento decorre das reações provocadas pelos sentimentos de injustiça. O indivíduo está vinculado em uma complexa rede de relações intersubjetivas e, por isso mesmo, depende do reconhecimento dos outros indivíduos. Assim, a tensão afetiva gerada pelos desrespeitos sofridos, somente pode ser superada se o ator social novamente alcançar a condição de ter uma participação ativa e sadia na sociedade através do reconhecimento. (HONNETH, 2003, p. 224).

Numa releitura dos escritos de Honneth, podemos observar que as formas de desrespeito, geradoras dos conflitos, reproduzem-se no nosso sistema carcerário, já que essa ausência de combate real aos agentes causadores das diferenças sociais, encrustadas no sistema capitalista que adotamos, gera a cada dia milhares de miseráveis e pessoas marginalizadas, que, fatalmente, resultará um percentual muito alto de infratores em franco crescimento, fruto do estado de marginalidade social que sofrem diariamente.

A esses indivíduos, a própria sociedade causou sérias formas de desrespeitos nas três esferas, amor-jurídico-estima, a depender de cada caso. No entanto, o sistema carcerário, nunca dará conta do crescente número de infratores das normas penais. O que se observa é que nada se modifica e a tensão vivenciada pelos infratores nunca será superada na teoria de Honneth, uma vez que, nessa situação, o ator social precisa alcançar condições de voltar a ter participação ativa e sadia na sociedade, ou seja, obter algum reconhecimento social.

O Sistema restaurativo, de forma diversa, pode ofertar possibilidades reais de reparação dos danos, promover tratamento humano, respei-

toso e prioritário para a vítima, ressocialização e reconstrução de novas possibilidades para o ofensor e retorno à sociedade do indivíduo modificado, ciente de suas responsabilidades e, portanto, ressocializado de fato.

Nessa modalidade de justiça todos contribuem para a melhor solução de situações específicas de conflitos criminais, o que traz para um grupo social uma noção de responsabilidade maior em suas ações sociais.

CONCLUSÃO

As Políticas Públicas, representadas pelas Resoluções autorizadoras de ações, dentro e fora do Judiciário, através dos métodos consensuais, de forma mais efetiva, são um grande avanço e uma grande promessa, no sentido de ofertar oportunidades para que outras formas de realização e distribuição de justiça se faça.

Com essa nova visão de futuro, espera-se que a Justiça Restaurativa possa sair de atividades tímidas e inexpressivas para uma aplicação mais ampla, efetiva e apoiada em práticas que possam ocasionar benefícios aos atores sociais em diversos tipos de conflitos, com foco maior em promover a restauração, ressocialização, responsabilização dos ofensores e, mais que isso, valorização e participação ativa da vítima, com a possibilidade de reparação dos danos e retorno do ofensor à vida social, a partir de soluções construídas por todos os indivíduos envolvidos.

A reparação dos danos, resultante do trabalho, que leva ao reconhecimento das falhas pessoais, sociais e culturais pode, de fato, propiciar alterações nas práticas de respostas antigas e ineficientes aos crimes e desvios cometidos em seu seio.

Essas considerações se devem ao que consta na Resolução 225/2016, que aponta seu alcance e caráter universal, interdisciplinar, sistêmico, interinstitucional, formativo e, ainda, com previsão para suporte de dados, que sinaliza um controle da qualidade das ações. O que significa que não só o Judiciário, mas toda a rede de entidades públicas e privadas podem e devem participar desse processo.

O reconhecimento, defendido pela teoria crítica de Alex Honneth, fornece elementos filosóficos para essa prática restaurativa, visto que apresenta as formas de reconhecimento e de desrespeito que afligem o ser social. A solução apontada, na teoria em comento, revela a restauração da valorização do indivíduo a partir do reconhecimento social. Verifica-se tal realidade ao perceber nos resultados esperados, pela prática da

justiça restaurativa, o atendimento das necessidades de todas as pessoas envolvidas, responsáveis ou não pelos fatos, afetadas pelas consequências e que evite a recidiva dos comportamentos indesejáveis pela própria sociedade envolvida.

Evidencia-se, ainda, a preocupação da qualidade dos trabalhos a serem implementados com as exigências ressaltadas para atuação da função de facilitador restaurativo, que deve ser devidamente capacitado e passar por reciclagens periódicas, conforme expresso na mesma resolução.

O reconhecimento se coaduna com a prática restaurativa, uma vez que promove a devolução da dignidade humana e civil das vítimas, pela oportunidade de fala, presente no processo e, ainda, pela possibilidade de que os seus familiares também possam obter atenção e respeito.

O sistema retributivo, já patentemente falido, que se apresentou como único e infalível, encontra agora concorrência com essa nova forma de atuação, que poderá ser também complementar em sua atuação, ao menos inicialmente.

A justiça Restaurativa apresenta conceito amplo e ambicioso, em busca de uma dignidade moral e social, o que significa o reconhecimento de que somos todos seres humanos e nessa condição precisamos descobrir fórmulas renovadas para o estabelecimento de uma vida harmônica. •

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária,1997.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de mediação judicial. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2013.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, Brasília, 2014. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf >. Acesso em 11mai.2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125/2010**. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>**.** Acesso em: 12jul.2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 225/2016**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em: 12jul.2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 1, 14 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2012.

DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos in SLAKMON, C. R. De Vitto e R. Gomes Pinto(org). **Justiça Restaurativa.** Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD, Brasília:2005. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1323798246_Coletania%20JR.pdf.>. Acesso em: 30jun.2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento** (1ª parte) 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal, parte geral parte especial. 7.” edição, revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ROLIM, Marcos. **Justiça Restaurativa e Segurança Pública**. Revista Direito em Debate, n 49, 2008.

SÁ, Alvino Augusto de. J**ustiça Restaurativa: uma abordagem à luz da criminologia crítica no âmbito da execução da pena privativa de liberdade**. Revista magister de direito penal e processual penal, n. 16, fev-mar, 2007.

SANDER, Frank E.A. **Varieties of Dispute Processing, in The Pound Conference,** 70 Federal Rules Decisions 111, 1976.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Mediação interdisciplinar de conflitos: mecanismo apropriado para resolução de conflitos familiares. In: _____ (Org). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 160-180.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa.** São Paulo: Palas Athena, 2012.

A Mediação no Direito Individual e na Justiça do Trabalho

Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt

Juíza Titular da 3a Vara do Trabalho de Juiz de Fora. Juíza do Tribunal de Apelação da ONU. Mestre e Doutora em Direito (Université de Paris II – Panthéon--Assas e UFMG)

SUMÁRIO: Introdução, Mediação: uma decisão política, Mediação: uma decisão humanizadora, Conclusão, Referências bibliográficas, Anexos – extratos do CPC

RESUMO: ao promover o diálogo, a mediação revela seu caráter educador, aumenta a conscientização sobre os direitos das pessoas e os dos outros, promove a autonomia e dignidade das pessoas. Há limites para a mediação, que não é solução milagrosa. Seu estabelecimento na jurisdição trabalhista é intensa decisão política e também humanizadora.

***ABSTRACT*:** By promoting dialogue, mediation reveals its educational character, increases consciousness about people' s rights, and promotes people' s autonomy and dignity. There are limits to mediation, as it is not a miracle solution. Establishing mediation in labor jurisdiction is an intensively political and humanizing decision.

KEYWORDS: mediação, dignidade da pessoa humana, politização do Direito, judicização da política

INTRODUÇÃO

Os autos não eram volumosos, mas era um processo físico no meio da pauta de processo eletrônico. Tramitação desde o ano anterior... O fato de já terem ocorrido pelo menos três audiências, enquanto fazemos audiências unas, não era muito comum, ainda mais porque não havia nome de

perito na capa, a indicar ter havido perícia, o que poderia explicar aquela situação.

Certamente havia algo fora do normal com aquele processo, com o qual tomava contato pela primeira vez, exceção feita a algum despacho de expediente.

A mesa de audiências fechou-se em semicírculo de pessoas. Quatro advogados, a primeira começou a falar: - *pela ordem, excelência, esse é um caso muito sério, já houve várias audiências, a reclamante tem duas carteiras acauteladas na secretaria com contratos de trabalho anotados em períodos coincidentes com a postulação. Tem prescrição bienal desde a morte do falecido e ela litiga de má-fé!*

Passei os olhos na inicial. O pólo passivo era o espólio e os dois filhos herdeiros. A autora tinha sido acompanhante do pai falecido e postulava o pagamento de verbas resilitórias, dizendo que o contrato havia continuado mesmo após o falecimento, além de horas extras, diferença de salário (alegando recebimento de somente metade do mínimo), repousos semanais trabalhados, adicional noturno e registro na carteira. *Até quando ela trabalhou?* - perguntei, porque não encontrei essa informação na inicial.

- *Está na emenda, doutora* - disse-me o advogado da autora.

A primeira audiência havia sido adiada para a autora apresentar a tal carteira.

A emenda veio logo depois da segunda audiência – motivo do segundo adiamento – e trazia vasta explicação de que não era a autora litigante de má-fé e que os contratos rasurados na carteira tinham outros motivos. Havia também desistência de alguns pedidos, inclusive de anotação do contrato na carteira, porque somente faltava a baixa.

Naquela assentada, a filha ré não havia comparecido e seu advogado trouxe uma cópia de medida protetiva exarada pelo juiz criminal, que proibia o agressor réu de se aproximar da vítima (a outra ré... sua irmã), em virtude de agressão com socos no rosto. Havia pedido de segredo de justiça no termo de audiência, ainda não decidido. Decretei o sigilo e a sala restou vazia de plateia...

Verifiquei ainda que o endereço indicado na inicial como residência da autora era... o do antigo local do trabalho.

Na terceira audiência – anterior àquela atual - , o autor desistira da ação em face da pessoa física do filho do espólio, que atuaria doravante

somente na qualidade de inventariante. A audiência fora adiada porque a reclamante havia juntado mais uma carteira de trabalho, oportunizando-se vista à parte contrária.

E qual seria a razão para a permanência da outra filha no pólo passivo? - nem a inicial, nem a emenda traziam a causa de pedir com clareza.

Avisam-me em seguida que a testemunha do espólio, apesar de estar com dengue, tinha vindo.

A reclamante também disse estar com dengue e, mesmo assim, veio.

O *imbroglio* era total.

Mais: uma das advogadas do espólio, defesa (ainda não recebida) e documentos em punho, bradava sua indignação: *a reclamante requer o pagamento de 454 mil reais, morou na casa com quatro parentes dela, de graça, por todo esse tempo, depois da morte do pai e da mãe!*

Depois da morte da mãe? - pensei. Nem a inicial, nem a emenda mencionavam esse fato.

Pedi aos advogados um pouco de paciência, pois queria ouvir as partes. Começou a filha-ré – um pouco contrariando o seu advogado: - *olha, doutora, eu nem sei porque estou aqui. Eu tomo remédio controlado, ele (apontando para o irmão) me bateu toda, tive que parar no dentista (passando o dedo na parte frontal dos dentes), e contratei ela (reclamante) para trabalhar para mim depois que minha mãe faleceu, porque ela não tinha do que viver. Quero resolver isso hoje mesmo, doutora.*

Assentiu a reclamante com a cabeça: - *doutora, eu não queria vir aqui, queria resolver isso tudo com eles, mas o tempo foi passando, passando... Morei lá, porque o senhor e a senhora me convidaram. Ela era uma santa. Os filhos não iam visitar, então ela convidou minha sobrinha para morar lá. Ela, a filha, apanhou por minha causa, doutora. Ele chegou lá um dia, disse que era para eu ir embora. Como é que eu ia, sem receber meus direitos? Esperei a irmã dele chegar, ela mandou eu vir aqui buscar meus direitos, ele também mandou, mas bateu forte nela... Trabalhei lá por 20 anos e não recolheram meu INPS. Essa moça aqui, oh (apontando para a advogada do espólio) é mulher dele ali, oh (apontando para o inventariante) e gritou comigo dizendo que, se eu não saísse da casa, ela iria me pegar na primeira esquina!*

O advogado da autora: - *acabei de tomar conhecimento desses fatos, doutora.*

A advogada do espólio: - *doutora, eu estou aqui como advogada. E como é que ela diz que pediram para ela ficar na casa até resolverem a situação e, agora, fala que nós a expulsamos?*

O inventariante não se conteve: - *ela ficou lá porque não tinha para onde ir! A casa vale mais de um milhão de reais, tem piscina e o aluguel é de mais de 5 mil reais. Ficaram lá esse tempo todo, porque não tinham para onde ir.*

A advogada do espólio: - *doutora, vou requerer expedição de ofício ao Caged, porque, se apareceram essas duas carteiras aí, é porque talvez tenham outras mais. Precisamos ver se há anotação de outro contrato de trabalho. E as anotações constantes da carteira estão rasuradas, tem corretivo nelas!*

Olhei a pauta. A próxima audiência já estava atrasada, razão de ser dos advogados na sala antes do decreto de segredo de justiça, e ainda havia uma boa quantidade de audiências a vencer no dia.

Devo ter respirado fundo e pensado um pouco antes de falar. Ponderei mais ou menos o seguinte: - *estou percebendo o quanto de sofrimento existe aqui nesta demanda, mas verifico que a inicial, mesmo emendada, não contém todos os fatos relacionados à lide. Mesmo o senhor advogado demonstrou surpresa com algumas informações relatadas nesta audiência. Pelo que verifiquei da fala da reclamante, é de grande interesse dela o recolhimento do INSS, assim como o pagamento de algum valor.*

- *Doutora,* disse o advogado, *posso ter alguns minutos de conversa com minha cliente? Estou achando melhor desistir desta ação e fazer outra.*

A advogada do espólio: - *não concordo com a desistência, doutora! Quero que a senhora receba a defesa e que expeça ofício ao Caged!*

A outra ré: - *queria terminar tudo isso hoje...*

Acabei homologando a desistência. Determinei a extração de cópias das anotações nas carteiras de trabalho, rubriquei-as, juntando-as aos autos. Devolvi as carteiras acauteladas na secretaria. Terminei a audiência, sugerindo diálogo e ponderação.

Atendi ao anseio apenas formal dos envolvidos. O processo realmente se encerrara ali. Mas e a lide? Apesar de já ter sido possível perceber certo alívio nas manifestações e falas finais da advogada, que acabou por aceitar a desistência como possível fase transitória necessária para

acalmar ânimos e, quem sabe, reiniciar a conversa, o verdadeiro conflito não foi possível resolver...

Concebido como importante etapa da reforma do Judiciário, o novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105/2015, de 16 de março de 2015 enfatiza os meios consensuais de pacificação dos conflitos sociais, com destaque à conciliação e à mediação.

Chegamos então ao cerne deste modesto artigo, pois muito se questiona sobre a aplicabilidade do instituto da mediação no direito individual do trabalho e no processo do trabalho. O assunto é, com efeito, controverso mesmo entre juízes e juristas do trabalho.

Vigente no Brasil desde 2010, a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça disciplina a "*Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências*". Aplicável à Justiça do Trabalho desde sua edição, foi o fundamento para a criação de núcleos e centros de conciliação, atualmente em funcionamento em vários tribunais do trabalho, com resultados considerados satisfatórios.[1]

Ocorre que a Emenda n. 2, de 08/03/2016, excluiu a Justiça do Trabalho do campo de aplicação da Resolução 125, por expressa disposição de seu artigo 18-B: "*O CNJ editará resolução específica dispondo sobre a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses da Justiça do Trabalho.*"[2]

Parece, porém, que a redação inicial não previa a exclusão da Justiça do Trabalho. A essa conclusão chegamos, porque o Anexo I, que trata das Diretrizes Curriculares dos cursos de capacitação básica dos conciliadores e mediadores, prevê, na redação final, a mediação em matéria trabalhista (item 1.1, letra "i")... A inserção do art. 18-B deve, pois, ter sido o resultado de debate entre os membros do Conselho, o que mais demonstra a existência de opiniões divergentes no aspecto.

Por outro lado, a Instrução Normativa n. 39 do Tribunal Superior do Trabalho, aprovada pela Resolução n. 203 de 15 de março de 2016, "*que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva*", revelou posicionamento da Corte Superior Trabalhista no sentido de ser inaplicá-

1Fonte: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81572-justica-do-trabalho-deve-ter-sua-propria-resolucao-de-conciliacao

2 Enquanto não editada essa resolução, os núcleos e centros de conciliação nos tribunais do trabalho estariam em "vazio normativo"?

vel a audiência de conciliação ou de mediação de que trata o art. 334 do novo código.[3]

Na mesma linha, por expressa disposição legal, a nova lei de mediação não se aplica às relações de trabalho, que deverá ser regulada por lei própria.[4]

Sinalizariam essas diretivas do Legislativo, do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho para frontal ruptura do processo do trabalho com o instituto da mediação? Ou indicariam que a mediação em matéria judicial trabalhista deve merecer tratamento especial, como de resto, são especiais o ordenamento jus-trabalhista e a competência especializada da Justiça do Trabalho?

Não acreditamos em ruptura total e isso decorre em parte da própria lei, que estabelece que a mediação em matéria trabalhista será regulada por lei própria.

Com efeito, integrante do Poder Judiciário, a Justiça do Trabalho não estará ausente da política nacional de solução consensual de conflitos, a qual reconhece que a mediação, assim como a conciliação "*são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças*"[5]

A razão da inaplicabilidade do art. 334 do CPC e da lei da mediação ao processo do trabalho talvez esteja na necessidade ou utilidade de o juiz do trabalho ter o primeiro contato com a causa em audiência. Somente a partir dela, poderá o juiz detectar particularidades que justifiquem o recurso à mediação.

Esse raciocínio mais se robustece diante do protagonismo da Justiça do Trabalho na prática da conciliação. Elaborada em 1943, em plena II Guerra Mundial, concedeu a Consolidação das Leis do Trabalho ênfase especial à resolução de conflitos por meio da conciliação. No título das disposições preliminares do processo judiciário do trabalho, a Consolidação estabelece, antes de qualquer disposição, que

3 O texto do novo dispositivo legal se encontra no Anexo deste artigo e cuida da audiência preliminar de conciliação e mediação, antes do oferecimento da contestação.

4 Parágrafo único do art. 42 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015.

5 Considerando à Emenda 2, disponível em http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579. Acesso em 15 de março de 2016.

Art. 764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

§ 1º - Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

§ 2º - Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título.

§ 3º - É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório.

O contexto histórico à época da edição da Consolidação já direcionava para a necessidade das soluções de temperança.

Desde 1919, a Constituição da OIT e o modo de elaboração tripartite – altamente negociado – das normas internacionais do trabalho, na busca do equilíbrio no mundo do trabalho, certamente influenciaram o legislador nacional á época da CLT. Havia, na comunidade internacional o desejo expresso de assegurar justiça e humanidade, ao mesmo tempo em que paz durável no mundo.

Por outro lado, a Carta da ONU, elaborada dois anos depois da CLT, previa "*praticar a tolerância e viver em paz uns com os outros*" e sofreu forte inspiração de documentos anteriores, tais como a Carta do Atlântico (1941), em que se pregava o abandono do uso da força e a mais ampla colaboração das nações na aplicação das normas do trabalho, no avanço econômico e na seguridade social, em verdadeira mensagem de esperança para o mundo novo que se abria após o desastre da guerra.

As relações do trabalho evoluíram e se multiplicaram desde então. Não há mais somente o binômio empregado de fábrica X usina. Uma multitude de formas de prestação de serviço se posicionaram no palco das relações de trabalho, envolvendo, dentre outros, empregados eventuais, temporários, terceirizados, autônomos, estagiários, avulsos, aprendizes, economicamente dependentes, estruturalmente dependentes.

As relações de trabalho se sofisticaram. O Direito do Trabalho e o processo do trabalho se incrementaram e os conflitos explodiram em números.

Neste ambiente de sofisticação de demandas, em que muitas vezes os conflitos ostentam caráter formalmente jurídico, mas essencialmente afetivo, seria a conciliação a única técnica adequada atual à solução consensual de conflitos trabalhistas postos à apreciação do Judiciário? Ou poderia o juiz contar com profissional para ajudar as partes, em certos litígios, a encontrarem elas mesmas a solução mais adequada aos seus interesses? Em causas em que despontam interesses para-jurídicos, poderia o mediador, *mutatis mutandis*, auxiliar o juiz do mesmo modo que um perito por ele nomeado?[6]

Diante da Emenda que retirou a Justiça do Trabalho do âmbito de aplicação da Resolução 125 do CNJ, o CSJT – competente para tratar de normas específicas da Justiça Especializada – entendeu que a situação demandava sua atuação, o que culminou na aprovação da Resolução CSJT n.º 174, de 30 de setembro de 2016, que "Dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista e dá outras providências".[7]

Referendou a Resolução a criação da Comissão Nacional de Promoção à Conciliação – CONAPROC, competente para, *ad referemdum* do CSJT, gerir a implementação de ações para efetividade da política de conciliação de conflitos.

Estabeleceu a Resolução a obrigatoriedade de criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – NUPEMEC-JT, responsáveis pela gestão estratégica da política no âmbito dos tribunais do trabalho, e de Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas – CEJUSC-JT – em cada tribunal regional, responsáveis pela realização das audiências e sessões, sempre sob a coordenação de um magistrado.

Reconheceu a Resolução a possibilidade de a mediação, assim como a conciliação, ser realizada por magistrado ou servidor da Justiça

6 De acordo com o critério legal adotado pelo CPC de 2015, o *conciliador*, que deve atuar preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, é que *pode sugerir soluções para o litígio*, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. O *mediador*, por sua vez, que deve atuar preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, *por si próprios*, as soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (artigo 165, parágrafos 2º e 3º). Para o CPC, a mediação é **facilitadora** da comunicação. Não obstante, o advento da Lei 13.140/2015 alçou a mediação à categoria de **avaliadora**, no sentido de que *o mediador também pode formular sugestões e apresentar propostas de acordo às partes*, como se observa no artigo 30, parágrafo 1º, inciso III, do referido diploma legal.

7 Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/95527/2016_res0174_csjt.pdf?sequence=1&isAllowed=y

do Trabalho, ainda que aposentados, desde que não exerçam a advocacia na respectiva jurisdição e que tenham recebido formação adequada e continuada.

A Resolução considerou "*inaplicáveis à Justiça do Trabalho as disposições referentes às Câmaras Privadas de Conciliação, Mediação e Arbitragem, e normas atinentes à conciliação e mediação extrajudicial e pré-processual previstas no NCPC*", embora tenha ressalvado a mediação pré-processual para os conflitos coletivos.

Instituiu a Resolução normas gerais para o curso de capacitação e o código de ética dos conciliadores e mediadores judiciais trabalhistas.

O objetivo desse trabalho é estabelecer que, independente do rumo que o Judiciário trabalhista tomou ou vier a tomar, a decisão que nele resolver implementar a mediação terá sempre de um lado um cunho político; de outro lado, deverá atender à finalidade maior do Judiciário de promoção de bem-estar social, em respeito à dignidade da pessoa humana.

MEDIAÇÃO: UMA DECISÃO POLÍTICA

A contínua reforma da lei processual civil, sobretudo a partir da década de 90, tem tido como inequívoco objetivo o alcance da maior efetivação dos direitos. Mais de sessenta mini-reformas foram efetivadas, sem que o processo civil cumprisse o seu ideário, inclusive quanto à sua duração razoável. O novo Código de Processo Civil tem esse objetivo de estabelecer e melhor sistematizar um novo direito para a nova era de concretização isonômica de direitos em tempo razoável.

Contamos no novo CPC pelo menos 38 menções à palavra "mediação". De acordo com a Lei 13.140, de 26 de junho 2015, que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, mediação é a "atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia" (artigo 1º, parágrafo único).

As disposições do Código de Processo Civil de 2015, segundo o artigo 175, não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que podem ser regulamentadas por lei específica.

Nesse contexto, as Comissões de Conciliação Prévia são órgãos voltados à solução extrajudicial de conflitos individuais trabalhistas (artigos 625-A e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho).

No âmbito do Direito Coletivo do Trabalho, a mediação de conflitos coletivos de trabalho ocorre, muitas vezes, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego, com fundamento no artigo 616, parágrafo 1º, da CLT. Por outro lado, a Lei 10.192/2001 cita a participação do mediador na negociação coletiva, de forma especial no art. 11. Ainda no âmbito coletivo, a Lei n. 10.101/2000, que trata de Participação nos Lucros, também privilegiou a mediação como importante instrumento para a solução de conflitos, em seu art. 4º. A parte que se considerar sem as condições adequadas para, em situação de equilíbrio, participar da negociação direta pode, desde logo, solicitar ao Ministério do Trabalho e Emprego a designação de mediador, que convocará a outra parte (artigo 11, parágrafo 2º).

A propósito, a atuação mediadora do Ministério do Trabalho e Emprego está disciplinada no art. 616, §§ 1º e 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Ao longo dos anos, a mediação cresceu em sua importância e reconhecimento social como instrumento eficaz para facilitar o entendimento entre as partes e a mediação pelo MTE foi objeto de regulamentação pelo Decreto 1.572/95, de forma especial nos artigos 2º ao 6º.

No curso da negociação coletiva, permite-se, pois, a utilização da mediação, em que um terceiro (mediador) tenta aproximar as partes, podendo apresentar sugestões para que as partes envolvidas cheguem a um consenso.

A previsão de autocomposição está em consonância com a Convenção nº 98, de 1949, da OIT (Organização Internacional do Trabalho), cujo art. 4º estimula que as partes envolvidas no direito coletivo do trabalho utilizem mecanismos de negociação voluntária.

Mas o objetivo deste trabalho vai além do mero elenco de dispositivos legais mencionadores ou autorizadores da mediação, especialmente em matéria trabalhista. Retomemos, pois, o ponto nevrálgico, para refletirmos sobre a aplicabilidade da mediação no processo judicial submetido à Justiça do Trabalho, hoje reconhecida pela Resolução do CSJT.

O principal argumento que afastava a prática da mediação no Judiciário Trabalhista brasileiro talvez seja a relação de hipossuficiência material decorrente do princípio protetor no Direito do Trabalho. A mediação poderia então, no limite extremo, ser considerada diabólica invenção do capitalismo, com o intuito de explorar os trabalhadores hipossuficientes.

Ocorre que há situações concretas que causam perplexidade no juiz, pois apresentam completa desconexão entre a verdadeira causa de pedir narrada em audiência e o pedido postulado na inicial. Ilustra essa situação o caso do caminhoneiro cuja inicial versava sobre reconhecimento de vínculo de emprego de poucos meses e horas extras, mas que tinha por principal indignação a forma de pagamento de diárias, porque a empresa – uma pequena usina de produção de ração para gado – adiantava em valor insuficiente e o motorista tinha que inteirar de seu próprio bolso para somente depois de umas duas semanas obter o reembolso... Nada da principal fonte de insatisfação havia sido exposto ou requerido na inicial.

A contestação, por sua vez, negava o vínculo, dizendo que a prestação de serviços ocorrera de forma eventual e relacionada ao transporte de matéria-prima para a ração, tanto assim que o motorista havia informado que não dirigiria o caminhão a partir de certo dia, apesar de a empresa haver firmado compromisso com prazo para entrega de mercadoria a clientes... Pelo relato das partes em audiência, era nítido o sentimento de "abandono" de ambos...

Nesses casos, em que o juiz verifica a existência de situações outras além das descritas na inicial, e em que a conciliação se revela ineficaz – porque não há tempo diante da extensa pauta e também porque o juiz necessita de conhecimento e prática de profissional específicos – a mediação pode auxiliar a encontrar a solução mais adequada para o caso concreto.

É bem verdade que situações como as já narradas na introdução ou neste tópico não traduzem a maioria dos conflitos trazidos à apreciação do Judiciário Trabalhista, assoberbado de conflitos de massa. Dos mais de 20 milhões de novos processos recebidos a cada ano na Justiça do Trabalho, grande parte continua a ser resolvida – e assim deve permanecer – pelas tradicionais formas de conciliação ou julgamento. Mas certamente há alguma parcela de casos que pode ou que poderia ser resolvida com o auxílio da mediação.

Na França, a lei instituidora da mediação judicial de 1995 estimulou a prática da mediação trabalhista inclusive nas Cortes de Apelação, levando a Corte de Cassação a elaborar alguns critérios para a triagem dos processos susceptíveis de ir à mediação: aqueles em que se discutem contratos de trabalho em vigor ou cuja duração do contrato de trabalho é longa, questões ligadas a reenquadramento ou equiparação salarial, ho-

ras extras, assédio moral ou doenças psíquicas ligadas ao trabalho, ou em que são partes empregados em profissões manuais ou artesanais, profissionais liberais, porteiros, zeladores, caseiros, domésticos.[8]

A mediação também é amplamente utilizada no sistema de justiça interno da ONU. Antes do ajuizamento da demanda, pode (não há obrigatoriedade) o interessado buscar o *Ombusdam* e tentar a solução para sua satisfação pela via da mediação. Caso o resultado não lhe seja satisfatório, ele ingressa no sistema formal de justiça.[9]

Reconhecemos, porém, que o acolhimento da mediação na prática judicial trabalhista pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho envolveu importante decisão política, porque, de uma só vez, venceu considerável trauma do passado ligado à insustentável atuação classista, e reconheceu uma nova era de abertura democrática na interlocução com as partes, resultado da contemporânea complexidade das relações de trabalho.

A existência de certo grau de discricionariedade esteve, pois, presente na escolha da melhor estratégia para confrontar os desafios atuais do Judiciário Trabalhista, de modo a adequá-lo a melhor exercer sua missão constitucional de solução pacífica dos conflitos, com preservação da dignidade da pessoa humana e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.[10]

É certo que essa decisão, porque resultado de um amplo processo de discussão e reflexão, estará sujeita a adaptações e ajustes futuros naturais, próprios do desenvolvimento dos processos democráticos de construção do Judiciário moderno.

MEDIAÇÃO: UMA DECISÃO HUMANIZADORA

Diante da multiplicidade de relações de trabalho no mundo contemporâneo, já não era mesmo mais possível pensar no Judiciário Trabalhista conciliador ou julgador. Era deveras necessário também concebê-lo de forma mais abrangente e democrática, a possibilitar aos próprios envolvidos, mediante prévio conhecimento de causa e afastadas as assi-

8 DUPLAT, Jacques. **La médiation en juridiction** *in* "*Conciliation et médiation prod´homales. Actes des colloques européens et internationaux du Groupement européen des magistrats pour la médiation GEMME-France*". Paris: L´Harmattan, 2013, p. 31.

9 O uso da mediação no sistema formal de justiça interna, inclusive na esfera da Corte de Apelação, foi uma das principais propostas apresentadas por esta autora aos países integrantes da Assembleia Geral da ONU, quando se apresentou como candidata a uma das vagas do *United Nations Appeals Tribunal e* onde obteve o maior número de votos.

10 Art. 1º a 4º da Constituição da República.

metrias de informação, a busca de soluções adequadas às suas próprias particularidades.

A mediação pode ser, pois, aconselhada em casos em que a humanidade predomina sobre a legalidade e onde as demandas envolvem aspectos muito além dos que os reduzidos à linguagem puramente técnica. Nessas situações, a demanda travestida de jurídica envolve também demanda de afeto, de pedido de desculpas, de atenção. Os reais interesses muitas vezes somente vêm ao conhecimento do juiz por manifestação oral e voluntária da parte em audiência.

Por outro lado, a mediação pode ser muito útil para resolver os casos difíceis – *hard cases* – que possibilitam variadas soluções para o mesmo caso concreto e que implicam a existência de grande risco processual para as partes envolvidas, com resultados frequentemente considerados devastadores. A atividade dos envolvidos, na busca de soluções criativas, pode atender melhor aos interesses de ambos.

A respeito da atividade criativa das partes na mediação, citamos o exemplo de uma ação em que, depois de algumas sessões de audiência adiadas, um acordo foi finalmente alcançado. Era uma ex-coordenadora acadêmica de um dos melhores colégios da cidade, dispensada por justa causa, que buscava reparações, inclusive por dano moral. Havia trabalhado por longos anos e dizia-se injustiçada, perseguida. No curso das tratativas de negociação, foram surgindo desafabos, fatos e malentendidos sendo esclarecidos, até que o colégio levantou a justa causa, pagou-lhe certo valor em dinheiro e ofereceu-lhe bolsa de estudos para o filho menor até o final do ensino médio, desde que não repetisse de ano.

Esta magistrada exercera ali atividade de mediadora – não propriamente jurídica, mas de simples aproximação das partes e retomada de diálogo – , embora reconheça que o tratamento dado àquela demanda possa ser considerado "de luxo", como reconheceram as partes à época, em vista da carga atual de trabalho, das metas a cumprir, e do pouco tempo de que dispõem os magistrados para se dedicar a cada demanda.

É nesse contexto que compreendemos o posicionamento do legislador, do Tribunal Superior do Trabalho, do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho mencionados na introdução. A parte precisa ter contato com o juiz, quem poderá selecionar os casos em que acredita ser recomendável a mediação e, em todo o caso, supervisionará, segundo sua sensibilidade, o resultado do processo.

Vemos, pois, a mediação como enriquecimento qualitativo do tratamento às demandas, mesmo que a questão quantitativa deva também ser objeto de reflexões e ações. Com efeito, a "litigiosidade desenfreada", a prodigalidade recursal e o contencioso de massa[11], consideradas as principais causas do congestionamento da Justiça, mereceram antídotos no novo CPC, de forma a prestar a justiça mais célere e efetiva.[12]

O Supremo Tribunal Federal também tem dado mostras de que é possível a realização de mediação em matéria trabalhista, como se infere de notícias publicadas no seu sítio internet. Uma delas, levada à apreciação em mandado de segurança, se refere à realização de concurso público e desligamento de terceirizados, com a participação do Ministério Público do Trabalho, do Tribunal de Contas da União e da Advocacia-Geral da União. O acordo levou em conta o compromisso da empresa de apresentar cronograma atualizado de admissão de concursados e, aos terceirizados, foi dada a garantia de manutenção do plano de saúde até o ano de 2018.[13]

Nesse caso, a solução mediada levou em conta não só os interesses da realização de concurso, mas também a proteção dos terceirizados, que tiveram a manutenção do plano de saúde, por período razoável, além do que seria possível se fosse simplesmente declarada a ilegalidade da contratação, por violação da regra do concurso público.

Em outras matérias consideradas de substância irrenunciável (consumidor, proteção da família e do idoso, meio ambiente, conflitos federativos), o STF também já demonstrou que a mediação pode ser a via para a solução mais apropriada, como é o caso da captação de água do Rio Paraíba do Sul para abastecimento do Sistema Cantareira, objeto de audiência de mediação entre os estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais e o Ministério Público Federal (MPF).[14]

11 Expressões utilizadas pelo Ministro Luiz Fux em palestra disponível em https://www.youtube.com/watch?v=8dSsNqsNU7k

12 A propósito, em 2014, havia 99,7 milhões de casos pendentes no Poder Judiciário, um aumento de 4.2% em relação ao ano anterior e de 19,1% em relação aos seis anos precedentes. Perante os tribunais superiores, em 2014 foram interpostos 578.844 mil novos recursos (Fonte: CNJ, Relatório *Justiça em Números* 2015, disponível em http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/491328c33144833370f375278683f955.pdf. Acesso em 24/03/2016). Somente no STF, 90 mil novos casos ingressaram em 2015 (http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=309014&caixaBusca=N) Este número é alarmante quando comparado ao da Suprema Corte dos EUA – única instância após a corte de apelação – onde os *Justices* examinam apenas 75 casos por ano (informação obtida em palestra proferida pela Ministra Sonia Sotomayor, da Suprema Corte Americana, quando da participação da autora no curso "Introduction to the U.S. Legal System" na Universidade de Illinois at Urbana-Champaign, em março-2016, mediante convênio com AMB e ENM).

13 Fonte: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=292937&caixaBusca=N, notícia de quarta-feira, 03 de junho de 2015

14 Fonte: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=280678&caixaBusca=N,

A esta altura, poderemos questionar a respeito da possibilidade de um procedimento de mediação envolver matéria de direitos humanos. Seria isso possível? Teria a mediação, neste aspecto, por prioridade a proteção dos direitos fundamentais? Para Jacques Faget, escritor e diretor de pesquisa do Centre Émile-Durkheim, professor do *Institut d´études politiques de Bordeaux* e de diversas universidades francesas e europeias,

> *o desenvolvimento da mediação é concomitante à pósmodernidade e à avalanche de mutações ocorridas, as quais conduziram o cidadão a procurar mais horizontalidade, responsabilidade não só nas suas relações pessoais, mas também no sistema político, público e judiciário ao qual se confronta. A mediação aparece como fator de coesão social e de democracia participativa, que acompanha as transformações complexas, favorecendo a resolução e a trazendo paz aos conflitos. É um processo de regulação e de pacificação, que, acompanhado de valores éticos, permite prevenir, gerenciar e resolver conflitos, favorecendo o respeito à equidade, à Justiça e aos direitos do Homem. Ela constitui alavanca indispensável para gerenciar a transição e acompanhar as modificações inelutáveis que ocorrem nas nossas democracias.*[15]

Essa forma de participação democrática no processo de construção de soluções para os conflitos parece atender com galhardia ao disposto no art. 8º da CLT, segundo o qual "*Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*"

Acreditamos que a solução negociada, muitas vezes com a interferência de terceira pessoa, tem preferência sobre a solução imposta pelo Estado-juiz, não só porque resolve, em um só processo, ramificação de litígios que poderiam tramitar em diversos juízos e tribunais, mas também porque imprime ao acordo alcançado caráter de prevenção de conflitos futuros, além de sobretudo satisfazer o interesse maior dos envolvidos, com preservação dos direitos fundamentais.

notícia de quinta-feira, 27 de novembro de 2014, e http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=218675&caixaBusca=N, notícia de sexta-feira, 21 de setembro de 2012.

15 J. Faget, **Médiation: les ateliers silencieux de la démocratie**, Erès, 2010, apud FRICERO, BUTRUILLE-CARDEW, BENRAIS, GORCHS-GELZER e PAYAN, 2014, p. 268. Tradução livre da autora.

Evidentemente, não sendo a mediação solução milagrosa a todos os males, não será recomendável para casos graves de violação dos direitos fundamentais, pois com ela não seria possível resolver, reparar e restaurar a justiça e a paz.

CONCLUSÃO

O aumento populacional em meio à diversidade crescente de culturas e interesses contribui para a sofisticação da litigiosidade. Por outro lado, o acesso à justiça como ordem jurídica justa já não se impõe apenas como acesso material ao fórum ou ao ajuizamento de demandas, mas sobretudo como recebimento de resposta judicial adequada. Nesse sentido, o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 já estabelecia que toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada não goza de uma Constituição.

A progressiva fusão do sistema da *civil law* com o da *common law,* com adoção de precedentes vinculantes, atualmente em escala não somente nacional, mas também regional, tem sido considerada grande aliada para combater o vertiginoso aumento da litigiosidade nos tribunais do trabalho (excesso de acesso?), o que contribui para a consecução da justiça em tempo razoável, além de ser considerada compatível com o princípio da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões judiciais.

De qualquer modo, o Direito é essencialmente dinâmico e um novo padrão de resolução de conflitos pela Justiça do Trabalho se impôs, já com respaldo normativo, sem prejuízo das formas clássicas (julgamento e conciliação), mas com atuação mais voltada à participação democrática dos envolvidos na busca da ordem jurídica justa, com preservação dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

A mediação pode se tornar instrumento valioso para o Judiciário Trabalhista, porque coloca no palco da apresentação do conflito uma variedade de soluções. Mas para verdadeiramente entender a mediação, é preciso explorá-la com empatia, criatividade, boa-fé, não-violência, otimismo e adequada formação dos mediadores.

Estabelecer um processo de mediação na jurisdição trabalhista foi somente em parte uma questão jurídica. Constituiu-se também uma intensa questão política. Respostas a perguntas tais como “Qual seria a alternativa para a mediação em determinado caso?” ou “Quais são os pon-

tos fortes e fracos de tal procedimento?" com certeza estiveram na pauta de reflexão para ajudar a resolver essa delicada questão.[16]

Estabelecer um processo de mediação foi, também, uma decisão humanizadora de transcender e transformar determinados conflitos e, produto da intelectualidade humana, deverá ser objeto de constante aprimoramento e adaptação normativos. •

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BLOHORN-BRENNEUR, Béatrice. **La médiation pour tous. Théorie et pratique de la médiation. Le cadre juridique de la médiation.** Paris: Médias & Médiations, 2013, 143 p.

BRASIL. **Código de Processo Civil**.

BRETT, M. Jeanne. **Negotiating Globally: how to negotiate deals, resolve disputes, and make decisions across cultural boundaries** (3rd ed., 2014), 288 p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números**.

FRICERO, Natalie; BUTRUILLE-CARDEW, Charlotte; BENRAIS, Linda; GORCHS-GELZER, Béatrice e PAYAN, Guillaume. **Le guide des Modes Amiables de Résolution des Différends.** Dalloz, 2014, 549 p.

FUX, Luiz. Palestra **O Novo Código de Processo Civil.** Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=8dSsNqsNU7k . Acesso em 24 de março de 2016.

GALTUNG, Johan. Transcender e Transformar: uma introdução ao trabalho de conflitos. São Paulo: 2006, 247 p.

GEMME-FRANCE. **Conciliation et médiation prud´homales**. **Actes des colloques européens et internationaux du Groupement européen des magistrats pour la médiation GEMME-France**. Paris: L´Harmattan, 2013, 102 p.

GOLDBERG, SANDER, ROGERS, and COLE, **Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, Arbitration, and Other Processes** (6th ed., 2012), p. 185-193.

GOLDBERG, Stephen and BRETT, Jeanne M.. **An Experiment in the Mediation of Grievances**. 106 Monthly Labor Review 23 (March, 1983)

16 Indo mais além: "Quem se opõe à mediação e por quê?" e "A quem interessa a mediação?"

GOLDBERG, **The Mediation of Grievances Under a Collective Bargaining Contract: An Alternative to Arbitration**, 77 Northwestern U.L. Rev. 270 (1982).

GOLDBERG, Stephen. **Conversas por e-mail** com a autora.

LIPSKY, David B., SEEBER, Ronald L. and FINCHER, Richard D. **Emerging Systems for Managing Workplace Conflict.** 2003, 406 p.

SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. **Conciliação e Mediação Judiciais: em busca de um modo legítimo de pacificação social,** in *Justiça do Século XXI* (coord. ORSINI, Adriana Goulart de Sena; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da; ANDRADE, Oyama Karyna Barbosa). São Paulo: Ltr, 2014, pp. 303-311.

URY, William; BRETT, Jeanne; GOLDBERG, Stephen; MANCY, François. **Gérer les conflits "autrement". Méthode de négociation et de résolution des conflits**. Paris: A2C Medias, 2008, 250 p.

Mediação como Método de Solução Consensual de Conflitos:

definição, modelos, objeto, princípios, previsão no CPC 2015, fases e técnicas, papeis do advogado e do Ministério Público.

Meire Rocha do Nascimento
Graduada em Direito pela UFMT; Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela AVM Faculdade Integrada, Analista Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

RESUMO: O estudo trata da mediação como método de solução consensual de conflitos, sua definição, modelos, objeto, princípios, previsão no Código de Processo Civil 2015, fases e técnicas, papeis do advogado e Ministério Público, como um instrumento de garantia do acesso à justiça, pacificação social, celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, por meio de estudo bibliográfico da doutrina e legislação pátria.

PALAVRAS-CHAVE: Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Mediação. Poder Judiciário.

ABSTRACT: The study deals with mediation as a method of consensual resolution of conflicts, its definition, models, object, principles, prediction in the Code of Civil Procedure 2015, phases and techniques, roles of the lawyer and Public Prosecutor, as an instrument to guarantee access to justice , Social pacification, celerity and effectiveness of the jurisdictional provision, through a bibliographical study of doctrine and national legislation.

KEYWORDS: Consensus Methods of Conflict Resolution. Mediation. Judiciary.

INTRODUÇÃO

A sociedade apresenta um crescente número de problemas de ordem jurídica e conflitos de interesses, os quais geram demandas a serem solucionadas pelo Poder Judiciário. O acesso à justiça é um direito constitucional, previsto no Art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal de 1988, que implica na garantia de acesso dos cidadãos aos órgãos judiciários e uma ordem jurídica justa. A Emenda Constitucional n. 45 de 2004 assegurou a todos, no art. 5º, inc. LXXVIII, a razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O presente artigo trata da mediação como método de solução consensual de conflitos, sua definição, modelos, objeto, princípios, previsão no Código de Processo Civil 2015, fases e técnicas, papeis do advogado e Ministério Público, como um instrumento de garantia do acesso à justiça, pacificação social, celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.

Os aspectos metodológicos para a realização do estudo são de base qualitativa. Utiliza-se o método dedutivo a partir de elementos comparativos doutrinários e legislativos. A pesquisa bibliográfica compreende o estudo sobre direito constitucional, processo civil, e os dispositivos legais que tratam da mediação. Foi levantada a normatização do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) afeta aos métodos consensuais de solução de conflito.

1. MEDIAÇÃO

Para Almeida (2015; 140, 141), com base no art. 165, §3º do CPC 2015, "a mediação pode ser definida como um processo de negociação assistida por um terceiro imparcial e sem poder decisório, ao qual incumbe auxiliar as partes a refletir sobre seus reais interesses, resgatar o diálogo e criar em coautoria, alternativas de benefício mútuo, que contemplem as necessidades e as possibilidades de todos os envolvidos." O autor destaca três elementos da mediação: (i) protagonismo e autonomia dos interessados na busca de uma solução satisfatória para ambos; (ii) o papel do mediador como condutor do diálogo, o que demanda capacitação e adoção de técnicas específicas; (iii) dupla finalidade do procedimento, que almeja além da resolução da controvérsia que ensejou o processo, a restauração da comunicação entre os litigantes, visando a prevenção de novos litígios.

Por conta de tais peculiaridades, a mediação mostra-se mais adequada à resolução de conflitos em que "houver vínculo anterior entre as partes" (art. 165, §3º), ou seja, no dizer de Almeida (2015) "aqueles decorrentes de relações interpessoais continuadas, cujos laços tendam a subsistir no tempo, como os litígios de família, sucessões, vizinhança, trabalho, etc."

A Lei n.º 13.140/2015 apresentou o seguinte conceito para mediação:

> *Art. 1º (...)*
>
> *Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.*

1.1. Modelos de mediação

A mediação pode ter diferentes abordagens, conforme as suas finalidades. A primeira delas é representada pela escola linear de Harvard, cujo escopo principal é a solução do conflito pela obtenção de acordo.[1] Trata-se de instrumento de diminuição de litígios pendentes de julgamento no Judiciário, embora não possibilite a restauração do diálogo entre as partes, resolve o conflito de direito ajuizado ou prestes a sê-lo.

Segundo Leonard Riskin e James E. Westbrook, o professor da Faculdade de Direito de Harvard, Frank Sander, sugeriu a adoção de um modelo denominado por ele de *"multi-door courthouse",* segundo o qual estaria à disposição do jurisdicionado que buscasse o Estado para solução de conflitos outros mecanismos como a mediação, a conciliação e arbitragem, ficando reservada a jurisdição aos casos mais apropriados.[2] O sistema multi-portas é adequado ao enfoque linear. O CPC 2015, ao prever a realização da sessão de mediação ou audiência de conciliação logo no início do procedimento comum, antes mesmo da resposta do réu, disponibiliza outras "portas" que não sejam a jurisdição.

O segundo enfoque, trata-se da mediação transformativa, na qual a finalidade principal passa a ser o restabelecimento dos laços e do diálogo, não mais a realização do acordo. Nessa perspectiva, a mediação é vista

1 RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. Dispute Resolution and Lawyers. 2. Ed. St. Paul: Westbrook, 1998, p. 6 *in* Ibidem p. 142.

2 RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *in* Ob. Cit. p. 22-23.

como técnica que, embora possa levar à solução do conflito, possibilita aos envolvidos meios para melhorar o relacionamento e superar as posturas que levaram ao conflito.

Segundo os professores Joseph Folger e Robert Bush, que conceberam a estrutura transformativa, a mediação tem o potencial de reforçar a capacidade das partes tomarem decisões sozinhas (*empowerment)* e de passarem a ver e considerar as perspectivas dos outros (*recognition*),[3] cujas principais características são: (i) a descrição do papel e dos objetivos do terceiro em termos baseados na capacitação (*empowerment*) e no reconhecimento (*recognition);* (ii) o apoio a um contexto que se desenvolva por meio da autoria e dos esforços das próprias partes; (iii) a ausência de julgamento dos pontos de vista e das decisões das partes; (iv) a postura otimista em relação à competência e aos motivos das partes, sem julgamentos sobre as pessoas e seu caráter; (v) a emoção como parte integrante do conflito, e não algo a ser evitado ou redirecionado; (vi) a exploração da ambiguidade das partes; (vii) a concentração no momento presente da interação do conflito; (viii) a possibilidade de tratar a acontecimentos passados em busca do seu valor presente; (ix) a possibilidade de flexibilização da sequencia da interação do conflito; e (x) a sensação de êxito se o *empowerment* e o *recognition* são observados.[4]

Em que pese o modelo transformativo trazer resultados terapêuticos para as partes, com a psicanálise e outras formas de terapia não se confunde. O objetivo da mediação, sob esse enfoque, é o restabelecimento do diálogo.

Registra-se também outros modelos de mediação, como o circular narrativo, concebido pela professora Sara Cobb, e a mediação avaliativa, que se busca se aproximar da avaliação neutra de terceiro, permitindo ao mediador uma maior participação na fase de geração de opções de soluções.[5]

Compete a cada mediador optar pela adoção de uma ou outra concepção ao estabelecer como se dará a sua prática, pois o CPC 2015 não adotou exclusivamente uma ou outra linha, embora a vontade do legislador seja a de empregar a mediação como meio de enfrentar o atual

3 GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah R. Dispute resolution: negotiation, mediation, and other processes. 4. Ed. Nova York: Aspen, 2003, p. 23

4 FOLGER, Joseph P.; BUSH, Robert. A. B. Mediação transformativa e intervenção de terceiros: as marcas registradas de um profissional transformador. In: SCHNITMAN, Dora F.; LITTLEJONH, Stephen (Org.). Novos paradigmas da mediação. Porto Alegre: ArtMed, 1999, p. 88-97 apud ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de, PANTOJA, Fernanda Medina e PELAJO, Samantha (coord.). A mediação no novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 144

5 Ob. Cit. p. 145.

acúmulo de processos, não se pode depreender que o art. 165, §3º do CPC/2015, optou pela linha de Harvard, ao dispor que "o mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos", segundo Almeida *et al* (2015), o legislador demonstra a preocupação com o restabelecimento do diálogo entre as partes e o enfrentamento das causas que deram origem ao litígio. De modo que o Novo Código adotou uma opção mista entre as escolas linear e transformativa, ou seja, dando ênfase ao acordo, sem olvidar da relação entre as partes.[6]

1.2. Objeto da mediação

A mediação admite conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação, sendo que nesse último caso, o consenso das partes deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público, nos termos do art. 3º, §2º da Lei n. 13.140 de 26 de junho de 2015.

1.3 Princípios

Fernando Gama de Miranda Netto e Irineu Carvalho de Oliveira Soares destacam que o CPC 2015 traz uma disciplina inteira dedicada aos institutos da mediação e da conciliação na Seção V, Capítulo III, Título IV, do Livro III (Dos Sujeitos do Processo). No novo diploma legal proporciona ao cidadão o direito à justiça, fortalecido por diferentes instrumentos aptos a solucionar o conflito, conforme a controvérsia apresentada, dispondo que as contendas em que as partes possuem "vínculo anterior" (*rectius:* relação continuada) sejam preferencialmente geridos por mediadores, ao passo que os casos envolvendo partes entre as quais "não ter havido vínculo anterior" serão remetidos a conciliadores.[7]

Em que pesem as diferenças entre os procedimentos, o legislador estabeleceu normas comuns para medição e conciliação no artigo 166, §§ 1º e 2º do CPC 2015:

6 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de, PANTOJA, Fernanda Medina e PELAJO, Samantha (coord.). A mediação no novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 146.

7 MIRANDA NETO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios procedimentais da mediação no Novo Código de Processo Civil. *In* Ibidem. p. 109 e ss.

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

1.3.1 Princípio da imparcialidade

Diz respeito ao não favorecimento de nenhuma das partes.

1.3.2. Princípio da independência

Relaciona-se aos aspectos funcionais e a autonomia do mediador perante pressões externas.

1.3.3 Princípio da confidencialidade

Conhecido também como princípio do sigilo, a confidencialidade tem um tratamento especial, em relação aos demais princípios, tendo o legislador dedicado dois parágrafos do artigo 166 do CPC 2015 para detalhar a sua abrangência:

Art. 16. [...]

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

A confidencialidade alcança todas as informações produzidas no procedimento, tanto aquelas produzidas em reuniões privadas como nas conjuntas. Com o sigilo garantido, as pessoas sentem-se seguras para tratar dos problemas, sem omitir detalhes importantes para sua solução. Porém, tal norma não tem caráter absoluto, já que visa garantir o procedimento e pode ser renunciada pelas partes, a quem compete indicar a sua extensão. Destaca-se que é possível que a mediação seja objeto de estudos acadêmicos e o desenvolvimento de técnicas de mediação, desde que as partes consintam previamente e autorizado pelo núcleo que supervisiona o centro em que a mediação for realizada.

Como exceção a esse princípio, destaca-se também o cometimento de um crime de ação penal pública incondicionada no curso da mediação, que deve ser suspensa para comunicação do fato à autoridade.

1.3.4 Princípio da oralidade

Segundo o princípio da oralidade, os atos das sessões de mediação devem ser realizados, preferencialmente, de forma oral "reduzindo as peças escritas ao estritamente indispensável"[8]. Assim, para Miranda Netto e Soares *apud* Almeida (2015) o princípio possui tríplice objetivo: a) conferir celeridade ao processo; b) fortalecer a informalidade dos atos; c) promover a confidencialidade, registrando-se o mínimo possível.

Note-se que a prevalência da oralidade não elimina de todo a forma escrita, pois ao final do procedimento, deverá ser lavrado o termo de mediação.

1.3.5 Princípio da informalidade

O princípio da informalidade almeja pautar o procedimento da mediação na simplicidade, na humanização, refletidas na atuação do mediador, por meio da linguagem que utiliza, vestimenta adotada e expressões faciais que apresenta, buscando facilitar a participação do interessado nas etapas do processo mediacional, cuja autonomia do mediador para sua organização também tem base no mencionado princípio.

1.3.6 Princípio da decisão informada

Nas palavras de Petrônio Calmon, " é o princípio que afirma o direito de as partes obterem informação sobre o processo de mediação e, quando resulta necessário, acerca de seus direitos legais, opções e recursos relevantes, antes de participar da mediação, consenti-la ou aprovar os termos do acordo ali alcançados".[9]

1.3.7 Obrigatoriedade do procedimento *versus* autonomia da vontade

O CPC 2015, segundo Fernando G. Miranda Neto e Irineu C. de O. Soares *in* (ALMEIDA, 2015), traz uma contradição nos parágrafos do art.

8 FAGGIONI, Patricia Mercedes Segarra. La mediación en las controversias individuales de trabajo en el cantón Loja, desde La implementación del sistema oral hasta el año 2008. Equador: Universidade Simón Bolivar, Programa de Mestrado em Direito Processual, 2010, p. 25-26 *in* Ob. Cit. p. 113

9 CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 2. Ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 117. In Ob. Cit. p. 115.

334 ao estabelecer a obrigatoriedade da audiência de mediação, a não ser que ambas as partes manifestem, expressamente, desinteresse na composição consensual (§4, inc. I); cabendo ao autor indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e ao réu, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência (§5.). Sendo que nos casos de litisconsórcio, basta que apenas um manifeste interesse na audiência para impor a todos os demais (adversários ou não) a obrigação de comparecer a audiência (§6). De modo surpreendente, o legislador estabeleceu que "o não comparecimento injustificado do autor ou do réu a audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado". A seu ver, essa não parecer ser a forma correta de promover o nobre instituto, pois não é com a desconsideração da autonomia da vontade que se estabelece uma nova cultura.

1.3.8 Princípios na Resolução CNJ n. 125/2010

A Resolução CNJ 125/2010 ainda estabeleceu os seguintes princípios específicos: (i) independência e autonomia do mediador e conciliador, que não devem sofrer pressões externas e podem interromper os procedimentos quando considerarem que são inexistentes as condições para o seu desenvolvimento; (ii) respeito à ordem pública e às leis vigentes de modo a garantir que eventual acordo não colida com tais regras; (iii) empoderamento, estimulando as partes a resolver seus problemas futuros pela autocomposição a partir dessa experiência judiciária; (iv) validação, dever de estimular as partes e se perceberem como seres humanos e se respeitarem mutuamente.[10]

1.3.9 Princípios na Lei de Mediação

A Lei 13.140/2015 disciplinou como princípios da mediação:

> *Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:*
>
> *I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade;*
>
> *IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.*

10 GUERRERO, Luis Fernando. Conciliação e mediação: Novo CPC e leis específicas. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, RT, v. 41, p. 19 e ss., abr. 2014 in. Ibidem p. 53.

Assim, foram acrescentadas a isonomia entre as partes, a busca do consenso e a boa-fé aos princípios já previstos no CPC 2015.

1.4. Mediação no Código de Processo Civil 2015

A Lei n. 13.105 de 16.03.2015, conhecida como Código de Processo Civil 2015, disciplina de forma inédita, a promoção da solução consensual de conflitos pelo Estado, a ser estimulada por todos os operadores do Direito (art. 3º, §§2º e 3º). A legislação busca dar a devida importância à conciliação e à mediação, ao lado do processo do processo judicial, como instrumentos de pacificação social e de realização do direito de acesso à Justiça.[11]

O CPC de 1973 não tratava da mediação e referia-se à conciliação, basicamente, como integrante de um dos atos do processo de conhecimento, a audiência preliminar, a ser realizada, via de regra, pelo próprio juiz. A nova legislação, além de estabelecer a tentativa de composição da lide como primeiro ato do procedimento em primeiro grau de jurisdição (art. 334), dedica uma seção específica (arts. 165-175) à matéria, estatui os deveres de criação de centros de solução consensual de conflitos pelos tribunais, em sede judicial; e pela União e entes federativos, em âmbito administrativo; regulamenta a atuação dos mediadores e conciliadores, na qualidade de auxiliares da Justiça; e fixa os princípios gerais da mediação e da conciliação. Outras normas dispersas no Código, demonstram que os métodos de autocomposição devem ser estimulados a qualquer momento, antes e durante o curso do processo: permite-se a produção antecipada de prova quando "suscetível de viabilizar tentativa de conciliação ou de outro meio adequado de solução de conflito" (art. 381, II); atribui-se ao juiz o dever de promover o acordo entre as partes "preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores" (art. 139, V); impõe-se a tentativa de conciliação na audiência de instrução e julgamento pelo juiz (art. 359); e abre-se a possibilidade de suspensão dos prazos para execução de programa de conciliação pelo Judiciário (art. 221, parágrafo único) ou para submissão dos litigantes à mediação extrajudicial (art. 694, parágrafo único, referente às ações de família, mas aplicável a qualquer hipótese). Ainda, atribui-se a eficácia de título executivo judicial à decisão homologatória de autocomposição judicial ou extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, II e III).

11 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de, PANTOJA, Fernanda Medina e PELAJO, Samantha (coord.). A mediação no novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 139 e ss.

As novas regras do procedimento comum disciplinam que o autor, ao ajuizar uma ação judicial, deve informar na petição inicial, se tem interesse nos métodos autocompositivos e, em caso positivo, deve indicar a sua preferência pela conciliação ou pela mediação, conforme o disposto no art. 319, VII do CPC 2015.

Proposta a ação judicial, será remetida ao juiz para verificar o preenchimento de seus requisitos essenciais, analise se não é o caso de improcedência liminar do pedido (art. 334, *caput)* e aprecie eventual requerimento de tutela de urgência (arts. 330 e ss.) ou de evidência (art. 311). Segue-se, a designação pelo juiz da data da audiência de conciliação ou da sessão de mediação, de acordo com o método eleito pelo autor, com antecedência mínima de trinta dias (art. 334, *caput)*. Caso a parte autora não tenha indicado qual o mecanismo deseja, incumbe ao juiz indicá-lo, conforme a natureza do caso, aquele mais indicado.

1.5 Fases e técnicas na mediação

Por tratar-se de método consensual tem as características de informalidade e flexibilidade, incumbindo às partes a escolha do procedimento a ser seguido, conforme o que dispõe o art. 166, §4º, no CPC 2015: "a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais".[12]

As câmaras de mediação e os mediadores particulares costumam indicar o procedimento que utilizam, estando as partes livres para eleger o rito entre as opções que se apresentarem.

Importante ressaltar que a escolha respeite técnicas de mediação aptas a impulsionar a sua eficácia. A doutrina apresenta consenso, segundo Almeida (2015), de que para melhor aproveitamento do método, alguns estágios sejam seguidos: a fase preliminar e mais cinco etapas a seguir elencadas.

Na primeira etapa, conhecida como fase preliminar ou pré-mediação, não se sabe ainda se os participantes aderirão ao método, e incumbe ao mediador informar o seu papel, orientar os participantes sobre o instituto da mediação a fim de demovê-los das posições antagônicas e conclamá-los a atuar cooperativamente para solução do conflito.

12 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de, PANTOJA, Fernanda Medina e PELAJO, Samantha (coord.). A mediação no novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 149 e ss.

Maria de Nazareth Serpa recomenda que, ainda nessa fase preliminar, após a anuência dos litigantes em participar do procedimento de mediação, seja formalizada a concordância a fim de resguardar os compromissos firmados entre o mediador e as partes, mediante instrumento contendo as datas, horários e duração das sessões, a possibilidade ou não da realização de sessões privadas (*caucus),* a participação de comediador quando útil e necessário e as questões de honorários de mediador, quando couber[13]. Como exposto, trata-se de mera recomendação não sendo requisito de validade para possível acordo obtido.

Passando-se ao procedimento propriamente dito, caso as partes adiram à mediação, inicia-se a primeira sessão, o que pode ocorrer no mesmo dia da pré-mediação. Inicialmente, é realizada a apresentação das partes e do conflito, com a concessão de prazo para cada parte expor o seu ponto de vista sem ser interrompida. Jay Folberg e Alysson Taylor destacam a importância dessa etapa para a percepção dos objetivos, expectavas dos participantes, os estilos de comunicação e negociação de cada um e o estado emocional que se encontram.[14]

O terceiro estágio consiste na descoberta dos interesses, dos reais objetivos por trás das posições inicialmente apresentadas pelas partes, o que exige mais do mediador. A visão antagônica quanto ao conflito pode não dar esperanças de obtenção de solução consensual para as partes. Para conseguir tal evolução existem algumas técnicas que permitem ao mediador trabalhar as manifestações das partes para revelarem o que pretendem de fato. Humberto Dalla Bernardina de Pinho faz alusão às técnicas utilizadas pela Harvard Law School, como o *looping,* pelo qual o mediador tenta obter das partes os seus reais interesses por meio de formulação de grande número de perguntas, podendo recolocar a mesma questão de forma diferente (*rephrasing)* ou em um contexto diferente (*reframing),* a fim de estimular os participantes a exporem o que desejam verdadeiramente.[15]

O mediador tem a sua disposição a técnica das sessões privadas, denominada *caucus,* que visa oportunizar o desabafo, o abrandamento das emoções afloradas pela vivência do conflito e para o esclarecimento

13 SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e Prática da Mediação de Conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999, p. 80 *in* Ob. Cit. p. 150.

14 FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alysson, Mediation: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation. San Franscisco: Jossey Bass, 1984, p. 39 *in* Idem p. 151.

15 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e o Código de Processo Civil projetado. Revista de Processo, São Paulo, RT, ano 37, v. 207, p. 17-18, 2012 *in* Ibidem p. 151.

de alguma questão. Essa técnica, caso o mediador entenda ser útil, deve ser utilizada de forma equilibrada, fundamentada nos princípios da confiança e da imparcialidade. Caso opte-se em realizar a sessão privada com uma parte, o mediador, necessariamente, deve-se fazê-la com a outra, com igualdade de tempo, sempre com a indagação da parte se o que for revelado na sessão privada deve ser tratado como informação confidencial ou se algo pode ser relatado à outra parte em benefício da mediação.

Ao final da terceira etapa espera-se que o mediador tenha conseguido levantar quais são os pontos controvertidos, os reais interesses dos participantes e quais opções não serão aceitas de modo algum.[16]

A próxima etapa é voltada para a geração livre de opções, na qual pode-se utilizar da técnica de *brainstorming,* segundo a qual os participantes expõem livremente as soluções que vêm à mente, sem pretensão da viabilidade, sendo anotado pelo mediador, preferencialmente, em um local de boa visibilidade para os participantes, a fim de ser analisado de forma conjunta posteriormente. Em seguida, com um número considerável de opções inicia-se o processo de análise das alternativas apresentadas, buscando-se excluir aquelas inviáveis, incumbindo ao mediador estimular os participantes a criar novas soluções, partindo daquelas dadas, buscando aprimorar as sugestões iniciais. Encerrada essa fase, os participantes estão prontos para negociar.

Na etapa da negociação, o mediador deve buscar a cooperação, para que as partes atuem de forma colaborativa, superando o comportamento adversarial, visando obter a solução que satisfaça ambos os interesses, sem que haja imposição da decisão de uma ao outro, com a manutenção da igualdade da comunicação.

Leonard L. Riskin e James E. WestBrook dão ênfase para a necessidade de os participantes compreenderem efetivamente as propostas feitas pela outra parte, para que não restem dúvidas quanto ao seu objeto e limites.[17]

Ao fim da negociação, espera-se que o acordo seja obtido e que o conflito tenha sido, pelo menos parcialmente, solucionado. Pode-se também chegar a uma composição parcial e agendar uma nova sessão de mediação para resolução das demais questões ou prosseguir judicialmente para avaliar esses pontos (art. 356 do CPC 2015). Caso não seja possível a

16 FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alysson. Ob. Cit. p. 49 *in* ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de, PANTOJA, Fernanda Medina e PELAJO, Samantha (coord.). A mediação no novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 153.

17 RINKIN, Leonard. L.; WESTBROOK, James E. op. cit. p. 171 *in* Ob. Cit. p. 154.

realização de qualquer solução para a questão, cabe ao mediador registrar o impasse.

Para segurança das partes, com relação ao que foi acordado, em especial nos casos de relação continuada, é importante formalizar o acordo, lavrando o termo da sessão realizada, de forma clara e acessível às partes, o qual pode ser homologado por sentença (art. 334, §11 CPC 2015) e constituirá título executivo judicial (art. 515, II, CPC 2015).

1.6 O papel do Advogado na mediação

Um novo e importante papel é aberto para os advogados pela mediação, que pode ser compreendido em três etapas: antes, durante e após a mediação.[18] Representa uma oportunidade para o profissional atuar em regime de cooperação ao invés de regime adversarial.

Antes da mediação, caberá ao advogado o exercício das seguintes funções:[19]

a) Diagnóstico: o advogado "toma conhecimento dos fatos, analisa o direito, avalia os riscos, os custos e as demoras, em função dos objetivos de seu cliente".

b) Recomendação: de acordo com os fatos e a experiência em situações similares, o advogado poderá indicar a mediação como forma de lidar com o conflito, ou poderá identificar a possível inaplicabilidade, evitando desgastes inúteis. Em qualquer dos caminhos escolhidos, cabe ao profissional recomendar as opções disponíveis e os cuidados que o cliente deverá tomar quando chegar o momento de fazer a sua escolha e esclarecerá sobre os direitos indisponíveis e limitações e possibilidades legais.

c) Persuasão: poderá o advogado estabelecer contato com a parte contrária ou com o advogado constituído por ela e argumentar para obter a concordância em participar da mediação, caso seja uma opção viável para ambas as partes.

d) Preparação para a mediação: o advogado pode "preparar o cliente para a exposição dos fatos, do direito e dos objetivos" e "antecipa as dificuldades e elabora hipóteses de solução; ajuda o cliente a determinar

18 FIORELLI, José Osmir, FIORELLI, Maria Rosa e MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. Mediação e conflitos: teoria e prática. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.p. 285. e ss.

19 OLIVEIRA, M. C. Informação n.º 6/DG/2002, de 23.09.2002, Julgados de Paz. 3. Ed. Lisboa: Quid Jus, 2005. p. 628, 629. *Apud* Ob. Cit. p. 285.

as prioridades os seus limites e clarificar a sua margem de manobra".

No decorrer da mediação, o advogado pode cooperar da seguinte maneira:

a) Colaborar com o mediador: assumindo atitude e comportamento cooperativos, com vista a favorecer tratativas harmoniosas e construtivas.

b) Assegurar que os interesses e objetivos do seu cliente sejam contemplados: o advogado deve alertar o cliente sempre que necessário, em situações em que pode haver desequilíbrio de forças, ou má-fé da outra parte.

c) Auxiliar o cliente a formular opções exequíveis: com base na sua experiência, o patrono pode ajudar na percepção das opções válidas para acordos que satisfaçam os interesses do cliente e sejam aceitáveis pela outra parte, ajudando para que eles as compreendam, avaliem para tomar, livremente, a decisão de acatá-las ou não.

d) Analisar as opções de acordo: na condição de terceiro experiente, pode ajudar a avaliar a equidade das propostas e questões relativas ao direito, evitando questionamentos posteriores, pela via judicial, a fim de evitar desperdício do trabalho realizado.

e) Cooperar na formulação dos termos do acordo: o advogado pode colaborar na redação do acordo, auxiliando os participantes a encontrar formas de expressão que melhor representem as vontades das partes, com clareza e afastando as dúvidas.

Após a medição, o advogado poderá prestar assistência ao cliente sempre que for conveniente, esclarecendo questões, analisando novos interesses e fatos, bem como no acompanhamento das providências acordadas.

No dizer de Oliveira, "a mediação, longe de esvaziar a função de advogado, abre-lhe uma extensa possibilidade de atuação, ao trazer para a mesa de negociação uma significativa parcela da população que dela se encontrava alijada por diversos motivos."

O mencionado autor, destaca que além da mediação de conflitos instalados, há um vasto campo a ser explorado com a mediação preventiva. Um aspecto que merece destaque é o financeiro, pois a celeridade do processo de mediação e o grande potencial em relação ao número de clientes permitirá ao advogado ter rapidez no recebimento dos seus honorários.

1.7 Atuação do Ministério Público na mediação

O Ministério Público é conclamado a estimular os métodos de solução consensual de conflitos, conforme o art. 1º do CPC 2015:

> *Art. 1º [...]*
>
> *§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.*

A Lei 13.140/2015 garante a atuação como *custus legis* do Ministério Público, previamente, à homologação de acordos oriundos da mediação que envolvam direitos indisponíveis mas transigíveis, como garantia da lisura do procedimento.

> *Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.*
>
> *§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.*
>
> *§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.*

CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 e a Lei de Mediação n. 13.140/2015 são instrumentos normativos inovadores e vêm ao encontro da busca de soluções consensuais dos conflitos cada vez mais crescentes na sociedade contemporânea.

A mediação é um mecanismo de autocomposição, com a atuação do mediador como facilitador, busca o empoderamento dos envolvidos na solução dos conflitos de interesse, o restabelecimento da comunicação entre os participantes e um maior comprometimento em cumprir o que, eventualmente, for acordado, pois o que foi construído não é algo imposto, mas o que atenderá o desejo comum.

Assim, verifica-se que o incremento da mediação contribui sobremaneira para a efetivação do acesso à justiça. Além de ser um instrumen-

to que auxilia a superação da crise do Judiciário, com a baixa da taxa de congestionamento medida pelo Conselho Nacional da Justiça. •

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de, PANTOJA, Fernanda Medina e PELAJO, Samantha (coord.). **A mediação no novo código de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ANDRADE, Denise Almeida de & JUCÁ, Roberta Laena Costa. *A Influência Liberal na Concepção de Cidadania da Lei de Arbitragem e a Necessária Adequação à Constituição de 1988*. *In*. SALES, Lília Maia de Morais (org.). **A Cidadania em Debate: Estudos Sobre a Efetivação do Direito na Atualidade.** N. 3. Fortaleza: Gráfica UNIFOR, 2005.

D'ASSUNÇÃO, Soníria Rocha Campos. **Crise da Execução Fiscal: o clamor por uma nova cultura** in http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2013/a-crise-da-execucao-fiscal-o-clamor-por--uma-nova-cultura-juiza-soniria-rocha-campos-dassuncao acesso em 25.09.2015

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª Edição. 2ª Tiragem. São Paulo: Ed. LTr, 2006.

FIORELLI, José Osmir, FIORELLI, Maria Rosa e MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. **Mediação e conflitos: teoria e prática.** 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo e LAGRASTA NETO, Caetano. (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para instalação do setor de conciliação e mediação**. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

SALES, Lília Maia de Morais *et al.* **Mediação Família: um estudo histórico-social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas**. Fortaleza: Expressão Gráfica Editora, 2006.

SOUZA, Giselle. **Medidas para reduzir estoque não consideram a arrecadação, diz procurador.** Consutor Jurídico in http://www.conjur.com.br/2015-mar-06/medidas-reduzir-estoque-nao-consideram-arrecadacadacao acesso em 25.09.2015

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Sites de pesquisa:

<www.cnj.gov.br>. acesso em 05.09.2015.

<http://www.dizerodireito.com.br/2015/06/comentarios--lei-131402015-lei-da.html> acesso em 05.09.2015

http://www.humbertodalla.pro.br acesso em 05.09.2015.

http://www.tjmt.jus.br/noticias/40294#.VgY5IxFVikp acesso em 03.08.2015

http://www.tjmt.jus.br/noticias/40339#.VgY4LRFVikq acesso em 03.08.2015

http://www.tjmt.jus.br/Noticias/40615#.VgY2fBFVikq acesso em 03.08.2015

http://www.tjmt.jus.br/noticias/40439#.VgY3HhFVikq acesso em 03.08.2015

http://www.tjmt.jus.br/Noticias/40623#.VgYz4BFVikp acesso em 03.08.2015

Elementos que Influenciam Diretamente no Resultado Positivo da Mediação Aplicada em Processos Judiciais e um Caso Concreto Digno de Análise

Sandy de Paula Alves
Bacharel em direito - PUCPR; Advogada; Pós graduanda em Direito Processual Civil – Faculdade Damásio; Personal, Professional e Leader Coaching – SBCoaching; Mediadora e Conciliadora Judicial em formação – TJMT; Conciliadora de defesa do consumidor no Procon Municipal de Juara/MT.

Jaqueline Porcino de Paula
Bacharel em Direito – FACEALFOR/MG; Corretora de Imóveis e Perita Avaliadora; Pós graduanda em Direito Notarial e Registral; pela Faculdade Damásio; Ex Tabeliã de Notas; Mediadora e Conciliadora Judicial em formação – TJMT

RESUMO: O presente artigo visa favorecer uma observação sistemática sobre a importância dos métodos de resoluções consensuais de litígios com enfoque na mediação judicial, elencando como atores fundamentais os mediadores, os advogados e os mediados. O método de pesquisa utilizado baseou-se na revisão bibliográfica que trata da linha de pesquisa e meios alternativos de resolução de conflitos: mediação, arbitragem e práticas restaurativas e, estudo de caso concreto que ganhou repercussão diante da quantidade de partes envolvidas, do fator monetário e da complexidade da matéria em disputa.

PALAVRAS-CHAVE: autocomposição; mediação; resolução de conflitos.

ABSTRACT: This article aims to favor a systematic observation on the importance of methods of consensus resolution of conflicts with a focus on judicial mediation, listing mediators, lawyers and mediados as key actors. The research method used was based on the bibliographical revision that deals with the line of research Alternative Means of conflict resolution: mediation, arbitration and restorative practices, and a real case study that gained repercussion in terms of the number of parties involved, the monetary factor and Complexity of the matter in dispute.

KEY WORDS: selfcomposition; mediation; conflict resolution

INTRODUÇÃO

O Brasil apenas no final da década de 1980 conheceu o fenômeno sociológico denominado explosão de litigiosidade. Período coincidente à promulgação da Constituição de 1988, cuja consagração de ampla gama de direitos de índole democrática fez eclodir uma enorme distância entre a realidade das normas jurídicas e a realidade da vida da população.

Os cidadãos passaram a enxergar a atividade jurisdicional como instrumento de encurtamento da aludida distância. Uma avalanche de processos foi repentinamente ajuizada, evidenciando um Judiciário incapacitado de atender às mais diversas demandas cidadãs, em que pesem esforços de servidores e magistrados.

A postura combativa de clientes e advogados favoreceu o aumento do número de processos, assoberbando cada vez mais o poder judiciário. Nesse cenário, frequentemente, constata-se partes litigantes que, após longos períodos de litígio, recebem integralmente o pedido posto na inicial, mas ainda assim não sentem que "venceram o conflito". Certamente se pode afirmar que, se uma parte vence – parcial ou integralmente uma disputa, mas ainda se encontra insatisfeita ao final do processo, há algo no uso da máquina estatal a ser questionado. E é por esta razão que hoje tem-se a figura da desjudicialização, que visa reduzir o tempo de espera na conclusão processual, pois quando a resposta jurisdicional chega tardiamente, não gera no indivíduo a sensação de ter sido feito a justiça, o que o leva a discutir cada vez mais suas questões, gerando um círculo vicioso, que agrava cada vez mais a situação do judiciário no Brasil.

A grande procura dos brasileiros pelo atendimento de seus direitos levou a uma situação de esgotamento do modelo atual de prestação jurisdicional. Diante disso, o Poder Judiciário, passou a adotar novas práticas para uso eficiente de seus recursos materiais e humanos, estabelecendo um novo formato de acesso à Justiça, prezando pela celeridade, e passando necessariamente pela valorização das formas não litigiosas de solução de controvérsias, como a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Com o advento do Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015, o processo, agora, passa a representar um vínculo de cooperação entre todos os sujeitos envolvidos. Cria-se uma atmosfera essencial para a fase "obrigatória" da conciliação e da mediação. Instala-se um processo que permite às próprias partes (com o auxílio do conciliador ou do mediador), na condição de protagonistas, encontrarem, da melhor maneira possível, a solução da questão em litígio.

O Poder Judiciário se aproxima de uma de suas mais belas funções: educar a sociedade para tornar-se mais consensual, ao mesmo tempo em que enfrenta de forma direta um de seus maiores desafios: o déficit operacional. Além disso, promove o melhor entrosamento da sociedade, incentivando o crescimento social do indivíduo, fazendo-o sentir-se protagonista na solução de seu conflito. Ademais, possibilita a criação de um novo e dinâmico mercado para a advocacia.

Isso pode ser demonstrado com as inúmeras conquistas da justiça desde a vigência da Resolução nº 125/2010, do CNJ e do CPC, como a que será aqui demonstrada, onde 16 herdeiros que litigavam há dois anos entraram em acordo em uma única sessão de mediação. No decorrer deste artigo serão analisados os fatores que possibilitaram essa conquista e muitas outras nas comarcas do Brasil afora.

1 O NOVO PROCESSO CIVIL NO BRASIL

O modelo clássico de processo traz, em suas noções básicas, a ideia de oposição entre as partes. Estas atuavam, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, em antagonismo: autor x réu ou requerente x requerido.

No atual Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015 de 16 de março de 2015, o processo, orientado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, ganha contornos mais democráticos, permitin-

do às partes participarem mais ativamente na busca de soluções para o deslinde do conflito.

O processo começa por iniciativa da parte (autora) e esta, na petição inicial, de acordo com o artigo 319, inciso VII do CPC, optará pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

A fase da conciliação e da mediação não deve ser uma opção exclusiva da parte autoral, a ponto de retirar da outra parte, a possibilidade de propor uma solução consensual. Na atmosfera dialogal e cooperante o Estado deve promover a solução consensual do conflito.

Importante notar que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Nesse contexto, é possível se chegar à conclusão de que a fase da conciliação e da mediação consiste em uma etapa obrigatória no processo sob a tutela jurisdicional do Estado que deve ser estimulada por todos sujeitos do processo.

1.1 A Cooperação entre os Sujeitos do Processo

O artigo 6° do Código de Processo Civil determina que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Referido artigo contempla o princípio da cooperação, que tem o objetivo de tornar o processo, num primeiro momento, um "instrumento" de diálogo entre as partes e com o juiz (ou conciliador/mediador).

O modelo cooperativo encontra seu substrato nodal no princípio processual da cooperação intersubjetiva. Tal princípio destina-se a transformar o processo civil em uma comunidade de trabalho e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados.

É, pois, nesta lógica dialogal que esse novo modelo se espraia, como oportunamente observa Eduardo Grasso, 1966, v. 27, p. 34, quando afirma que:

> *"o juiz, no desenvolvimento do diálogo, move-se para o nível das partes: a tradicional construção triangular é substituída por uma perspectiva de posições paralelas".*

A comunidade de trabalho deve, pois, ser compreendida como um feixe de relações colaborativas que se desenvolvem em um plano paralelo, com plena predominância do diálogo.

A correta divisão das funções entre as partes e o tribunal é, indubitavelmente, aquela que impõe que, ao longo de todo o *iter processual*, seja mantido um diálogo entre todos os sujeitos processuais, devendo o processo ser entendido, essencialmente, nas palavras de Costa e Silva, 2003, p.60, como uma "comunidade de comunicação", que permita uma discussão a respeito de todos os aspectos fáticos e de direito relevantes para o deslinde da causa.

Vale ressaltar que o princípio da cooperação é de fundamental observância por parte dos mediadores, advogados e mediados, a fim de que surjam resultados satisfatórios para todos os envolvidos no litígio.

O mediador ao desenvolver seu trabalho na sessão de mediação, necessita provocar a empatia dos envolvidos, sejam mediados, sejam advogados, pois o resultado positivo dos trabalhos se deve ao estabelecimento de confiança no procedimento e no profissional que conduz o ato.

Indispensável à administração da justiça, e protegido pela magna carta o instituto da advocacia no art. 133 caput, é a figura do advogado que se faz necessário, de acordo com a Lei 13.105 de 2015, CPC, nas sessões de mediação judicial. Levando-se em consideração que os advogados devem acompanhar seus patrocinados na sessão de mediação, estes poderão ser previamente orientados quanto às possibilidades a serem enfrentadas na mediação, estimulando a boa-fé e a reciprocidade de confiança e otimismo.

Na sessão de mediação ou conciliação o mediado é o protagonista e através de uma comunicação positiva e não violenta é conduzido pelo mediador a repensar suas posições e apoderar-se da possibilidade de construir com o outro mediado um entendimento proporcional a ambos.

2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO

A mediação e a conciliação são pautadas, assim como outras atividades do Direito, em normas, leis e princípios.

Estes princípios são os condutores do mediador ou do conciliador. É a partir destes princípios informadores, que o mediador ou o conciliador pautará o procedimento, bem como sua postura ao longo não só da sessão, mas também sua conduta ética.

A Resolução nº 125/2010 do CNJ, em seu artigo 1º, discorre sobre os Princípios informadores, trazendo à luz outros que não são citados no Código de Processo Civil, conforme abaixo descrito:

> *Art. 1º São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.*
>
> *I – Confidencialidade - dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese;*
>
> *II – Decisão informada - dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido;*
>
> *III – Competência - dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada;*
>
> *IV – Imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;*
>
> *V – Independência e autonomia - dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexequível;*
>
> *VI – Respeito à ordem pública e às leis vigentes - dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes;*

VII – Empoderamento - dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição;

VIII – Validação - dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como serem humanos merecedores de atenção e respeito.

Reforçando o procedimento de mediação e conciliação existentes no Brasil, através da Resolução nº 125/2010, do CNJ, o legislador trouxe para o âmbito processual este modelo de autocomposição entre as partes, na busca por soluções satisfatórias que atendessem às demandas, sem, contudo, trazer prejuízo à segurança jurídica dos negócios objetos das discussões.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 166, elenca os Princípios informadores que regem a conciliação e a mediação:

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada*. (grifo nosso)*

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

O Princípio da Independência diz respeito à livre condução dos mediadores/conciliadores na atuação das sessões. Não devem ser pressionados por quaisquer das partes, advogados, Juízes, membros do Ministério Público ou qualquer outro servidor, a realizar acordos ou inclinar-se ao posicionamento de alguma das partes.

O Princípio da Imparcialidade impõe ao mediador/conciliador o dever de agir com neutralidade durante o procedimento, não podendo este intervir na decisão das partes, de modo que venha a interferir em suas vontades.

O Princípio da Autonomia da Vontade é pautado no completo atendimento ao desejo das partes para realizarem ou não a composição do conflito. Este deve ser atendimento pelo mediador/conciliador, que não deve fazer juízo de valores ou julgamentos, apenas formalizarem o acordo celebrado entre as partes.

O Princípio da Confidencialidade determina que o profissional deve guardar sigilo sobre os fatos ocorridos durante as sessões, preservando, assim, a imagem e a intimidade das partes. Não podendo, inclusive, atuar como testemunhas, em fase processual, caso seja necessário.

O Princípio da Oralidade denota a possibilidade da audiência ser toda verbalizada por todos os envolvidos. Ao contrário dos procedimentos judiciais convencionais, em que existe a elaboração de termos, nos quais são relatos todos os fatos ocorridos durante a audiência, seguindo o servidor a formalidade necessária para a conclusão da Ata de Audiência, na sessão de mediação existe a situação inversa, ou o seja, de acordo com o Princípio da Informalidade nada do que for relatado durante a sessão é referido no termo. Também não é permitido nenhum tipo de gravação seja ela em vídeo ou em áudio.

Já o Princípio da Decisão Informada determina que o mediador/conciliador deve esclarecer para as partes os efeitos de suas decisões, informando-as de que forma deverão atuar depois de fazerem o acordo ou não, ou seja, que procedimentos adotarão da decisão em diante.

3 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A mediação e a conciliação são formas não coercitivas de composição de conflitos, que apesar de serem técnicas semelhantes, possuem diferenças entre si.

Estas não são as únicas técnicas não coercitivas utilizadas no Brasil para a solução de conflitos. A principal diferença entre elas é que a mediação versa sobre relações continuadas, ou seja, as partes, possuem vínculo anterior (pais e filhos, cônjuges, irmãos), e o condutor da sessão (mediador) age de forma neutra, imparcial, sendo-lhe vedado a formulação de propostas. O mediador somente conduz às partes, oportunizando- lhes ter a percepção do problema e concentrando seus esforços para a consecução dos resultados esperados. Enquanto que na conciliação o terceiro imparcial pode oferecer sugestões e as partes não possuem vínculo anterior.

O papel dos mediadores e conciliadores, ganhou destaque com o advento do Código de Processo Civil, pois estes são considerados aos olhos da nova *legis* processual, auxiliares da justiça, assim como o Ministério Público, Escrivães e os advogados, essenciais ao seu funcionamento. Desta forma, determina o artigo 139, do Código Processual Civil:

> *Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:*
>
> *(...)*
>
> **V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; (grifo nosso)**

Note-se que o olhar sobre os litígios atualmente é no sentido de promover a paz social. O Estado, na pessoa do Juiz recebeu este dever, esta incumbência, de promover a autocomposição. É importante ressaltar que em comparação com o Código de Processo Civil anterior, a conciliação não passava de mera tentativa, o Juiz tentava a qualquer tempo conciliar as partes, enquanto neste novo modelo ele deve promover a autocomposição.

O doutrinador Loureiro (2016) esclarece de forma didática, a principal diferença entre conciliação e mediação, conforme abaixo descrito:

> *Nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, o conciliador pode sugerir soluções para o litígio, embora seja-lhe vedado utilizar qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem (Art. 165§2º) (...) Por outro lado, nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, o mediador auxiliará aos interessados*

> *a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (Art. 165, §3º). (LOUREIRO, 2016, p. 226)*

Já na conciliação, o conciliador pode ter uma participação mais ativa, haja vista que neste caso, as partes, muito embora tenham uma relação prévia (normalmente de negócios), podendo até ser uma relação continuada, o objeto da discussão não diz respeito sobre estas relações. O conciliador, pode, à medida em que percebe que as partes estão tendo dificuldades em compor suas decisões, apontar caminhos e possibilidades que serão avaliados e decididos pelas próprias partes.

É importante frisar que o mediador ou o conciliador não tem poder decisório. A palavra final, sempre será das partes envolvidas, ao contrário do que pode ocorrer com outros métodos de solução de conflitos, já apontados acima, como a arbitragem por exemplo.

4 A MEDIAÇÃO

Na mediação, a participação ativa das partes na busca de soluções para a questão em "litígio" deve ser estimulada pelo mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, e auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Nesta seara, Rodrigues Junior (2007), nos esclarece o seguinte:

> *A mediação é um processo informal de resolução de conflitos, em que um terceiro, imparcial e neutro, sem o poder de decisão, assiste às partes, para que a comunicação seja estabelecida e os interesses preservados, visando ao estabelecimento de um acordo. Na verdade, na mediação, as partes são guiadas por um terceiro (mediador) que não influenciará no resultado final. O mediador, sem decidir ou influenciar na decisão das partes, ajuda nas questões essenciais que devem ser decididas durante o processo. (RODRIGUES JUNIOR, 2007, p. 50).*

Cabe ressaltar o papel fundamental exercido pelo mediador na condução da sessão, pois ele deve proporcionar às partes o entendimento de suas questões, sentimentos e interesses, validando-os, sem, contudo, influenciar na decisão destas. O mediador deve agir com assertividade e sensibilidade, para ajudá-las a buscar a melhor solução que atenda às suas necessidades, dentro das possibilidades que possuem. Além de dominar as técnicas e ferramentas, o mediador deve conhecer a matéria de que se trata a problemática apresentada, pois, somente assim poderá entender e tratar o conflito em todos os seus aspectos.

5 A CONCILIAÇÃO

Na conciliação, diferentemente da mediação, o conciliador poderá sugerir soluções para o litígio, podendo o conciliador dirigir às partes questões abertas ou direcionadas à situação, as quais as partes podem acatar ou não, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Nas palavras de Fiúza (1.995, p. 56), "a conciliação pode ser assim entendida: Atualmente a conciliação é definida como "processo pelo qual o conciliador tenta fazer que as partes evitem ou desistam da jurisdição".

Nas palavras do Professor Rodrigo Almeida Magalhães:

> *O terceiro interventor (conciliador) atua como elo de ligação. Sua finalidade, (...), é levar as partes ao entendimento, através da identificação de problemas e possíveis soluções. Ele não precisa ser neutro, [diferentemente do mediador], ou seja, pode interferir no mérito das questões. O conciliador não decide o conflito, ele apenas pode sugerir decisões; a decisão cabe às partes. (MAGALHÃES, 2008, p. 28).*

No sentido da lei, o conciliador atuará como facilitador, proporcionando às partes o entendimento necessário de seus problemas, e levando-os à compreensão de suas questões, para que juntos possam chegar a uma decisão satisfatória para todos.

6 FATORES QUE INFLUENCIAM NO ÊXITO DA SESSÃO DE MEDIAÇÃO

Para o êxito da conciliação e da mediação, a qualificação dos mediadores, conciliadores e juízes será de extrema importância. A conciliação e a mediação reclamam de técnicas específicas para o enfrentamento dos

mais diversos tipos de conflitos, o estabelecimento de uma relação de confiança e uma postura ética inquestionável dos profissionais envolvidos.

Lado outro, as partes devem colaborar com o procedimento, pois o impacto de suas decisões refletirá diretamente sobre suas vidas, uma vez que a mediação e a conciliação não são tão somente um conjunto de procedimentos e ferramentas utilizados de forma personalizada nas sessões, para atingirem a consecução desejada que é o acordo.

Antes de tudo as partes devem estar cientes de que a Justiça atual enxerga nestes procedimentos, uma nova forma de aplicação da normativa existente no Brasil, entretanto, muito mais humanizada, pautada na autonomia da vontade, ou seja, para que as partes ou solicitantes, possam exercer o princípio da autonomia da vontade, o qual juntamente com os demais, é basilar para o entendimento da mediação e conciliação como um todo, é necessário que se perceba que não somente o Estado deve adotar uma postura pacífica. Há de ser mencionado também, que toda essa mudança de pensamento, com a aplicação de novos procedimentos deve começar pela transformação comportamental das partes.

Sobre o Princípio da Autonomia da Vontade das Partes, assevera STRENGER, Irineu:

> *A autonomia da vontade como princípio deve ser sustentada não só como um elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica, que é esse poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito. (STRENGER, 2.000, p. 66).*

Na atualidade, as partes possuem mais liberdade para decidir qual a melhor forma de abordar suas questões, e isto passa, não somente pela capacidade cognitiva, mas também pela liberdade de instrumentalizar suas vontades, como forma de exercício da própria liberdade (princípio da instrumentalidade das formas).

Sobre a importância da mutação de pensamento e do entendimento sociais voltados para o diálogo e não o conflito, assim nos ensina Águida Arruda Barbosa, em artigo publicado na Revista Científica ESA/OAB, 23ª Edição, página 41:

O marco legal da mediação poderá ser instrumento de educação, 'promovendo a mudança de comportamento no tecido social, estimulando o cidadão a recorrer à mediação, buscando a lógica da comunicação, em lugar de bater às portas do Judiciário, em busca da lógica do litígio.

Esta liberdade de decisão de resolução de conflitos, com geração de várias opções, deve passar também pela mudança da concepção social, pois nada disso fará sentido se as partes não estiverem cientes de seus direitos e deveres, haja vista que a mediação e conciliação são constituídas pela aplicação de ferramentas, de técnicas de negociação, que visam a geração de ganhos mútuos, buscando sempre o equilíbrio das relações.

7 ANÁLISE DE CASO CONCRETO

Em outubro de 2015 uma ação judicial de inventário e partilha de bens envolvendo 16 herdeiros e um patrimônio avaliado em mais de R$ 2 (dois) milhões de reais foi ajuizada no Fórum da Comarca de Juara/MT, lotada na Primeira Vara Cível e Criminal.

Passado mais de um ano do ajuizamento desta ação, precisamente em novembro de 2016, o advogado do inventariante peticionou nos autos requerendo a realização de sessão de mediação, visando a reunião dos herdeiros, a fim de se buscar um acordo e solucionar a lide.

Atendendo ao requerimento dos interessados, o Exmo. Juiz Fabrício Sávio da Veiga Carlota, titular da Primeira Vara da Comarca de Juara/MT, com supedâneo no inciso V, do artigo 139 do CPC, e ainda, da norma ínsita na Resolução 125 do CNJ, determinou a remessa dos autos ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Comarca (CEJUSC), ordenando que a respectiva Secretaria, designasse Sessão de Mediação.

A sessão de medição foi um sucesso, inclusive, o caso ganhou repercussão e foi divulgado na imprensa estadual, conforme se vê no seguinte endereço eletrônico: http://www.tjmt.jus.br/noticias/47609#.WMpCc28rLIU.

Observa-se que um processo judicial litigioso, com esta grande quantidade de herdeiros, que costuma estender-se por 10 anos ou mais, foi finalizado em uma única sessão de mediação que durou 08 (oito) horas ininterruptas. Ao final deste período as partes e advogados manifestaram

seu contentamento e se mostravam “empoderadas” por terem colocado fim ao conflito da melhor maneira possível.

O resultado desta mediação só foi possível pela cooperação entre as partes envolvidas. Este foi o ponto fundamental, sob análise da mediadora, autora do presente artigo, que conduziu a sessão. Advogados e mediados se empenharam em alcançar a pacificação e colocar fim ao desgaste físico, emocional e financeiro que vinham sofrendo.

Outro fator de relevância para o resultado satisfatório da mencionada sessão de mediação, foi o conhecimento aprofundado da comediadora, também autora do presente artigo, sobre a matéria de que se tratava a ação: inventário e partilha de bens. Por possuir esta competência, o termo do acordo foi lavrado com muita propriedade e dentro das formalidades que a lei exige.

Além disso, devem ser evidenciados todos os aspectos mencionados neste artigo, quais sejam, a observância dos princípios que norteiam o instituto da mediação e da conciliação, o domínio da técnica e ferramentas pelas mediadoras, a cooperação entre os envolvidos, a participação ativa dos advogados que representaram brilhantemente o interesse de seus representados, entre outros.

Este resultado serve de exemplo ante as inúmeras conquistas que os Cejuscs espalhados pelas comarcas brasileiras vêm alcançando. No futuro, espera-se que a mediação seja elevada a primeira opção para resolução dos conflitos familiares e que o litigar em juízo seja a última.

8 CONCLUSÃO

Em toda relação social que envolva várias pessoas é comum o conflito de interesses. Este conflito é inerente à própria existência humana. E isso é bom, pois é a partir da divergência de opiniões, valores e ideias, que velhos paradigmas são transformados em situações inovadoras, capazes de revolucionar toda uma geração.

Nossa capacidade de sempre desejar avançar, o poder competitivo humano, e principalmente nossos interesses pessoais, nos levam a ter conflitos, embates.

Ao longo da História, no que diz respeito à resolução de controvérsias, remetemo-nos à vários métodos e legislações para dirimi-las, terceirizando nosso poder de decisão. Porém, isso não quer dizer que em toda a história, esses meios beneficiaram a sociedade.

Podem ser citados como exemplos, o Código de Hamurabi (lei de talião), da Babilônia, a Lei das Doze Tábuas, do Código Romano, que trata de temas que até hoje são tratados pela conciliação e mediação, a Lei da Santa Inquisição da Igreja Católica, em Roma, e também no Brasil, que não assegurava nenhum direito de defesa às vítimas e era institucionalizado, enfim, estes exemplos, como tantos outros, só nos revelam que cabe aos cidadãos a decisão de enfrentar seus problemas, sem, contudo sofrer com suas decisões. O poder de dialogar, de exercer a democracia e de se expressar, é livre, constitucionalmente assegurado, e deve ser exercido à exaustão pela sociedade.

Vivemos em mais um momento transformador da história em que as pessoas estão percebendo que as soluções de seus conflitos, encontram-se em si mesmas, que conforme disposto no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, que inclusive foi Promulgada após o cerceamento de muitos direitos, um Estado Democrático de Direito, se faz a partir da harmonia social e a solução pacífica das controvérsias.

Lado outro, deve-se ter em mente que litigar só por litigar, sem ter a devida reflexão sobre os impactos que isso gerará em nossas vidas, é que leva uma sociedade a retroceder em sua história. Não podemos permitir que vivamos em um mundo de alta tecnologia, porém com a incapacidade ou a capacidade reduzida para enxergar nosso semelhante como aquele que precisa ser vencido. Devemos acreditar em nosso poder decisório, e em nossa autonomia da vontade, pois se temos a litigância hoje, é porque anteriormente oportunizamos a convivência pacífica, portanto, da mesma forma que nos responsabilizamos em iniciar uma relação, seja ela de que natureza for, também é nosso dever, se assim quisermos, encerrá-la da melhor maneira possível. •

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988.

BRASIL. Resolução nº 125/2010, de 29/11/2010 – CNJ. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências

BRASIL. *Lei 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 17 marco 2015.

https://www.esaoabsp.edu.br. Acesso em 16/03/2017, às 14h00min.

BRUNO, Susana. *Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MADRUGA, Eduardo. O princípio da cooperação na vertente consulta no projeto de novo CPC. Jus Navigandi**,** Teresina, ano 19, n. 4142, 3 nov. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/30676>. Acesso em: 17 mar. 2015.

SILVEIRA, João José Custódio de. *O juiz e a condução equilibrada do processo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOUREIRO, Luiz Guilherme, Manual de Direito Notarial e das Atividades e dos Documentos Notariais, 1ª edição, Editora: Jus Podvim, 2016, p. 226.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Arbitragem e convenção arbitral. Belo Horizonte. Editora Mandamentos, 2006.

RODRIGUES, JUNIOR, Walsir Edson. A prática da mediação e o acesso à Justiça. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRENGER, Irineu. "Da autonomia da vontade: direito interno e internacional". 2a ed., São Paulo: LTr, 2000, p. 66.

MADRUGA, Eduardo. O princípio da cooperação na vertente consulta no projeto de novo CPC. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4142, 3 nov. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30676>. Acesso em: 17 mar. 2017.

GRASSO, Eduardo. "La collaborazione nel processo civile". Rivista di Diritto Processuale, v. 21, Padova, Cedam, 1966, p. 34.

SILVA, Paula Costa e. Acto e Processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do actopostulativo. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 60. http://www.tjmt.jus.br/noticias/47609#.WMpCc28rLIU. Acesso em 17/03/2017 às 16h00min.

A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil

Trícia Navarro Xavier Cabral
Doutora em Direito Processual na UERJ. Mestre em Direito pela UFES. Comissão Acadêmica do FONAMEC. Juíza Estadual no Espírito Santo. Foi Coordenadora do CEJUSC/TJES (2013-2015). Membro-efetivo do IBDP.

ÁREA DO DIREITO: Civil; Processual

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar a evolução legislativa da conciliação e da mediação no Brasil, bem como os principais desafios do Poder Judiciário em relação à implementação das regras concernentes aos referidos mecanismos de resolução de disputas no âmbito judicial, sobretudo em razão da falta de estrutura física, material e pessoal dos órgãos destinados a resolver consensualmente o conflito, o que desafiará uma gestão administrativa rápida e eficiente.

PALAVRAS-CHAVE: conciliação – mediação – legislação.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the legislative evolution of conciliation and mediation in Brazil, as well as the main challenges of the judiciary in relation to the implementation of the rules related to such dispute resolution mechanisms under, especially on grounds of judicial lack of physical, material and personnel structure of the organs intended to resolve the conflict by consensus, what will challenge an administrative management quickly and efficiently.

KEYWORDS: conciliation – mediation – legislation.

SUMÁRIO: 1. Principais características da conciliação e mediação – 2. Fontes legislativas da conciliação e da mediação – 3. Estrutura judicial de solução consensual de conflitos – 4. Desafios práticos da mediação e da conciliação no CPC/2015 – 5. Análise prospectiva – 6. Referências.

1. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO

O CPC/2015 estabelece como uma de suas premissas o incentivo ao uso de formas não adjudicatórias de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação.

A mediação[1] é um mecanismo de resolução de conflito em que as próprias partes constroem, em conjunto, um sistema de decisão, satisfazendo a todos os envolvidos e oxigenando as relações sociais, com a participação de um terceiro intermediando ou facilitando o alcance do entendimento.

Dessa forma, entende-se a mediação como o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito[2]. Esse terceiro não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto). Ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual.

A mediação é orientada pelos princípios da imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia de vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

Ela tem como objeto direitos disponíveis e os direitos indisponíveis que admitam transação.

Academicamente, é a mudança do modelo perde-ganha para o modelo ganha-ganha. Não obstante, a mediação tenta quebrar alguns paradigmas arraigados em nossa sociedade, como a cultura da litigiosidade e necessidade de levar ao Poder Judiciário demandas que poderiam ser solucionadas em um ambiente mais propício e com mecanismos mais apropriados.

A mediação de conflitos tem evoluído muito no Brasil, tanto na parte legislativa, quanto na parte prática. Embora ainda seja confundida com a conciliação, trata-se de instituto bem mais complexo e completo na solução de conflitos envolvendo relações continuadas.

Com efeito, a conciliação tem aspectos diferentes da mediação, e esta última exige muito mais cuidado do legislador e de seus atores. Isso porque a mediação possui finalidades e formalidades próprias, que visam restabelecer vínculos afetivos ou de convivência. Na conciliação o conflito

1 Acerca da origem e evolução do instituto da mediação, cf.: CHASE, Oscar G. I metodi alternativi di soluzione dele controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti D'America. In: VARANO, Vincenzo (Org.*). L'altragiustizia*: il metodi alternativi di soluzione dele controversie nel diritto comparato. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, p. 129-156.

2 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação – a redescoberta de um velho aliado na solução de conflito. In: Acesso à justiça: efetividade do processo (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

é tratado de modo mais superficial e busca-se, primordialmente, a autocomposição, com o encerramento da disputa. Já na mediação **é tratado o** pano de fundo do conflito e, além de objetivar a resolução da controvérsia, tenta restaurar as relações sociais entre os envolvidos e, por isso, carece da intervenção de um terceiro mais capacitado para solucionar a desavença.

A conciliação já está bastante difundida em nosso ordenamento e vem representando um significativo papel na solução amigável dos conflitos, ainda que não reduza, necessariamente, o número de processos e o congestionamento do Poder Judiciário.

O instituto ganhou força com a criação dos Juizados Especiais Cíveis, como uma etapa necessária do procedimento. Embora tivesse havido uma resistência inicial, os resultados positivos trouxeram credibilidade a este modelo e hoje grande parte dos conflitos são solucionados ainda na audiência de conciliação, ou seja, sem passar por uma decisão impositiva do juiz.

Por sua vez, a conciliação possui previsão legal no Código de Processo Civil e em algumas legislações especiais.

Já a mediação[3], embora reconhecida e aplicada na teoria e na prática forense, ainda necessitava de força normativa para que seus efeitos tivessem legitimação social e pudessem proporcionar relevantes benefícios à sociedade, o que só se concretizou em 2015. Isso porque o instituto possuía sua aplicação limitada por questões culturais e legislativas, embora aos poucos fosse quebrando resistências e se inserindo em nosso meio jurídico.

De qualquer forma, trata-se de uma mudança ousada em relação às formas tradicionais de solução de controvérsias[4], sem, contudo, significar a denegação da justiça ou da função do Estado de dizer o direito pelo sistema judicial.[5]

3 "Pode-se entender por mediação o instrumento de natureza autocompositiva marcado pela atuação, ativa ou passiva, de um terceiro neutro e imparcial, denominado mediador, que auxilia as partes na prevenção ou solução de litígios, conflitos ou controvérsias." GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos; WEBER, Ana Carolina. Disposições gerais sobre a mediação civil. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19-20.

4 Questionando as premissas utilizadas no movimento favorável ao acordo, ver: FISS, Owen. *Um novo processo civil*: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 121-145.

5 Sobre o momento histórico do surgimento da mediação na Argentina, consultar: ABREVAYA, Sergio Fernando. *Mediação prejudicial*. 1ª ed. Buenos Aires: Historica Emilio J. Perrot, 2008. (ColecciónVisión Compartida), p. 17-18. Em relação à história e à evolução da prática da mediação em outras culturas mundiais, ver: MOORE, Christopher W. *The Mediation Process* – Practical Strategies for Resolving Conflict. 3rd Edition. San Francisco: Jossey-Bass, 2003, p. 20-42.

O assunto já é bem desenvolvido em outros Países como os Estados Unidos, que inclusive possui diversas escolas que tratam do tema.

Na verdade a desjudicialização das controvérsias e a autocomposição pelas partes do processo é uma realidade nos grandes sistemas processuais como forma de resolver os problemas estruturais da justiça, mas, acima de tudo, como meio de se atingir uma satisfação mais plena por partes dos envolvidos nos conflitos, destacando-se, neste último caso, os benefícios da mediação na pacificação social, já que esta técnica se aprofunda nas razões emocionais que cercam as relações conflituosas, trazendo mais legitimidade aos ajustes e mais chance de acabar em definitivo com o dilema estabelecido.

Portanto, a necessidade de regulamentação da mediação foi medida que se fez imperiosa para que o instituto fosse definitivamente sacramentado em nosso ordenamento jurídico e pudesse auxiliar na busca por uma Justiça de mais qualidade e por uma sociedade mais pacífica.

2. FONTES LEGISLATIVAS DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO

Conforme mencionado, a conciliação já possuía uma estrutura legal consolidada no CPC/73 e em outras leis especiais. Porém, ainda havia em nosso ordenamento grande disparidade entre as fontes legislativas que tratavam da conciliação e da mediação, pois esta última ainda não havia atingido uma ideal regulamentação.

Registre-se que a mediação já foi legalmente introduzida em diversos ordenamentos jurídicos como na Argentina, no Uruguai, no Japão, na Austrália, na Itália, na Espanha, na França, entre outros.

O Conselho da União Europeia, inclusive, emitiu a Diretiva nº 52, de 21 de maio de 2008, em que define a mediação como um processo estruturado no qual duas ou mais partes em litígio tentam, voluntariamente, alcançar por si mesmas um acordo sobre a resolução de seu litígio, com a ajuda de um mediador.

Verifica-se, pois, que hoje há uma forte tendência mundial de se resolver os conflitos de interesses por outras vias que não a imposição de um provimento judicial.

No Brasil, a autorização e o incentivo aos mecanismos adequados de solução de controvérsias podem ser extraídos de diversos preceitos legais, a começar pela Constituição Federal de 1988, cujo preâmbulo diz que:

> *"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade* **e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias***, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL." (grifei).*

Deixe-se assente que tanto o Judiciário como os demais Poderes (Executivo e Legislativo) são igualmente responsáveis pela harmonia social, conforme se infere do próprio preâmbulo da nossa Carta Magna.

Na sequência, o texto constitucional institui no art. 4º, inciso VII[6], a solução pacífica dos conflitos como um princípio que rege as suas relações internacionais.

Não obstante, a conciliação e a mediação podem ser inseridas entre os mecanismos legítimos de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal do Brasil, na medida em que resolve a controvérsia de maneira adequada e, portanto, mais justa. Tratam-se, pois, de instrumentos capazes de solucionar conflitos de forma apropriada, de reduzir o número de processos judiciais e de combater o desvirtuamento da função judicial do Estado, conferindo, assim, uma leitura contemporânea do acesso à justiça.

Por sua vez, a mediação e a conciliação também foram objeto do II Pacto Republicano, assinado em 13.04.2009 pelos três Poderes da Federação, em que, dentre os compromissos assumidos, constava o de "[...] Fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados a maior pacificação social e menor judicialização [...]".

Já o Conselho Nacional de Justiça, atento à necessidade de implementação de mecanismos adequados de solução de conflitos como forma de melhorar a justiça brasileira, vem tomando diversas iniciativas para fo-

6 Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; **VII - solução pacífica dos conflitos**; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político.

mentar o assunto, como o Projeto "Movimento pela Conciliação" liderado pelo CNJ e coordenado por Lorenzo Lorenzoni e Germana Moraes.

Para tanto, o CNJ editou a Resolução nº 125/10 de 29.11.2010, posteriormente alterada pela Emenda nº 2 de 2016, que trata da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, em que, dentre outras questões, estabelece a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria.

Além disso, o tema da mediação vem sendo amplamente difundido no âmbito acadêmico, sendo que a sua prática também já podia ser percebida dentro dos órgãos do Poder Judiciário. A técnica se funda na livre manifestação de vontade das partes e na escolha por um instrumento mais profundo de solução do conflito.

No âmbito infraconstitucional, a primeira proposta de regulamentação da mediação no Brasil surgiu com o Projeto de Lei nº 4.827/1998, apresentado à Câmara dos Deputados pela Deputada Federal Zulaiê Cobra, objetivando institucionaliza-la como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Registre-se que o referido Projeto foi apresentado em 10.11.88, ou seja, praticamente um mês após a promulgação da Constituição da República, ocorrida em 05.11.1988.

Com a aprovação pela Câmara dos Deputados, o Projeto foi enviado ao Senado Federal, onde sofreu fusão com o Projeto de Lei de uma comissão específica criada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), coordenada pela Professora Ada Pellegrini Grinover. O Projeto Substitutivo (PLC 94/2002) foi apresentado pelo Senador Pedro Simon, tendo o plenário do Senado Federal confirmado o texto substitutivo oriundo da Comissão de Constituição e Justiça, em 11.07.2006,

A Emenda do Senado classificou a mediação em i) judicial ou ii) extrajudicial e iii) prévia ou iv) incidental, determinando, em seu artigo 34, que a mediação incidental ao processo fosse obrigatória, fixando o procedimento nos artigos seguintes. Em síntese, logo após a distribuição da petição inicial, o mediador receberia uma cópia do processo judicial e intimaria as partes para comparecimento em dia, hora e local designados por ele, quando então seria realizada a mediação.

Na sequência, o Projeto de Lei foi reenviado à Câmara dos Deputados para a apreciação das modificações elaboradas pelo Senado. Na Câmara, o relator, Deputado José Eduardo Martins Cardoso (PT/SP), apre-

sentou Parecer e Relatório, opinando favoravelmente pela aprovação do Projeto, diante da sensível melhora ofertada pelo Senado Federal.

O Projeto aguardava a sua aprovação final desde então, mas foi devolvido "sem manifestação" à Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania no dia 16.12.2010 – um dia após a aprovação pelo Senado Federal do Projeto de Lei para o novo Código de Processo Civil.

Em 12.07.2011 houve a apresentação do Parecer do Relator Deputado Arthur Oliveira Maia, aprovado em 19.6.2013 e encaminhado à publicação em 04.07.13, sendo esta a última movimentação legislativa.[7]

Não obstante, foi apresentado no Senado Federal o PLS 517/11, de iniciativa do Senador Ricardo Ferraço, do Espírito Santo, objetivando regular de modo abrangente a mediação, o que poderá suprir a lacuna existente em nossa legislação. O Projeto, depois de ser consolidado pelas propostas apresentadas pela Comissão de Juristas instituída pelo Ministério da Justiça e presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Luiz Felipe Salomão, teve o texto aprovado e encaminhado à Câmara dos Deputados como Projeto de Lei nº 7169/2014. Após a apresentação e análise de Emendas, o texto foi aprovado pela Comissão de Constituição e de Justiça e de Cidadania da Câmera em 07.04.2015, e retornou ao Senado para a votação final do marco legal da mediação. O texto foi colocado em pauta do Plenário do Senado em caráter de urgência e aprovado no dia 02.06.2015, seguindo, depois, para a sanção Presidencial.

Em seguida, a Lei de Mediação foi aprovada em 26/06/2015, sob o n. 13.140/2015, e entrou em vigor em 26/12/2015, ou seja, ficou instituído o marco regulatório do tema no Brasil.

No âmbito processual, o Projeto do novo Código de Processo Civil (Projeto n. 166/2010), em boa hora, reconheceu o instituto da mediação como um mecanismo hábil à pacificação social.

Entre outras questões de ordem prática, a Comissão de Juristas do Senado Federal entendeu ser oportuna a fixação de disciplina a respeito e assim fez constar da Exposição de Motivos do Projeto de Lei no 166/2010: "Como regra, deve realizar-se audiência em que, ainda antes de ser apresentada contestação, se tentará fazer com que autor e réu cheguem a acordo. Dessa audiência, poderão participar conciliador e mediador e o réu deve comparecer, sob pena de se qualificar sua ausência injustificada

7 Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158. Acesso em: 07.06.2015.

como ato atentatório à dignidade da justiça. Não se chegando a acordo, terá início o prazo para a contestação.".

Dessa forma, o Projeto de novo CPC do Senado Federal, após relevante alteração de texto realizada pela comissão técnica designada para elaborar o relatório-geral do Senador Valter Pereira, estabeleceu como regra a audiência de conciliação ou mediação no início do procedimento, e ainda tratou dos mediadores e dos conciliadores, representando um grande avanço para o reconhecimento das referidas técnicas de autocomposição.

Deixe-se assente que a conciliação e a arbitragem, ao contrário da mediação, já possuíam previsão legal no CPC/73 e em algumas legislações especiais, de modo que o reconhecimento e a inclusão da mediação como método adequado de resolução de disputas no CPC/15 se mostrou atual e importante para complementar o conjunto de instrumentos aptos a atender ao jurisdicionado em seus conflitos.

Com efeito, a nova codificação processual estabeleceu como um de seus principais objetivos o incentivo à utilização dos métodos adequados de solução consensual de controvérsias, conforme se vê do artigo 3º, § 3º, inserido no capítulo inicial que trata das normas fundamentais do processo civil.

Não obstante, o CPC/2015 menciona a conciliação, a mediação e a arbitragem em diversas passagens, deixando clara a intenção do legislador de fomentar a utilização de variados métodos de resolução de controvérsias.

Além disso, o novo Código trata dos mediadores e conciliadores judiciais, atribuindo-lhes a qualidade de auxiliares da justiça (art. 149), estando sujeitos, inclusive, aos motivos de impedimento e suspeição (art. 148, II).

Ademais, o CPC/2015 destinou a Seção V, do Capítulo III, para regulamentar as atividades dos conciliadores e mediadores judiciais e entre outras matérias, previu: a) a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos pelos tribunais, destinados à realização de audiências e pelo desenvolvimento de programas para auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 165); b) os princípios que informam a conciliação e a mediação (art. 166); c) o cadastro e a capacitação de conciliadores e mediadores (art. 167); d) a possibilidade de as partes escolherem, de comum acordo, o conciliador ou mediador (art. 168); e) as formas de remuneração dos conciliadores e mediadores (art. 169); f) os casos de impedimento

(art. 170); g) a impossibilidade temporária do exercício da função (art. 171); g) o prazo de impedimento de um ano para o conciliador e mediador assessorar, representar ou patrocinar as partes (art. 172); h) as hipóteses de exclusão do cadastro (art. 173); i) a criação de câmaras de mediação e conciliação para a solução de controvérsias no âmbito da administração pública (art. 174); j) a possibilidade de outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais (art. 175).

Portanto, resta agora ao Poder Judiciário utilizar adequadamente essas ferramentas em prol dos jurisdicionados.

3. ESTRUTURA JUDICIAL DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

Como se observa das recentes reformas legislativas, o Poder Judiciário tem sido reconhecido como centro de soluções efetivas das controvérsias, por meio de diversas técnicas colocadas a disposição do jurisdicionado.

Em outros termos, o intuito legislativo foi fazer com que o ingresso de uma demanda judicial proporcione uma diversidade de opções de resolução da controvérsia, de acordo com as suas peculiaridades e com o tipo de relação existente entre as partes.

Assim, dependendo das características do conflito, as partes podem tê-lo solucionado por meio de decisão adjudicatória, arbitragem, conciliação ou mediação.

Neste contexto, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução 125, instituiu, em seu art. 1º, a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Já no art. 3º, o CNJ se comprometeu a auxiliar os Tribunais na organização dos serviços mencionados no art. 1º, organizando programa com objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação (art. 4º).

A implementação dessas atividades conta com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por parcerias entre entidades públicas e privadas, inclusive universidades e instituições de ensino (art. 5º).

Dessa forma, compete ao CNJ as seguintes medidas (art. 6º): I – estabelecer diretrizes para implementação da política pública de tratamento adequado de conflitos a serem observadas pelos Tribunais; II – desen-

volver conteúdo programático mínimo e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos, para servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias; III – providenciar que as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento; IV – regulamentar, em código de ética, a atuação dos conciliadores, mediadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias; V – buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, de modo a assegurar que, nas Escolas da Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento; VI – estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios; VII – realizar gestão junto às empresas e às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade; VIII – atuar junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência.

E para desenvolver a Política Judiciária local de tratamento adequado de conflitos, o art. 7o da Resolução 125 cria o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos ("Núcleo") composto por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, transformando-se em uma espécie de "cérebro autocompositivo" do Tribunal, pois a ele compete promover a capacitação de magistrados e servidores em gestão de processos autocompositivos, bem como capacitar mediadores e conciliadores - seja dentre o rol de servidores seja com voluntários externos. De igual modo, compete ao Núcleo instalar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos bem como planejar de forma centralizada a implantação dessa política pública no respectivo Tribunal.

Por sua vez, o art. 8o da Resolução em comento cria os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ("Centros") com o objetivo

principal de realizar as sessões de conciliação e mediação do Tribunal, inclusive as pré-processuais, ou seja, quando ainda não houve distribuição para varas. Registre-se, todavia, que mesmo as demandas já distribuídas podem ser encaminhadas para os Centros com o objetivo de apoiar os Juízos, Juizados e Varas nas suas conciliações e mediações qualidade. Por este motivo, em treinamentos o Centro é tratado como sendo o "corpo autocompositivo" do Tribunal.

4. DESAFIOS PRÁTICOS DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO NO CPC/2015

Como é sabido, há formas judiciais e extrajudiciais[8] de composição das controvérsias,[9] as quais não se contrapõem, mas ao contrário, se complementam como métodos eficazes de solução de conflitos.[10]

E o CPC/2015 depositou no Poder Judiciário grande expectativa de mudança de comportamento dos litigantes, no sentido de que repensem as possíveis soluções para o conflito judicializado, passando a adotar mecanismos mais adequados para a resolução da disputa, por meio de uma estrutura apta a tal finalidade.

Mas a novidade mais impactante na estrutura do Poder Judiciário foi a criação, como regra, de uma audiência de conciliação/mediação como ato inicial do procedimento comum, ou seja, antes da apresentação da contestação pelo réu. Segundo o Código, o réu será citado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação (art. 334) e, somente com o encerramento do ato e em não tendo havido a transação, terá inicio o prazo para contestação (art. 335, I).

A referida audiência só não ocorrerá: a) quando o direito em debate não admitir autocomposição; e b) se ambas as partes, expressamente, manifestarem o desinteresse na composição consensual (art. 334, §4º).

8 Analisando a relação das ADR's com a privatização da justiça, ver: TANIGUCHI, Yasuhei. How much does japonese civil procedure belong to the civil law and to the common law. In: CHASE, Oscar G.; WALKER, Janet. *Common law, civil law, and the future of categories*. Toronto: Lexis Nexis, p. 111-224, 2010, p. 210-211.

9 Fazendo um contraponto entre a tutela jurisdicional e as outras técnicas de resolução das controvérsias, cf.: TROCKER, Nicolò. Processo e strumenti alternativi di composizione delle liti nella giurisprudenza dela Corte constituzionale. *Diritto processuale civile e Corte Constituzionale*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 439-487, 2006.

10 Confirmando a tendência mundial em utilizar os meios alternativos de solução de conflitos, a Comissão europeia propôs um texto regulamentando o uso da mediação em matéria civil e comercial, considerando especialmente o artigo 24 dos Princípios ALI/UNIDROIT, relativos ao processo civil transnacional, redigido conjuntamente pelo *American Law Institute* e UNIDROIT. Cf.: FERRAND, Frédérique. *La conception du procès civil hors de France.* De la commémoration d´um code à l´autre: 200 ans de procédure civile en France. Paris: Lexis Nexis SA, 2006, p. 289.

Observa-se, pois, que é vedado ao juiz dispensar o ato, mesmo que o acordo seja improvável. Ademais, a lei não admite a recusa de apenas uma das partes, sendo que o não comparecimento injustificado ao ato será considerado ato atentatório à dignidade da justiça, aplicando-se multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Não obstante, o CPC/2015 não inclui a remuneração dos mediadores/conciliadores como despesas processuais, deixando a dúvida sobre se eles serão detentores de cargo público ou se receberão pela tabela fixada pelo tribunal[11], conforme parâmetros do CNJ. Atualmente os tribunais estão, aos poucos, regulamentando o assunto.

Por outro lado, o artigo 82 diz que caberá à parte interessada o pagamento dessa despesa. Assim, se o autor e o réu demonstrarem desinteresse e houver acordo, as custas serão deliberadas no ato, mas, se não houver acordo, o vencido pagará a despesa ao final (art. 82, §2º, CPC/15).

O Código também estabelece como órgãos responsáveis pelas audiências os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (art. 165), nos termos disciplinados pelo Conselho Nacional de Justiça. Porém, com exceção de alguns Estados que se encontram mais avançados, grande parte dos Tribunais ainda não absorveu a necessidade de priorizar a política da conciliação e não criaram os CEJUSC'S em quantidade suficiente para atender essa demanda que a nova codificação impôs.

Além da estrutura física, os Tribunais precisam capacitar os conciliadores e mediadores, criando o cadastro. Com efeito, se as audiências forem feitas por servidores, estagiários ou voluntários, indicados pelo juiz ou pelo Tribunal sem a prévia e devida capacitação, certamente poderá comprometer qualitativamente a função da norma.

Neste contexto, verifica-se que o legislador não levou em consideração a atual estrutura dos Tribunais brasileiros, que não estavam preparados para essa realidade. Isso porque os juízes não conseguirão presidir todas as audiências de conciliação e mediação, o que, inclusive, não é tecnicamente indicado em razão do princípio da confidencialidade.

11 O Estado de São Paulo publicou em 23/04/2015 a Lei A Lei Estadual n° 15.804/2015 que estabelece os valores para a remuneração e a carga horária de atuação dos conciliadores e mediadores inscritos no Cejusc (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania). O texto prevê jornada semanal máxima de 16 horas semanais (mínimo de duas e máximo de oito horas diárias), com remuneração de 2 UFESPs (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo), ou R$ 42,50, por hora. Hoje, quem atua como mediador e conciliador nos Centros, presta trabalho voluntário.

Registre-se, ainda, que a maioria dos Tribunais não conta com verba para a implementação dos mecanismos consensuais de resolução de solução de disputa[12]. Dessa forma, fatores legislativos e estruturais podem dificultar sobremaneira a eficácia da audiência inaugural.[13]

E considerando que o Código foi publicado em 16/03/2015 e possui a *vacatio legis* de 01 (um) ano, os Tribunais precisam se mobilizar, em caráter de urgência, para implantar os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos, sob pena de inviabilizar a própria aplicação do instituto.[14]

Portanto, embora louvável a tentativa legislativa de instituir mecanismos aptos à solução adequada das controvérsias, fatores ideológicos e pragmáticos deverão ser equacionados para a devida consolidação na prática forense.

5. ANÁLISE PROSPECTIVA

A conciliação e a mediação atualmente dispõem de um aparato normativo capaz de conferir aos referidos institutos a segurança jurídica necessária disseminar a cultura da pacificação e a ampliar a sua utilização, tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial.

E essa mudança de paradigma já pode ser sentida nos profissionais do direito. Um exemplo é o que vem ocorrendo na 1ª Vara Cível de Vitória/ES, em que um levantamento feito após o advento no CPC/15 constatou a elevação do número de acordos em 600% (seiscentos por cento), em comparação com o período anual anterior à entrada em vigor do Código.[15]

No âmbito privado, o uso de técnicas adequadas de resolução das controvérsias tem crescido no Brasil, não só com o fomento à arbitragem, mas também com a utilização da mediação, criando-se, inclusive, novos mercados de trabalho.

12 Em 9.8.2005, através do Provimento no 953/2005, o Conselho Superior de Magistratura de São Paulo autorizou e disciplinou a criação, instalação e funcionamento do "Setor de Conciliação" nas Comarcas e Foros do Estado para as questões cíveis que versarem sobre direitos patrimoniais disponíveis, questões de família e da infância e juventude. No entanto, a falta de verba – o artigo 11o do referido Provimento informa expressamente que o Setor de Conciliação funcionará sem custos para o Tribunal de Justiça – é uma das razões pela qual são baixíssimos os índices de acordos realizados, conforme estatísticas do Fórum João Mendes.

13 Sobre as variadas dificuldades práticas, consultar artigo: GAJARDONI: Fernando. *Novo CPC*: Vale apostar na conciliação/mediação? Disponível em: < http://jota.info/novo-cpc-vale-apostar-na-conciliacaomediacao>. Acesso em 20 fev. 2015.

14 Sobre as variadas dificuldades práticas, consultar artigo: GAJARDONI: Fernando. *Novo CPC*: Vale apostar na conciliação/mediação? Disponível em: < http://jota.info/novo-cpc-vale-apostar-na-conciliacaomediacao>. Acesso em 20 fev. 2015.

15 Matéria disponível em: <http://www.tjes.jus.br/primeira-vara-civel-de-vitoria-registra-aumento-no-numero-de-conciliacoes-apos-novo-cpc/>. Acesso em 02/03/2017.

O reconhecimento dessas circunstâncias tem motivado cada vez mais o Poder Judiciário a oferecer à sociedade técnicas diferenciadas de composição de litígios, inspirado na iniciativa norte-americana de tribunal multiportas[16], que tem ao fundo a presença do juiz garantidor da regularidade e da adequação.

Registre-se que a interação entre o público e o privado é fundamental para solidificação de uma cultura não adversarial de solução de conflitos, além de contribuir para a efetiva aplicação da técnica compositiva às particularidades do caso concreto.

Neste contexto, há uma tendência lógica ao aprimoramento doutrinário e jurisprudencial sobre os fatores que envolvem esses temas e seus eventuais problemas pragmáticos, relacionados à estrutura, à capacitação, às parcerias, entre outros.

De qualquer forma, importante salientar que o juiz terá um papel importante no controle da adequação dos procedimentos autocompositivos, sobretudo na triagem dos casos que serão submetidos a cada uma das formas de solução de controvérsias, o que será fundamental para o sucesso das técnicas perante aos jurisdicionados.

Por sua vez, as autocomposições realizadas no âmbito judicial se submetem ao controle instantâneo da legalidade pelo magistrado, inclusive nas etapas que antecedem à consolidação do acordo.

Com efeito, os diferentes meios de solução de controvérsias possuem questões formais e materiais que devem ser fiscalizadas pelo juiz. Isso porque, cada instrumento de composição de litígio possui características próprias que podem demandar um nível diferente de formalidade, mas todos eles, uma vez judicializados, devem se submeter ao controle criterioso do magistrado quanto à sua validade.

Assim, nos acordos submetidos à homologação judicial, competirá ao juiz averiguar a regularidade formal e material, analisando a presença de advogado devidamente constituído, a qualidade do mediador, a regularidade do procedimento de mediação, a lisura do ato de vontade das partes, a proporcionalidade e razoabilidade do conteúdo da composição e a potencial exequibilidade do que as partes estipularam, uma vez que o Judiciário não pode chancelar atos ilegais ou manifestamente ineficazes.

16 ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas*: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 9). Salvador: JusPODIVM, 2017.

Observa-se, pois, que a ordem pública processual[17], que se manifesta no processo como técnica de controle da regularidade do processo, também pode ser invocada judicialmente para questionar a validade de outros meios adequados de solução de controvérsias[18]. No caso da conciliação e da mediação, a ordem pública processual agiria como um verdadeiro limite à autonomia das partes e também aos órgãos que atuaram na resolução da controvérsia, visando à preservação das garantias constitucionais.

Do mesmo modo, restando concluído o acordo na esfera extrajudicial, para que haja a chancela do Poder Judiciário será imprescindível uma análise cuidadosa do magistrado para que a forma escolhida de resolução do conflito surta seus efeitos legais e judiciais.

Portanto, a relevância que o CPC/2015 atribui ao uso da conciliação e da mediação como mecanismos adequados e complementares às soluções adjudicatórias do Estado, deve ser proporcional à correta utilização pelos operadores do direito, a fim de que possam ganhar a credibilidade necessária e justificar a boa intenção legislativa. •

6. REFERÊNCIAS

ABREVAYA, Sergio Fernando. *Mediação prejudicial*. 1ª ed. Buenos Aires: Historica Emilio J. Perrot, 2008. (ColecciónVisión Compartida).

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*. 1 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CHASE, Oscar G. I metodi alternativi di soluzione dele controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti D'America. In: VARANO, Vincenzo (Org*.). L'altragiustizia*: il metodi alternativi di soluzione dele controversie nel diritto comparato. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, p. 129-156, 2007.

FERRAND, Frédérique. *La conception du procès civil hors de France.* De la commémoration d´um code à l´autre: 200 ans de procédure civile en France. Paris: Lexis Nexis SA, 2006.

FISS, Owen*. Um novo processo civil*: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coordenação da tradução Carlos

17 Cf.: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*. 1 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

18 De se referir que o CNJ editou a Resolução nº 125/10 que trata da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. O texto está disponível em http://www.cnj.jus.br, acesso em 10 de dezembro de 2010.

Alberto de Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 121-145, 2004.

GAJARDONI: Fernando. *Novo CPC*: Vale apostar na conciliação/mediação? Disponível em: < http://jota.info/novo-cpc-vale-apostar-na-conciliacaomediacao>. Acesso em 20 fev. 2015.

GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos; WEBER, Ana Carolina. Disposições gerais sobre a mediação civil. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 03-58, 2008.

MOORE, Christopher W. *The Mediation Process* – Practical Strategies for Resolving Conflict. 3rd Edition. San Francisco: Jossey-Bass, 2003.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação – a redescoberta de um velho aliado na solução de conflito. In: PRADO, Geraldo (Org). *Acesso à justiça*: efetividade do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TANIGUCHI, Yasuhei. How much does japonese civil procedure belong to the civil law and to the common law. In: CHASE, Oscar G.; WALKER, Janet. *Common law, civil law, and the future of categories*. Toronto: Lexis Nexis, p. 111-224, 2010, p. 210-211.

TROCKER, Nicolò. Processo e strumenti alternativi di composizione delle liti nella giurisprudenza dela Corte constituzionale*. Diritto processuale civile e Corte Constituzionale*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 439-487, 2006.

ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas*: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 9). Salvador: JusPODIVM, 2017.

Impor ou Compor?

Administrar Conflitos no 2º Grau de Jurisdição como um Repensar Necessário e Inadiável da Estratégia Controladora do Estado-Juiz

Tutmés Airan de Albuquerque Melo
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Desembargador do Tribunal de Justiça de Alagoas e professor da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), da Escola Superior da Magistratura de Alagoas (ESMAL), Faculdade de Maceió (FAMA), Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste (SEUNE), Faculdade Tiradentes (FITS).

SUMÁRIO: 1. Como os homens resolviam os seus conflitos nas experiências políticas anteriores ao Estado Moderno? Alguns exemplos da história. 2. O Estado Moderno e o monopólio de dizer e aplicar o Direito. 3. Promessas cumpridas? 4. A crise de legitimidade e a mudança na estratégia controladora do Estado. 5. Os modos alternativos de solução dos conflitos e a busca pela restauração da legitimidade. 6. Referências bibliográficas.

1. COMO OS HOMENS RESOLVIAM OS SEUS CONFLITOS NAS EXPERIÊNCIAS POLÍTICAS ANTERIORES AO ESTADO MODERNO? ALGUNS EXEMPLOS DA HISTÓRIA.

O conflito é da natureza das sociedades humanas, sobretudo de sociedades em que os homens, com iguais necessidades, ou não conseguem realizá-las ou, quando conseguem, realizam-nas desigualmente.

Isto sugere que os homens, na luta desigual pela realização de suas necessidades, disputem e conflitem na medida em que, em detrimento do sentimento comunitário, alguns acabem usufruindo mais e melhor da riqueza que o trabalho produz e que a todos haveria de pertencer.

É exatamente por isso, por reconhecerem-se conflituosos, que os homens logo trataram, até para evitar o risco da extinção, de estabelecer mecanismos restauradores da ordem, ou, como diria Tercio Sampaio Feraz Junior[1], mecanismos de decidibilidade dos conflitos que marcam a sociedade humana.

Modernamente, um desses mecanismos ganhou o pomposo nome de o devido processo legal, através do qual se promete a todo homem o direito de ter o conflito em que se envolveu resolvido, segundo um procedimento previamente fixado e garantido pela força do Estado, caso necessário. Surge, nesse contexto, o Estado-Juiz, **uma espécie de terceiro sujeito**, que, tentando se colocar acima dos interesses em jogo, diz quem tem "razão" no litígio, com base na reconstrução do fato conflituoso, o que conduziria, no dizer de Malatesta[2], o espírito humano a se apoderar objetivamente da verdade.

Comparado às experiências anteriores, o advento do devido processo legal e do Estado-Juiz se constituem, historicamente, num marco civilizatório, numa conquista da maior importância para a humanidade.

E isso fica definitivamente claro ao se analisar o modo como as sociedades humanas anteriores resolviam seus conflitos.

Veja o que diz Paul Veyne sobre a sociedade romana, por exemplo:

> *Suponhamos que um devedor não quer pagar o dinheiro que tomou emprestado; ou ainda que temos como única fortuna um pequeno sítio, ao qual nos apegamos porque nossos ancestrais ali viveram ou porque a região é agradável. Um poderoso vizinho cobiça nosso bem; à frente de seus escravos armados, invade a propriedade, mata nossos escravos que tentavam nos defender, nos mói de pancadas, nos expulsa e se apodera do sítio como se lhe pertencesse. O que fazer? Um moderno diria: apresentar queixa ao juiz (litis denuntiatio), obter justiça e recuperar nosso bem através da autoridade*

1 Tércio Sampaio Ferraz Junior. Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2008.

2 Paul Veyne, O Império Romano, in História da Vida Privada, do Império Romano ao ano 1000, Trad. Hildegar Feist, V.I, São Paulo, Companhia das Letras, 1989, p.166.

pública (manu militar)...Na Itália dos dois ou três primeiros séculos de nossa era, a situação era diferente.

A agressão de nosso poderoso vizinho constitui um delito puramente civil e não implica coerção penal; cabe-nos, pois, garantir o comparecimento do adversário perante a justiça; para isso precisamos agarrar esse individuo no meio de seus homens, arrastá-lo e acorrentá-lo em nossa prisão privada até o dia do julgamento. ***Se não pudermos levá-lo à presença do juiz, não haverá processo*** *(litis contestatio). Mas conseguimos e, graças à intervenção de um homem poderoso que nos aceitou como cliente obtivemos justiça: a sentença diz que o direito está a nosso favor;* ***nada mais nos resta senão executar pessoalmente a sentença, desde que tenhamos os meios****.*[3]*. (grifo nosso)*

Assim, para que um homem pretendesse resolver o conflito que protagonizou, teria, em primeiro lugar, que levar o seu oponente à presença de um juiz porque, se não o fizesse, o processo sequer se iniciaria. Para isso, os romanos costumavam manter, como visto acima, prisões privadas, espaços nos quais acorrentavam os seus oponentes como meio de garantir seu comparecimento às audiência.

Uma vez realizadas, e ficando decidido que o direito pleiteado era "bom", a intervenção do Estado findava aí, cabendo ao vencedor do litígio executar a sentença às custas de seu próprio esforço.

É de se perguntar: e se ele não dispusesse dos meios necessários? E se o oponente conseguisse resistir?

Isso perdurou até o século II ou III depois de Cristo. Seja como for, quando o Império Romano, na parte ocidental do mundo, ruiu e a sociedade feudal o sucedeu, mais do que nunca os conflitos passaram a se resolver à base da força pessoal ou familiar de cada um.

Que o diga Marc Bloch. Segundo narra, vigia, à época, o direito/dever de vingar de tal modo que, enquanto isso não ocorresse, a família enlutada sequer poderia enterrar o cadáver do parente morto, cujo corpo ficava pendurado na porta de casa até que fosse vingado. Feita a vingan-

3 Paul Veyne, O Império Romano, ***in*** História da Vida Privada, do Império Romano ao ano 1000, Trad. Hildegar Feist, V.I, São Paulo, Companhia das Letras, 1989, p.166.

ça, idêntico direito/dever de vingar acabava de ser gerado, podendo ser exercitado sobre qualquer parente da família adversária.

Neste cenário, o Estado Feudal pouco ou quase nada fazia para por fim ao conflito, limitando-se, em alguns lugares, a estabelecer certas restrições ao exercício do direito de vingar como, por exemplo, o de fixar o prazo de 40 dias, a contar da morte mais recente, para que a família atingida pelo assassinato pudesse dar início à vingança. Para que servia esse prazo? Para que àqueles que estivessem na alça de mira pudessem tomar os seus cuidados defensivos.

Veja, em resumo, o que diz Marc Bloch, com especial ênfase sobre o ato de um homem matar outro:

> *A Idade Média, quase de uma ponta à outra, e especialmente a era feudal, viveram sob o signo da vingança privada. Esta, bem entendido, cabia, em primeiro lugar, como o mais sagrado dos deveres, ao indivíduo lesado. Mesmo além da morte... Nenhuma obrigação moral parecia mais sagrada do que esta ....Entre os Frisões, o próprio cadáver pedia vingança, ressequido, suspenso na casa até o dia em que os parentes, cumprida a vingança, tivesse o direito de o sepultar... Toda a linhagem pegava então em armas ... para punir o assassínio ou apenas a injuria de um dos seus...Os poderes públicos dedicaram-se a proteger os inocentes contra os abusos mais escandalosos... Segundo as leis normandas de Guilherme, o Conquistador, os crimes suscetíveis de serem expiados pelo sangue.... eram apenas os de mortes de pai ou de filho"... devendo os vingadores esperar quarenta dias para dar início à vingança, prazo considerado necessário para que as linhagens adversárias fossem avisadas do perigo, mesmo porque "o ato de um indivíduo comprometia todos os seus parentes.*[4]

Como se não bastasse, na sociedade feudal a divisão em classes sociais era tão intensa e estratificada que cada uma delas, à exceção dos servos, fazia as suas próprias normas e dispunha de seus próprios Tribunais.

E, convenhamos, não eram poucas. Segundo Georges GurvItch[5], o sistema de direito na sociedade medieval era composto pela ordem jurí-

4 Marc Bloch. **A Sociedade Feudal**. Tradução Liz Silva. Lisboa: Edições 70, p. 141.

5 Op. cit., p. 313.

dica feudal (que se dividia em senhorial ou dominial e direito feudal propriamente dito), a ordem jurídica canônica, a ordem jurídica mercantil e das corporações e o direito popular costumeiro aplicado aos artesãos e aos servos, cada qual com órgãos próprios de administração e aplicação, dotados de maior ou menor eficácia, na exata proporção de sua capacidade em se fazer cumprir.

Isto tornava o sistema de resolução dos conflitos "administrado" pelo Estado um verdadeiro caos. Face à pluralidade de ordenamentos jurídicos e a pluralidade, respectiva, de tribunais, uma parte poderia propor contra a outra **a mesma questão, simultaneamente,** em diversos tribunais ou **renová-la, indefinidamente**, em outro tribunal, em caso de eventual derrota.

Esse caos "judiciário" fazia com que, na ausência dos conceitos de litispendência e coisa julgada, os litígios ou não se resolvessem ou se resolvessem pela desistência, pelo cansaço ou pelo empobrecimento de uma das partes.

Não é à toa que, desconfiados, os homens fugiam dos tribunais da época, preferindo resolver os seus conflitos à força, como acima registrado, ou à base do acordo, método de resolução bastante usual e prestigiado a ponto de o dia de praticá-lo ser curiosamente conhecido como ***"o dia de fazer amor"***.[6]

2. O ESTADO MODERNO E O MONOPÓLIO DE DIZER E APLICAR O DIREITO.

Reagindo contra isso, o Estado se fez moderno e, procurando *"concentrar **no** governo todo poder importante"*[7], como assevera Roberto Mangabeira Unger, monopolizou o ato de dizer e aplicar o Direito, naquilo que ficou conhecido como jurisdição.

Agora, resolver os conflitos humanos relevantes seria tarefa exclusiva do Estado, cabendo a ele e só a ele escolher **quem** decidiria em seu nome, a partir **de que parâmetros decidiria** e **como** o faria.

Os escolhidos foram os juízes ou os tribunais de justiça, utilizando-se de normas produzidas por autoridades independentes e instituídas para esse propósito, destinadas, enfim, a responsabilizar quem deu causa

6 Michael Clanchy. **Lei e Amor na Idade Média**. *In Justiça e Litigiosidade: História e prospectiva* Coordenador Antônio Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 139.

7 Roberto Mangabeira Unger. **O Direito na Sociedade Moderna. Contribuição à Crítica da Teoria Social**. Trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1979, p. 212.

ao conflito, seguindo, para isso, um modelo processual previamente concebido, capaz de produzir decisões racionais, porque previsíveis e calculáveis[8], garantidas, caso necessário, pelo uso da força estatal.

A partir daí, como afirma Philippe Robert, instala-se "*uma lógica absolutamente diferente de contenção da violência*"[9], na qual o Estado **usa da força para aplicar um ato de força**, também previamente estipulado, contra aquele que se comportou como não deveria, batizado tecnicamente pelo nome de sanção.

Assim é que, por exemplo, contra quem afronta a vida alheia se impõe a sanção da pena; contra quem compra e deixa de pagar se impõe a sanção da perda de tantos bens bastem à satisfação da dívida; contra quem não administra a coisa pública de modo honesto e probo se impõe a sanção do ressarcimento aos cofres públicos, dentre outras.

Em qualquer área que regule – criminal, civil, administrativa etc - o Estado, através do ordenamento jurídico, imputa sanções. Em consequência, como ensina Luíz Flávio Gomes, a diferença entre as sanções penais, civis e administrativas, por exemplo, é "*uma pura questão de opção legislativa*"[10]. É essa opção que faz de uma conduta crime ou mera infração administrativa ou civil. Ontologicamente, no entanto, são a mesma coisa: uma resposta dada pelo Estado à ofensa a um bem juridicamente tutelado e valioso.

Na área penal, onde os conflitos, a princípio, são **mais** graves e , por isso, demandam uma resposta **mais** vigorosa, o Estado, ainda de acordo com Philippe Robert "*se substitui a vítima no papel de ofendido*"[11], como se ocorresse um "*confronto entre o simples individuo causador de problema e o poder público*"[12].

8 Estas transformações, como ensina Max Weber (*In* **Textos selecionados**, **Os Pensadores**, Abril Cultural, Ed. Victor Civita, 1980, 2ª edição, p. 162), foram, também, exigências do capitalismo nascente. Veja o que ele diz: "Na China podia acontecer que um homem vendesse a outro: depois de um certo tempo voltasse a ele e reclamasse a devolução, pela circunstância de haver ficado pobre. Se o comprador, no direito chinês, não atendesse ao mandamento antigo de ajudar ao próximo, os "espíritos" se indignariam. Desse modo o vendedor empobrecido ocupava a casa novamente, como arrendatário forçado, sem o pagamento de nenhum aluguel. Com um direito assim estruturado o capitalismo não podia se desenvolver. O que se fazia necessário era um direito que se pudesse calcular como uma maquina; neste sentido, entretanto, os pontos de vista mágico-rituais, não desempenham papel algum. A criação de um direito semelhante foi conseguida quando o Estado Moderno se associou aos juristas para impor sua exigência de domínio".

9 Sociologia do Crime, trad. Luís Alberto Salton Peretti, Petrópolis, Editora Vozes, 2007, p.27.

10 Acusações Genéricas, Responsabilidade Penal Objetiva e Culpabilidade nos Crimes Contra a Ordem tributária, *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 11, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.251.

11 Op. cit., p. 29.

12 Op. cit., p.28.

Em lugar da lei do homem mais forte, que caracterizou as sociedades romana e feudal, nasceu o que Max Weber chamou de violência legítima, porque pública e aplicada ao final de uma atividade processual cercada de cautelas e garantias, o devido processo legal, conduzido pelo Estado-Juiz, garantia aplicada em toda e qualquer apuração de responsabilidade pela prática de uma conduta anti-normativa.

E não poderia ser diferente. Como atesta Hans Kelsen[13], comparativamente, enquanto a regulação moral da conduta humana desencadeia contra aquele que a viola a sanção da desaprovação social ou íntima, a regulação jurídica é muito mais contundente porque ela e somente ela produz consequências físicas: fisicamente, o homem é privado de sua liberdade ou separado de seus bens materiais, por exemplo.

Seja como for, o poder de dizer e aplicar o Direito, antes pulverizado, passou a ser, assim, concentrado na pessoa de **escolhidos**. Em outras palavras, isto quer dizer que o poder normativo e sancionador tornou-se um privilégio de alguns e, como tal, exigia justificações ou legitimações. Afinal, como afirma Guglielmo Ferrero, *"entre todas as desigualdades humanas, nenhuma tem tanta necessidade de se justificar ante a razão como a desigualdade estabelecida pelo poder"*[14], desigualdade evidente: por que somente alguns podem fazer as normas e aplicá-las?

As justificações, de pronto, se impuseram, a começar pela mais importante delas, talvez: na medida em que o Estado monopoliza o uso da força, controlando-a, evita, como dito, a prevalência da lei do mais forte e, em consequência, protege o mais fraco. Além disso, são evidentes as vantagens de ter o conflito resolvido por um modelo em que os homens sabem, com antecedência, quem fará uso da força, qual o ato de força lhes será imposto, como essa imposição poderá se dar e o quanto de força eles suportarão.[15] Em outras palavras isso quer dizer que o Estado, ao mesmo tempo que concentra, limita a força que usa, subordinando-a a um processo que não é qualquer processo, senão o **devido processo**, com o qual se comprometeu "*não só no aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo,*

13 Teoria Pura do Direito, trad. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1994, *in passim.*

14 Apud Antônio Carlos de Almeida Diniz. **Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado – Uma abordagem moderna e pós- moderna**. São Paulo: Landy, 2006, à epígrafe.

15 É o Direito visto como um sistema de regulamentação do uso da força, tal como propõe Norberto Bobbio em **Contribucion a la Teoria General del Derecho**. Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Fernando Torres, 1980.

em sua dimensão material (...)", que , em essência, consiste "(...) *na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas* (...)"[16].

Somado a isso, o Estado fez promessas importantes. Ao trazer para si a jurisdição, prometeu eficiência, moralidade, celeridade e imparcialidade, dentre outras, transformando-as, inclusive, em compromissos constitucionais.

3. PROMESSAS CUMPRIDAS?

Embora tenha significado um enorme avanço para a convivência humana, o fato é que esse novo modelo além de enfrentar, hoje, a desconfiança de muitos e, até mesmo, a negação de alguns, é, sobretudo nos conflitos de natureza penal, sutil e profundamente desrespeitado pelo próprio Estado-Juiz e seus braços auxiliares, porque avaliado, consciente ou inconscientemente, como incapaz de responder aos desafios do controle sobre uma sociedade complexa, marcada pela incerteza e pelo risco permanente.

Até pela comparação feita pelas experiências políticas anteriores, o Estado Moderno nasceu e se justificou pelo compromisso básico que assumiu em proteger as pessoas, proporcionando-lhes segurança, isto é, "*uma situação na qual um conjunto específico de perigos está neutralizado ou minimizado*"[17], na dicção de Anthony Giddens.

Para dar cabo a essa tarefa, o Estado Moderno lança mão de todo um aparato institucional destinado a diminuir o risco de perigo a níveis suportáveis. Como, no entanto, ele não é um grande "*Big Brother"* que a tudo controla e vigia, há sempre a possibilidade de que a expectativa das pessoas não seja alcançada.

Tentando amenizar possíveis desilusões, o Estado utiliza o que Anthony Giddens chama de "*sistema de peritos"*[18] - de que as polícias estatais seriam exemplares -, esperando conquistar a confiança em sua atuação sob o argumento central de que, pela técnica ou pela ciência, os seus agentes seriam capazes de produzir segurança ou de, pelo menos, de fazer com que os riscos à segurança fossem pequenos, mínimos ou desprezíveis.

Essa conquista, com efeito, requer que os policiais se mostrem dignos dela, isto é, com habilidades suficientes para prevenir ou conter situa-

16 Celso de Mello, *in* A Constituição na Visão dos Tribunais, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 114 e 115.

17 As Consequências da Modernidade, trad. Raul Fiker, São Paulo, UNESP, 1991, p.43.

18 Op. cit., p.36.

ções de perigo, seja porque sabem bem investigar, seja porque sabem como agir quando solicitados, saberes que, enfim, escapam do homem comum.

Estabelece-se, assim, ainda de acordo com Anthony Giddens, uma espécie de "*compromisso sem rosto*" [19], no qual um homem é "obrigado" a confiar no outro sem sequer o conhecer ou jamais tê-lo visto, cuja renovação, que cotidianamente se impõe, dar-se-ia, não somente, pela capacidade estatal em separar as atuações de "palco" e de "bastidores", "*como meio de reduzir o impacto das habilidades imperfeitas e das falibilidades humanas*" como acentua Golfman,[20] mas, também e sobretudo, em função dos resultados alcançados.

Como esses resultados têm sido, pelos mais diversos motivos, bem aquém do esperado e até mesmo pífios, o Estado tem recorrido, sempre, a ações pontuais e **espetaculares** destinadas a se mostrar tão atento quanto operante. Essa estratégia, com efeito, embora produza uma certa crença no potencial protetivo estatal, não evita algumas reações importantíssimas de uma população intranquila.

A primeira delas se expressa na tentativa de, substituindo-se ao perito "policial" que perdeu a confiança, tratar, por si ou por outrem, de se proteger. O exemplo típico dessa manifestação são as milícias populares havidas em bairros ou espaços periféricos das cidades. Sobre isso, veja-se interessante matéria jornalística de O Jornal. Ei-la:

> **Comunidade faz o papel da polícia**
>
> Patrulha comunitária enfrenta violência e reduz índice de assaltos no Benedito Bentes II
>
> A falta de segurança no Loteamento Bela Vista levou a comunidade local a fazer o trabalho da polícia. Todas as noites, a partir das 21h, um grupo de 20 homens se reveza em equipes de quatro na ronda pelo loteamento, com abordagem de suspeitos e escolta de outros moradores que voltam do trabalho ou da escola. A Patrulha Comunitária, como está sendo chamada, tem dado resultado com a diminuição de assaltos durante a noite.

19 Op. cit., p.84.

20 Apud Anthony Giddens, op. cit., p.90.

No grupo, ninguém tem experiência com segurança pública, nem "trabalha" armado. São servidores públicos, contadores, comerciantes, motoristas de ônibus e aposentados. Não há mulheres na patrulha, mas eles já admitem o reforço feminino. Ainda este mês, algumas mulheres devem se juntar à patrulha. A exigência de mulheres na equipe se faz devido ao fato de, em algumas abordagens, ser necessária a revista em pessoas do sexo feminino.

Há entre os membros da patrulha pessoas que já foram assaltadas ou que tiveram parentes atacados pelos criminosos. Também há aqueles que nunca foram assaltados ou tiveram familiares atacados, mas que estão inconformados com a escalada da violência no local.

"Quando saio de casa, deixo minha esposa e meus filhos. Enquanto eles dormem, eu estou do lado de fora consciente de que estão seguros dentro de casa", disse um membro da patrulha comunitária.

Por medida de segurança, eles preferem não se identificar. Dizem que podem ser reconhecidos facilmente pelos criminosos durante o dia e, como estão desarmados ficam vulneráveis a represálias. Além disso, ainda há riscos de criminosos presos pelo grupo se vingarem nos familiares desses homens.

"Passamos o dia trabalhando e, mesmo à luz do dia, ficamos preocupados com nossa família que está em casa. Por isso, tomamos algumas precauções quanto à exposição dos nossos rostos e à nossa identificação. Mas adiantamos para as autoridades de segurança que não estamos cometendo nenhuma irregularidade. Não tratamos ninguém mal. Não espancamos nem desrespeitamos os direitos do cidadão de bem. Só não permitimos que bandidos saiam das grotas e ameacem nossas famílias", disse o líder do grupo.

Falta de segurança motivou patrulha

Depois de "peregrinar" em quartéis e delegacias em busca de policiamento, moradores decidem ir às ruas

A idéia do patrulhamento comunitário surgiu há pouco mais de um mês quando um grupo de moradores conversava e, no meio da conversa, foram contando os casos de assaltos ocorridos no loteamento. Eles contam que, na apuração feita "por cima", foram identificados 17 assaltos, tendo moradores e comerciantes como vítimas.

Em alguns ataques, os criminosos fizeram disparos de arma de fogo para o alto e agrediram suas vítimas. Constatados os casos, vieram a insatisfação dos moradores e o desejo de reação. Entre as vítimas estavam senhoras e idosos, bem corno o proprietário da única panificação do loteamento, que foi assaltado três vezes pelo mesmo criminoso.

Os moradores afirmam que a primeira providência foi procurar o comando do 5º Batalhão de Polícia Militar (BPM) e pedir ajuda. Segundo eles, a PM teria respondido que não tinha condições de garantir o policiamento no Bela Vista por causa da falta de efetivos e de viaturas. No 8º Distrito de Polícia (DP), cujo prédio fica relativamente próximo do loteamento, a informação foi a de que o policiamento ostensivo é dever constitucional da Polícia Militar e que à Polícia Civil cabe apenas a investigação de crimes,

"Voltamos desses dois encontros na condição de abandonados pelos organismos de segurança no bairro. Fizemos várias reuniões e decidimos que nós mesmos iríamos às ruas, ao menos tentar minimizar o índice de assaltos no loteamento", disse um morador.

Desarmados e destemidos

Todas as noites, um grupo de 20 moradores se reúne em frente ao Mercadinho União, logo depois do Jornal Nacional e do culto nas igrejas evangélicas existentes no loteamento. Com pequenos rádios comunicadores, de alcance de 500 metros, eles se dividem em grupos de três ou de quatro e saem para a ronda. Não há farda, nem armamento na patrulha.

Estrategicamente, alguns grupos se posicionam nas entradas do loteamento. Do local, eles observam todas as pessoas que

entram na comunidade. Ao menor sinal de suspeita, o que acontece sempre quando são verificados grupos ou duplas de jovens que não moram no bairro, acontece a abordagem.

Na abordagem, a pessoa é obrigada a se identificar e a dizer o que está fazendo naquele local e àquela hora da noite. "Em muitos casos, encontramos rapazes que não têm parentes no loteamento, não conhecem ninguém no local e dizem que estão apenas passeando", contou um dos patrulheiros comunitários.

O patrulhamento nas ruas do loteamento não tem hora para acabar. O que determina o término da ronda é o movimento de pessoas nas ruas. Quando está chovendo, o grupo também se divide e fica sob as marquises das casas comerciais acompanhando o movimento de pessoas suspeitas. Os rádio-comunicadores são muito utilizados nestes dias.

PROTESTO - Mas como não podem levar o projeto adiante por muito tempo, a comunidade se reúne hoje pela manhã, a partir das 10h, para traçar estratégias em mais uma tentativa de alerta às autoridades de segurança pública sobre a escalada da violência no loteamento. O encontro será no meio da rua, em frente ao Mercadinho União, que já foi assaltado duas vezes.

A pauta do encontro de hoje será a ausência da PM no loteamento. "O que os moradores decidirem será acatado, mas já temos como ponto principal da pauta o fechamento de pista que dá acesso aos conjuntos Moacir Andrade, Selma Bandeira e Luiz Pedro III", disse um integrante da comissão de moradores.[21]

A essa espécie de manifestação se soma uma outra, absolutamente deletéria: tem segurança ou o direito de sentir-se seguro quem paga por ela. O direito à proteção, assim, além de excludente, se transforma numa espécie de mina a ser explorada, cujo lucro é diretamente proporcional à

21 Reportagem de Deraldo Francisco, *in "*O Jornal", 23 de julho de 2006.

sensação de insegurança produzida pela "*cultura do medo*"[22], como diz Yves Pedrazzini. Em tal cultura, aprofundando os antagonismos sociais, os pobres são segregados em espaços urbanos cada vez mais afastados e eleitos como perigosos, acabando por desempenhar a função de manter a insegurança "*no seu patamar mais elevado."*[23] Afinal, "*nada é tão seguro quanto a certeza do mercado em manter a "insegurança" para vender a segurança a um preço cada vez mais alto*".[24]

A cidade, dividida em territórios hostis e assentada sobre relações sociais cada vez mais impessoais, anônimas e amorfas, se transforma numa grande desconhecida, o que implica na necessidade de recorrer a instrumentos que nos apresente a ela e nos faça entendê-la, tornando-a "**visível**". Esses instrumentos, que "*não são microscópios e não são telescópios"* mas (...) "*a televisão, o rádio e o jornal*",[25] através dos quais a violência real, "*alimenta-se de seu brilho e exaspera-se com seu eco*",[26] aprofundando e generalizando o sentimento de medo fazendo com que o homem enxergue "o outro" como um potencial **inimigo**, sempre pronto para, desafiando as normas de convivência, agredi-lo.

Sob a ameaça de risco constante os homens se "armam" para o combate ao inimigo, assumindo com frequência a postura do que Anthony Giddens chama de engajamento radical, ou seja, "*uma atitude de contestação prática para com as fontes percebidas de perigo*".[27]

É preciso, pois, entender as razões dessa desconfiança ou dessa negação, como parte do esforço de restaurar a crença na capacidade estatal de gerenciar a sociedade, o que passa, centralmente, pela tarefa de resgatar a confiança no Estado-Juiz ou no chamado Poder Judiciário.

Se a tarefa é essa, nada melhor do que partir de alguns reconhecimentos.

O primeiro deles é o de que o modelo moderno de resolução de conflitos humanos se assenta, como adverte Cappelletti, numa irrealidade. Como se o conflito se desse entre duas ou mais partes em igualdade de condições limitadas apenas pelos *"méritos jurídicos relativos das*

22 A Violência das Cidades, trad. Giselle Unti, Petrópolis, Editora Vozes, 2006, p.109.

23 Idem, p. 113.

24 Idem, p. 113 e 114.

25 Silvia Leser de Mello, A Cidade. A Violência e a Mídia, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 21, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 189.

26 E. Glissant, apud Yves Pedrazzini, op. cit., p. 69.

27 Op. cit., p.138.

partes antagônicas"[28]*,* o modelo recusa-se, na prática, a enxergar que os homens são materialmente desiguais.

Essa "cegueira" provoca efeitos absolutamente corrosivos a essa restauração, na medida em que desarma o próprio Estado-Juiz de tentar evitar interferências que venham a realçar a diferença real das partes em conflito, tais como o *"embargo de gaveta"*, o *"jeitinho"* e a *"corrupção"*, que marcam a vida do Poder Judiciário, como adverte João Maurício Adeodato[29].

Percebendo que o resultado do processo quase sempre não depende apenas do mérito ou das razões dos conflitantes, o homem comum é desestimulado a buscar no Estado-Juiz a tutela para seus direitos ameaçados ou violados, o que acontece, de acordo com Cappelletti[30], seja porque a violação é internalizada como suportável, seja porque ele não acredita numa decisão favorável, seja porque o mundo das disputas judiciais lhe parece hostil, assentado sobre uma linguagem que afasta quando deveria aproximar.

Constrói-se, dessa forma, um fosso entre as expectativas populares e o Estado-Juiz, ampliado quando, contrariando o modelo, aqueles que usam da força para proteger a sociedade extrapolam o poder que recebem e, voltando-se contra ela, afrontam, sistematicamente, elementares direitos civis e suas garantias, como, por exemplo, a inviolabilidade de domicílio, a liberdade de ir e vir, a presunção de inocência e o direito à resolução do processo no prazo razoável.

Esse fosso tende a ser cada vez maior e mais largo quando, à guisa de decidir, o Estado-Juiz se isola completamente do mundo real e perde contato com a realidade. Um bom exemplo desse isolamento e dessa "esquizofrenia" pode ser ilustrado pela decisão que segue abaixo:

> *Indefiro a antecipação de tutela.*
> *Embora os autores aleguem ser portadores de AIDS e objetivem medicação nova que minorem as seqüelas da moléstia, o pedido deve ser indeferido pois não há fundamento legal que ampare a pretensão de realizar às expensas do Estado os exames de Genotipagem e a aquisição de medicamentos que,*

28 Mauro Cappelletti & Bryant Garth. **Acesso à Justiça***.* Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 15.

29 João Maurício Leitão Adeodato. **Para uma Conceituação do Direito Alternativo**. *In* Revista de Direito Alternativo. N. 1, São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 157 e seg.

30 Op. cit.

segundo os autores, não estão sendo fornecidos pelo SUS.

A lei 9313/96 assegura aos portadores de HIV e doentes de AIDS toda a medicação necessário a seu tratamento. Mas estabelece que os gestores do SUS deverão adquirir apenas os medicamentos que o Ministério da Saúde indicar para cada estágio evolutivo da infecção ou da doença. Não há possibilidade de fornecimento de medicamentos que não tenham sido indicados pela autoridade federal.

Por outro lado não há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Todos somos mortais. Mais dia menos dia, não sabemos quando, estaremos partindo, alguns, por seu mérito, para ver a face de Deus. Isto não pode ser tido por dano. (Processo 968/01, São Paulo, 28 de julho de 2001).

Esse fosso, enfim, divorcia o Estado-Juiz da sociedade quando se é intolerante com o conflito ou com uma de suas partes. Exemplo:

> *[...] Não se pode admitir o que esses invasores vêm praticando, esbulhando de forma continuativa a propriedade do autor, que por mais uma oportunidade procura a justiça para ver o seu direito amparado, relatando situações de danos causados ao plantio, a propriedade privada. Devo lembrar que essas pessoas que se dizem pregadoras da reforma agrária, são, na verdade, em muitos casos, pessoas envolvidas em todo o tipo de crime, anarquizando assim o direito e os bons costumes, pondo em risco à saúde e a integridade física das pessoas, e, que, infelizmente conta e tem o apoio dos Governantes, e a, em alguns casos, covardia da polícia. [...] (Processo n. 660/2000, Despacho de 03 de fevereiro de 2002)*

Quando isso acontece, o aparelho judiciário perde ótimas oportunidades para fazer e conviver com algumas descobertas tão sutis quanto absolutamente importantes.

De início, deixa de perceber que o conflito *é a sociedade em movimento"*[31], e que, sendo assim, "*toda resolução é apenas provisória, e*

31 *Idem,* p. 167.

a garantia de uma canalização precária das relações sociais logo será animada por outros conflitos, que novas regulações deverão então tratar."[32]

Depois, e em consequência, também não percebe que *"o processo tornou-se um meio para o indivíduo escapar de um meio ambiente sem rosto e de deixar uma marca identificável no muro do anonimato social."*[33] Em outras palavras, isto quer dizer que, litigando, o homem numa sociedade desigual deixa de ser *invisível*: o *"penso logo existo"*[34] de René Descartes se faz substituir pelo *"luto logo existo",* bem a gosto de Rodolf Von Jhering[35].

Finalmente, não percebe que as pendências tem "***um valor juridicamente construtivo"***[36] porque forçam o Estado, no mínimo, a refletir, e se for o caso, a rever os seus padrões normativos, levando-o *"a melhor delimitar e definir [as] normas conforme a variedade dos contextos sociais e culturais nos quais elas se exprimem*"[37]. Nessa perspectiva, enfim, o conflito ***"****pode ser considerado tanto o fracasso do direito* ***como sua fonte mais universal e mais dinâmica***"[38] (grifo nosso).

4. A CRISE DE LEGITIMIDADE E A MUDANÇA NA ESTRATÉGIA CONTROLADORA DO ESTADO.

Tudo isso provoca contestação, ordenada ou desordenada, às normas e ao mecanismo estatal de resolução dos conflitos.

Como a toda ação (ou omissão) corresponde uma reação, o fato é que a maioria dos conflitos não são levados aos tribunais. Como salienta Marc Galanter[39], as instituições estatais resolvem apenas uma ínfima parte não somente dos conflitos que acontecem na vida real, quase sempre objeto de negociações extrajudiciais, mas, também, uma ínfima parte dos conflitos que para elas deságuam, no mais das vezes, assim como no exemplo medieval citado, dirimidos por acordo, por desistência ou por abandono, negando a promessa constitucional de eficiência.

32 *Idem, ibidem.*

33 *Idem,* p. 211.

34 **Discurso do Método**. Porto Alegre: L&PM Pockert, 2008.

35 **A Luta Pelo Direito**. Tradução de Sabino Junior. São Paulo: Bushatsky, 1973.

36 Georg Simmel. Apud Louis Assier-Andrieu. **O Direito nas Sociedades Humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 167.

37 Louis Assier-Andrieu. Op. Cit., p. 173.

38 Louis Assier-Andrieu. Op. Cit., p.166.

39 **A Justiça não se Encontra Apenas nas Decisões dos Tribunais**. *In Justiça e Litigiosidade: História e prospectiva* Coordenador Antônio Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 67.

Em razão disto, o Estado Moderno se viu obrigado a repensar a sua estratégia controladoras contentando-se, centralmente, em fornecer uma *"base de discussão* [...] *que os adversários poderão aproveitar nas suas relações"*[40], de modo que *"os eventuais litigantes, consultando as decisões proferidas, tenham uma idéia da solução que poderá ser dada se um deles decidir ir a juízo"*[41].*Nesse novo contexto,* as instituições estatais contribuiriam fornecendo *"um substrato de normas e de processos, uma base para as negociações e para a regulamentação das relações de natureza privada, bem como de natureza administrativa"*[42]

Consciente, pois, de que não é um grande *Big Brother,* que a tudo controla, o Estado moderno passou a se interessar, principalmente, em estabelecer parâmetros decisórios para que as próprias pessoas possam resolver os seus conflitos, seja porque constatou que a tarefa a que se propôs era bem maior que as suas possibilidades, seja porque o seu poder decisório se mostrou lento, ritualístico e hermético, provocando nas pessoas, no mínimo, alguma desconfiança.

Ora, sendo assim, é melhor fornecer base regulamentar para a solução dos conflitos do que perder totalmente o controle sobre eles.

Verifica-se, curiosamente, aqui, um retorno ao início, muito bem ilustrado nas palavras de Declareuil:

> *Talvez eu mostre um dia como o Estado se apoderou do direito de julgar os homens e de pôr termo a seus litígios. Hesitou muito tempo, ele próprio começou a ser apenas um árbitro mais em evidência, mais procurado do que os outros; e essa primeira origem do poder judiciário do Estado deixou sua marca nas legislações posteriores em que o processo é, em última análise, apenas a continuação de um contrato judiciário firmado diante do magistrado.*[43]

De controlador a orientador, de juiz a árbitro, eis o caminho da volta.

Ao contrário do que possa parecer, longe de denotar uma fragili-

40 *Idem*, p. 69.

41 *Idem, ibidem.*

42 *Idem, ibidem*.

43 Apud. Louis Assier-Andrieu. Op. Cit., p. 190.

dade do Estado Moderno, esse caminho, sutil e profundamente, acabou aumentando sua capacidade controladora, na medida em que aumentou os seus "tentáculos".

Sobre isso, veja o que, com sagacidade, percebeu Louis Assier-Andrieu, uma vez mais citado:

> *Há, por traz dessa desconfiança nos tribunais, nas suas pompas e nos seus hermetismos, muita ingenuidade. […] não é porque se soluciona uma pendência fora do tribunal que ela é solucionada fora do Estado e fora de seu direito.* **O modo estatizado de organização da sociedade aceita *o pluralismo interno do direito*** *[...] o próprio direito oficial, institucional, "jurídico!", conhece, consagra e organiza as soluções ditas alternativas [...]. Confere-lhe importância maior ou menor, concede-lhe maior ou menor reconhecimento […] o caráter alternativo das outras soluções que não o julgamento provém, portanto, mais da afirmação ideológica do que da constatação sociológica: alternativo ao quê? Por certo não ao Estado de direito. O direito estatal, em outros termos, não opõe nenhuma barreira contra soluções alternativas.[...]"* [44]

É nesse cenário que nascem, modernamente, os modos ditos alternativos de resolução dos conflitos. Afinal, desde que o poder decisório "privado" opere dentro da perspectiva estatal e resolva os conflitos dentro de alternativas suportáveis pela ordem, o Estado não tem com o que se preocupar, mesmo porque, apesar de não decidir diretamente, acaba capilarizando o controle que exerce, pela transformação de organizações e indivíduos em seus colaboradores e agentes.

Assim, por exemplo, nada demais há no fato de que os homens possam, por si só, resolver um conflito de propriedade. Basta que entendam que tal conflito deve ser resolvido a partir da aceitação prévia das regras do jogo, todas produzidas ou chanceladas pelo Estado. E as regras do jogo não se prestam a discutir, por exemplo, porque há proprietários e não proprietários. A propriedade, como o fato social de assenhorar-se de alguma coisa, é reduzida à apropriação individual e legítima, à medida que sua aquisição se dê por uma das formas estabelecidas no Código Civil e tenha a destinação prevista pela Constituição.

44 Op. Cit., p. 190, 195 e 196.

5. OS MODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS E A BUSCA PELA RESTAURAÇÃO DA LEGITIMIDADE.

Partindo do princípio de que *"em numerosos casos é possível aos interessados entenderem-se entre si de maneira muito mais satisfatória do que aquela que poderiam conseguir profissionais, obrigados a aplicar regras de caráter geral a um conflito de que têm um conhecimento limitado"*[45], o Estado, seja para evitar que as pessoas recorram a ele diretamente assoberbando-o ainda mais na tarefa de julgar, seja para resolver conflitos que se arrastam por longo tempo nos tribunais sem perspectiva de uma solução próxima, seja para conseguir, sem grandes traumas, "impor" uma decisão já tomada, tem estimulado a composição dos conflitos através da negociação, da conciliação, da mediação e da arbitragem, levadas a cabo por terceiros ou por ele próprio.

Pelo primeiro, ou seja, pela negociação, busca-se um *"aplanamento consensual da pendência* […] [de tal modo que] *a conferência privada das partes pode consegui-lo mediante a obtenção ou a troca de desculpas, um protocolo de compensação do dano causado e reconhecido, e a promessa de relações daí em diante cordiais"* [46], bem típica do Direito Internacional Público, por exemplo.

Pelo segundo, ou seja, na conciliação é buscado auxílio de terceiros que *"intervém junto às duas partes para definir um acordo e pleitear em favor dele."*[47]

Pelo terceiro, a mediação, busca-se *"uma aproximação dos pontos de vista apta para oferecer uma solução."*[48]

Pelo quarto, a arbitragem, recorre-se à intervenção de um terceiro *"para solicitar seu simples parecer sobre a questão em debate, e então ele proporá a solução que estimar aceitável pelas duas partes ou as incentivará a prosseguir suas discussões bilaterais, julgando a via insuficientemente trabalhada; ora para dirigir uma audiência e formular uma saída independentemente do acordo das partes"*[49].

45 Marc Galanter. Op. Cit., p. 67.

46 Louis Assier-Andrieu. Op cit. p.175.

47 *Idem*, p. 176.

48 *Idem*, p. 178.

49 *Idem, ibidem.*

À exceção, pois, da negociação, todos os outros modos alternativos de resolução dos conflitos requerem a intervenção de um *terceiro*, que nada impede seja um juiz ou um desembargador, cujo processo judicial sob sua responsabilidade reclame uma solução mais ou menos imediata.

Nesse caso, o sucesso da empreitada repousa ou pode repousar, em primeiro lugar, na capacidade que eles tenham de fazer com que as partes possam confiar neles, compartilhar com eles as suas angústias e, até mesmo, se identificar com eles.

Isto não quer dizer que as pessoas deixem de reconhecê-los enquanto autoridades, responsáveis pela tarefe de dirimir os conflitos porque escolhidas pelo poder político. É que, muitas vezes, embora esta não seja a virtude principal, é preciso demonstrar a autoridade quando, para chegar a um bom termo, se faça necessário *"mostrar os querelantes como a sociedade, com seus princípios e suas regras, é capaz de se imiscuir"*[50].

Essas duas qualidades – confiança e/ou identificação e autoridade – na verdade, são simultaneamente necessárias porque, como mais uma vez esclarece Luois Assier-Andrieu,

> *é tênue a fronteira entre a função cúmplice de um mediador, capaz de refletir a um só tempo o ponto conflituoso de cada uma das partes e a resultante socialmente viável e inteligível para ambas, e esse quase juiz [ou juiz] que se apóia numa estrutura de Estado, das normas de Estado, para afirmar o que, no caso é a única saída 'razoável', a menos que as partes se exponham às vicissitudes do processo e à decisão de juízes que compartilham menos seus sentimentos íntimos para gerir a solução da pendência.*[51]

Seja como for, feita a composição do conflito ou pelo menos a sua tentativa, o Estado-Juiz, sobretudo no nível do 2º grau de Jurisdição, combate uma de suas disfunções ou deslegitimações mais significativas, que consiste em julgar sem conhecer o conflito em sua inteira dimensão e profundidade na medida em que o que fica registrado naquilo que se conhece como "autos de um processo judicial" é muito pouco e pobre se comparado ao conflito real.

50 *Idem,* p.187.

51 *Idem, ibidem.*

Daí decorrem outros combates à deslegitimação da maior importância.

Ao permitir que o juiz ou desembargador conheça ou conheça melhor as pessoas envolvidas no conflito, dialogando com elas sem o rebuscamento da linguagem jurídica, o métodos alternativos de composição tendem a ser mais eficazes porque, longe da formalidade e da frieza de uma audiência, cria-se um ambiente propício ao entendimento, notadamente pelo retorno à simplicidade perdida.

Como se isso não bastasse, a composição do conflito, ou pelo menos a sua tentativa, mostra às pessoas que o Estado-Juiz não está indiferente às suas necessidades e às suas vidas. Ao contrário, reconhecendo-se em débito com elas, esforça-se em resolver o litígio de uma vez por todas, providenciando para que o resultado do acordo ainda possa ser útil para as partes, utilidade que o tempo pode fazer desaparecer. Não é à toa que Carnelutti, sobre a relação tempo e processo, disse: *"O valor que o tempo tem no processo é imenso e, em grande parte, desconhecido. Não seria demasiadamente atrevido comparar o tempo a um inimigo contra o qual o juiz [ou as partes] lutam sem descanso."* [52]

Finalmente, a composição alternativa dos conflitos, diferentemente da simples imposição coercitiva, permite que o Estado-Juiz possa *"governar o resultado de suas próprias decisões"*[53], como diria Roberto Mangabeira Unger., evitando que a incidência do Direito na vida das pessoas seja mal compreendida por elas, provocando revoltas e traumas.

Opera-se, assim, uma espécie de restauração ou pelo menos uma tentativa de restauração da legitimidade político-funcional do Estado-Juiz, entendida aqui, à luz de Habermas, *"como a existência de boas razões para que um ordenamento político [jurídico] seja digno e ser reconhecido, aceito como justo e equânime. Os fundamentos da legitimidade, por conseguinte, ligam-se* ***à capacidade do poder político [jurídico] de ser objeto de valorações sociais positivas"***[54] (grifo nosso).

E isto será mais efetivo na medida em que o Estado-Juiz seja capaz de aprender a conviver com os conflitos e a entender que os conflitos não são extirpados, mas, tão somente, **administrados**.

52 Apud. Alexandre Freitas Câmara. **Lições de Direito Processual Civil**, Vol. III, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 2.

53 Roberto Mangabeira Unger, op. cit., p. 204.

54 Citado por Antônio Carlos de Almeida Diniz. Op. Cit., p. 50.

Pretender acabar com os conflitos seria, enfim, pretender acabar com a própria sociedade. •

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ADEODATO, João Maurício Leitão. **Para uma Conceituação do Direito Alternativo**. *In* Revista de Direito Alternativo. N. 1, São Paulo: Acadêmica, 1992.

ALMEIDA DINIZ, Antônio Carlos de. **Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado – Uma abordagem moderna e pós- moderna**. São Paulo: Landy, 2006.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O Direito nas Sociedades Humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Contribucion a la Teoria General del Derecho**. Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Fernando Torres, 1980.

BLOCH, Marc. **A Sociedade Feudal**. Tradução Liz Silva. Lisboa: Edições 70.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, Vol. III, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CLANCHY, Michael. **Lei e Amor na Idade Média**. *In Justiça e Litigiosidade: História e prospectiva* Coordenador Antônio Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Porto Alegre: L&PM Pockert, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2008.

GALANTER, Marc. **A Justiça não se Encontra Apenas nas Decisões dos Tribunais**. *In Justiça e Litigiosidade: História e prospectiva.* Coordenador Antônio Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

JHERING, Rodolf Von. **A Luta Pelo Direito**. Tradução de Sabino Junior. São Paulo: Bushatsky, 1973.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna. Contribuição à Crítica da Teoria Social**. Trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1979.

VEYNE, Paul. **O Império Romano, in História da Vida Privada, do Império Romano ao ano 1000**, Trad. Hildegar Feist, São Paulo, Companhia das Letras, 1989.

WEBER, Max. **Textos Selecionados**, *in Os Pensadores*, Abril Cultural, Ed. Victor Civita, 1980, 2ª ed.

Enunciados FONAMEC

ENUNCIADOS DE 10/04/2015

(Revisados na Reunião Extraordinária de 28/04/2016)

ENUNCIADO nº 01 - Os Tribunais de Justiça poderão firmar convênios com entidades públicas e privadas, para instalação dos CEJUSCs *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 10/04/2015 , com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).*

ENUNCIADO nº 02 – REVOGADO na reunião extraordinária de 28/04/2016.

Enunciado foi revogado ante a redação do art. 10 da Resolução nº 125/2010, dada pela Emenda nº 2, de 08/03/2016.

ENUNCIADO nº 03 - As sessões de conciliação ou mediação poderão ser realizadas por meio eletrônico, inclusive videoconferência, nos termos do art. 334, §7º, do novo CPC, e do art. 46 da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 10/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).*

ENUNCIADO nº 04 – Os Tribunais deverão, sendo possível, disponibilizar sistema informatizado para gestão dos CEJUSC. *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 10/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).*

ENUNCIADO nº 05 - O setor de solução de conflitos pré-processual dos CEJUSCs poderá atender as partes em disputas de qualquer natureza, exceto aquelas que tratarem de direitos indisponíveis não transacionáveis, nos termos do art. 3º da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), colhendo, sempre que necessária, nos termos da lei, a manifestação do Ministério Público, antes da homologação pelo Juiz Coordenador. *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 10/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).*

ENUNCIADO nº 06 – Sempre que possível, deverá ser buscado o tratamento pré-processual do conflito, evitando-se a judicialização. *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 10/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).*

ENUNCIADO nº 07 - É viável a organização de rotinas de trabalho nas áreas tributária, ambiental, criminal, fazendária e previdenciária, e matérias de competência dos Juizados, tanto na área pré-processual como na área processual.

ENUNCIADO nº 08 - O CEJUSC poderá firmar parcerias com entidades públicas e privadas para a realização de exames de DNA, visando atender os setores pré-processual e processual. *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 10/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).* **(ENUNCIADO RETIFICADO pela Comissão de Acesso à Justiça e**

Cidadania do CNJ, para que a expressão "O CEJUSC poderá" seja substituída por "Os Tribunais de Justiça poderão", sob a justificativa de "faltar ao centro a necessária personalidade jurídica para firmar parcerias")

ENUNCIADO nº 09 - Nas comarcas em que há jurisdição de competência delegada da Justiça Federal, os CEJUSC da Justiça Estadual poderão elaborar rotinas de trabalho para promoção da conciliação em processos previdenciários, com a organização de evento com a presença de Procurador do INSS com poderes para transigir, ainda que por videoconferência.

ENUNCIADO nº 10 - Os CEJUSC poderão elaborar rotinas de trabalho na área de benefícios acidentários, com a organização de evento com a presença de Procurador do INSS com poderes para transigir e de peritos, ainda que por videoconferência.

ENUNCIADO nº 11 - Os CEJUSCs deverão implantar e fomentar a adoção das Oficinas de Divórcio e Parentalidade para resolução e prevenção de conflitos familiares, nos termos do art. 1º, I, da Recomendação nº 50 de 08/05/2014, do CNJ. *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 10/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).* **(ENUNCIADO RETIFICADO pela Comissão de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ, para que a expressão "sempre que possível" seja inserida logo após a palavra "deverão", sob a justificativa "de não sobrecarregar em demasia as atribuições que lhe são próprias")**

ENUNCIADO nº 12 - No Setor de Cidadania serão disponibilizados serviços de orientação e encaminhamento do cidadão, quando se tratar de questões cuja resolução não for possível no âmbito do CEJUSC. *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 10/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).*

ENUNCIADO nº 13 - O CEJUSC poderá firmar parcerias com entidades públicas e privadas para oferecer no setor de cidadania serviços de emissão de documentos (Carteira de Identidade (Registro Geral), Carteira de Trabalho, Título de Eleitor, etc.) e outros serviços de interesse dos cidadãos. *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 10/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).* **(ENUNCIADO RETIFICADO pela Comissão de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ, para que a expressão "O CEJUSC poderá" seja substituída por "Os Tribunais de Justiça poderão", sob a justificativa de "faltar ao centro a necessária personalidade jurídica para firmar parcerias")**

ENUNCIADO nº 14 - O Setor de Cidadania poderá contar com atendimento nas áreas de psicologia e assistência social, mas os laudos ou avaliações eventualmente elaborados não poderão ser utilizados como prova em processo judicial, porquanto acobertados pelo sigilo profissional. *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 10/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).*

ENUNCIADO nº 15 – REVOGADO na reunião extraordinária de 28/04/2016.

Enunciado foi revogado, porquanto o assunto já foi tratado no Enunciado nº 11.

ENUNCIADO nº 16 - REVOGADO na reunião extraordinária de 28/04/2016.

Enunciado revogado ante o disposto expressamente no art. 11 da Resolução nº 125/2010: *Art. 11. Nos Centros poderão atuar membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores e/ou advogados.*

ENUNCIADO nº 17 - REVOGADO na reunião extraordinária de 28/04/2016.

Enunciado revogado, porquanto o assunto já foi tratado no Enunciado nº 13.

ENUNCIADO nº 18 - O CEJUSC poderá realizar parceria com o PROCON local para o encaminhamento e tratamento de conflitos consumeristas, bem como para homologação dos acordos encaminhados ao setor pré-processual. *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 10/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).* **(ENUNCIADO RETIFICADO pela Comissão de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ, para que a expressão "O CEJUSC poderá" seja substituída por "Os Tribunais de Justiça poderão", sob a justificativa de "faltar ao centro a necessária personalidade jurídica para firmar parcerias")**

ENUNCIADO nº 19 – Os conflitos do setor pré-processual dos CEJUSCs não estão sujeitos ao pagamento de custas processuais e nem a limite de valor da causa, salvo disposição em contrário existente na legislação local, quanto à cobrança de custas. *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 10/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).*

ENUNCIADO nº 20 - O Juiz Coordenador do CEJUSC poderá propor aos grandes litigantes da comarca a realização de política pública de não judicialização de conflitos através do seu tratamento preventivo em conciliação ou mediação prévia.

ENUNCIADO nº 21 - Nas sessões de conciliação ou mediação pré-processuais, inclusive naquelas relacionadas ao Direito de Família, é recomendável a presença de advogado. **(ENUNCIADO REJEITADO pela Comissão de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ, sob a justificativa de que "afronta ao artigo 10 da Lei 13.140 de junho de 2015")**

ENUNCIADO nº 22 - REVOGADO na reunião extraordinária de 28/04/2016.

ENUNCIADO nº 23 - As sessões de conciliação e mediação processuais realizadas nos CEJUSCs deverão observar, quanto aos prazos, o disposto nos artigos 334, §2º, 694, parágrafo único, e 696, todos do CPC. *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 10/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).*

ENUNCIADO nº 24 - REVOGADO na reunião ordinária de 14/04/2016.

Enunciado revogado, porquanto a matéria, no que diz respeito a ser recomendável a presença de advogado, já foi tratada no enunciado 21.

ENUNCIADO nº 25 - REVOGADO na reunião extraordinária de 28/04/2016.

Enunciado revogado, por ter sido expressamente disciplinada essa questão pelo art. 8º, §8º, da Resolução nº 125/2010, com a redação dada pela Emenda nº 2.

ENUNCIADO nº 26 - REVOGADO na reunião extraordinária de 28/04/2016.

Enunciado revogado, por ter sido expressamente disciplinada essa questão pelo art. 8º, §8º, da Resolução nº 125/2010, com a redação dada pela Emenda nº 2.

ENUNCIADO nº 27 - Nos procedimentos processuais, o CEJUSC fará o agendamento da sessão ou disponibilizará a respectiva pauta, mas a intimação das partes e advogados será realizada pela unidade judiciária a que pertencer o processo, salvo disposição em contrário existente nas normas locais. *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 10/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).* **(ENUNCIADO REJEITADO pela Comissão de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ, sob a justificativa de que "essa questão deverá ser ajustada de comum acordo entre a unidade judiciária e o respectivo CEJUSC")**

ENUNCIADO nº 28 - REVOGADO na reunião extraordinária de 28/04/2016.

ENUNCIADO nº 29 - Os acordos homologados no setor pré-processual do CEJUSC constituem títulos executivos judiciais e poderão ser executados nos juízos competentes, mediante distribuição. *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 10/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).*

ENUNCIADO nº 30 - REVOGADO na reunião extraordinária de 28/04/2016.

Enunciado revogado, porque os acordos realizados nos casos processuais não são homologados no CEJUSC, mas diretamente no juízo de origem, conforme art. 8º, §8º, da Resolução nº 125/2010, com a redação dada pela Emenda nº 2. E, nesse caso, a execução seguirá a regra geral dos títulos executivos judiciais (art. 516 do CPC).

ENUNCIADO nº 31 - REVOGADO na reunião extraordinária de 28/04/2016.

Enunciado revogado, pois a questão deve ser disciplinada por normas locais. Quanto a necessidade de pelo menos um servidor com dedicação exclusiva, já está previsto no art. 9º, §2º, da Resolução nº 125/2010, com a redação dada pela Emenda nº 2.

ENUNCIADO nº 32 - REVOGADO na reunião extraordinária de 28/04/2016.

Enunciado revogado, pois a questão deve ser disciplinada por normas locais.

ENUNCIADO nº 33 - REVOGADO na reunião extraordinária de 28/04/2016.

Enunciado revogado, pois a questão deve ser disciplinada por normas locais.

ENUNCIADO nº 34 - As sessões de conciliação e mediação são conduzidas por Conciliadores e Mediadores capacitados ou em fase de adequação à capacitação obrigatória (para os que já atuam no CEJUSC), nos moldes estabelecidos pela Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça.

ENUNCIADO nº 35 - REVOGADO na reunião extraordinária de 28/04/2016.

Enunciado revogado, porque a questão foi disciplinada pelo art. 168, §3º, do CPC.

ENUNCIADO nº 36 - REVOGADO na reunião extraordinária de 28/04/2016..

Enunciado revogado, porque a questão foi disciplinada pelo artigo 169 e §§ do CPC.

ENUNCIADO nº 37 - O juiz coordenador do CEJUSC poderá remeter as partes para conciliação e mediação privadas.

ENUNCIADO nº 38 - O mediador/conciliador que tomar conhecimento de crime ocorrido ou que testemunhe crime ocorrido durante as sessões deverá informar ao juiz Coordenador do CEJUSC a respeito. Tal situação será uma exceção ao dever de sigilo constante no Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores.

ENUNCIADO nº 39 - Os cursos de capacitação de conciliadores e mediadores serão realizados pelo NUPEMEC, pelas Escolas da Magistratura e por outras instituições de ensino habilitadas, desde que devidamente credenciadas e/ou em parceria com o NUPEMEC. *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 10/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016)*.

ENUNCIADO nº 40 - O NUPEMEC, as Escolas da Magistratura e as instituições de ensino credenciadas poderão emitir certificados de capacitação.

ENUNCIADOS DE 22/10/2015

(Revisados na Reunião Extraordinária de 28/04/2016)

ENUNCIADO nº 41 – Os dias e horários de funcionamento dos CEJUSCs serão objeto de regulamentação pelos tribunais, por meio dos NUPEMECs, e, na falta de norma específica, funcionarão nos mesmos dias e horários de expediente do juízo da respectiva comarca, podendo haver ações especiais, mutirões e plantões em finais de semana. *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 22/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).*

ENUNCIADO nº 42 - REVOGADO na reunião extraordinária de 28/04/2016.

Enunciado revogado, pois a questão deve ser disciplinada por normas locais.

ENUNCIADO nº 43 – Os CEJUSCs poderão divulgar, recomendar e disponibilizar acesso a plataformas *on-line* públicas e privadas voltadas à resolução consensual de conflitos e recomendar sua utilização para o público em geral. *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 22/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).*

ENUNCIADO nº 44 – Não é atribuição do CEJUSC fazer a entrega de contrafé e receber contestação nas audiências de conciliação ou mediação processuais. *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 22/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).*

ENUNCIADO nº 45 – Ratifica-se o ENUNCIADO Nº 61 aprovado no "Seminário – O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil", realizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, com a seguinte redação: *"Somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC/2015, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa de que trata o art. 334, parágrafo 8º.".* *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 22/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).* **(ENUNCIADO RETIFICADO pela Comissão de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ, apenas para que sejam excluídas as aspas e a expressão "Ratifica-se o ENUNCIADO Nº 61 aprovado no "Seminário – O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil", realizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, com a seguinte redação:")**

ENUNCIADO nº 46 – Os mediadores capacitados, em atuação até a vigência da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), poderão integrar imediatamente os cadastros nacional e local, desde que preencham os requisitos mínimos estabelecidos na lei, exigida a capacitação continuada. *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 22/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).* **(ENUNCIADO RETIFICADO pela Comissão de Acesso à Justiça**

e Cidadania do CNJ, para suprimir a expressão "desde que preencham os requisitos mínimos estabelecidos na lei", sob a justificativa de "aproveitar os mediadores formados antes do advento da lei de regência, independentemente dos requisitos estabelecidos por ela")

ENUNCIADO nº 47 – Não se aplica aos advogados que atuam como conciliadores ou mediadores, vinculados aos CEJUSCs, o impedimento do artigo 167, § 5º, do CPC. *(Enunciado aprovado na reunião ordinária de 22/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016).*

JUSTIFICATIVA PARA O ENUNCIADO nº 47 – A atividade jurisdicional *stricto sensu* volta-se à solução dos litígios dentro do processo, pela manifestação da vontade estatal, apreciando o mérito da ação. Os CEJUSCs são órgãos de natureza diversa, tendo por função precípua fomentar e homologar os acordos a que as partes chegaram, atividade puramente formal sem caráter de jurisdição *stricto sensu*. Nos termos do artigo 7º, inciso IV, da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, a atividade da conciliação e da mediação é concentrada nos CEJUSCs. Por isso, estando o conciliador ou o mediador subordinado ao Juiz Coordenador dos CEJUSCs, não há qualquer vinculação do conciliador ou mediador operante nos CEJUSCs ao juízo do processo, razão porque não se aplica aos advogados atuantes nas comarcas em que há CEJUSCS instalados o impedimento do artigo 167, § 5º, do Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015).

ENUNCIADOS DE 28/04/2016 (REUNIÃO EXTRAORDINÁRIA)

ENUNCIADO nº 48 – Nos procedimentos processuais (mediação e conciliação judiciais), quando o advogado ou defensor público, devidamente intimado, não comparecer à audiência injustificadamente, o ato poderá ser realizado sem a sua presença se o cliente/assistido concordar expressamente.

JUSTIFICATIVA – A necessidade da presença do advogado ou defensor público na audiência de conciliação ou mediação não pode se tornar um óbice à realização do ato quando os profissionais foram regularmente intimados a comparecer e, diante de sua ausência injustificada, o cliente/assistido tenha interesse em realizar a autocomposição ou, pelo menos, participar da audiência.

ENUNCIADO nº 49 – A atuação como mediador judicial pressupõe o atendimento aos requisitos mínimos previstos na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), especialmente no art. 11, ainda que se trate de mediador já formado quando da entrada em vigor da referida lei. Aqueles que não preencherem todos os requisitos legais poderão atuar como "mediadores em formação" ou como conciliadores até que atendam a todos os requisitos necessários.

JUSTIFICATIVA – A Lei de Mediação estabeleceu requisitos para atuação como mediador judicial que não podem ser desconsiderados, ainda que o mediador já esteja formado e atuando antes da entrada em vigor da lei.

(ENUNCIADO REJEITADO pela Comissão de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ, "em razão de não se justificar a retroatividade da lei em detrimento daqueles mediadores que se formaram antes das exigências enumeradas pelo art. 11 da legislação de regência, bem como, para que não haja conflito com a nova redação dada ao Enunciado 46, que assevera que os mediadores capacitados, em atuação até a vigência da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), poderão integrar imediatamente os cadastros nacional e local, exigida a capacitação continuada")

ENUNCIADO nº 50 – É possível a homologação pelo Juiz Coordenador do CEJUSC de acordos celebrados extrajudicialmente.

JUSTIFICATIVA – É importante definir a questão acerca da possibilidade ou não de serem homologados no CEJUSC os acordos realizados externamente, em escritórios de advocacia ou de mediação extrajudicial, o que parece perfeitamente possível ante o disposto no art. 57 da Lei nº 9.099/95, que não se aplica somente aos Juizados Especiais: *Art. 57. O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial.* No caso da mediação extrajudicial, a própria Lei de Mediação prevê expressamente essa possibilidade, no art. 20, parágrafo único.

ENUNCIADO nº 51 – O mediador judicial que seja servidor ou possua qualquer vínculo com o tribunal local não poderá atuar de forma remunerada em processos judiciais e procedimentos pré-processuais.

JUSTIFICATIVA – O impedimento no caso parece óbvio em razão do princípio da moralidade e para evitar a indevida captação de casos, valendo lembrar que o mesmo se aplica aos psicólogos, assistentes sociais e outros profissionais que possuem vínculo com o Poder Judiciário.

(ENUNCIADO COM APROVAÇÃO SOBRESTADA pela Comissão de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ, "até que seja deliberado pela Comissão Permanente de Eficiência Operacional e de Gestão de Pessoas a avaliação sobre a oportunidade e conveniência da edição de normativo de alcance nacional")

ENUNCIADO nº 52 – O CEJUSC pode expedir os atos necessários ao cumprimento dos acordos celebrados e homologados pelo Juiz Coordenador, nos procedimentos pré-processuais.

JUSTIFICATIVA – Para que os acordos realizados no âmbito do CEJUSC tenham plena efetividade e possam atender completamente às partes é indispensável que os atos necessários ao seu cumprimento possam ser ali expedidos, por ordem do Juiz Coordenador. Evidentemente, isso não inclui atos executivos em decorrência de inadimplemento dos acordos, porquanto nessa hipótese deverá ser providenciada a execução do título executivo judicial, perante o juízo competente, conforme orientação contida na p. 22 no "Guia de Conciliação e Mediação – Orientações para implantação de CEJUSCs" editado pelo CNJ.

(ENUNCIADO REJEITADO pela Comissão de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ, sob a justificativa de "coibir quaisquer interpretações equivocas quanto ao dever dos CEJUSCs praticarem atos executivos em

decorrência de inadimplemento dos acordos, até porque a justificativa para eventual aprovação do enunciado não deverá integrá-lo")

ENUNCIADO nº 53 – As pessoas jurídicas deverão indicar prepostos ou procuradores com reais condições de apresentar propostas de autocomposição do litígio, sob pena de incidirem na multa de que trata o §8º do art. 334 do CPC.

JUSTIFICATIVA – É oportuno que se delibere sobre a representação da pessoa jurídica nas audiências de conciliação por preposto com real capacidade de apresentar proposta de conciliação, sob pena de aplicação da sanção do § 8º do art. 334 do CPC/2015, tomando por paramento o disposto no art. 843, § 1º, da CLT (É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o preponente).

ENUNCIADO nº 54 – Para fins estatísticos deverão ser computados os casos encerrados por acordo, na conciliação ou na mediação pré-processual, independente de homologação judicial.

JUSTIFICATIVA – A Meta 03 do CNJ propõe o aumento de casos resolvidos por conciliação em relação ao ano anterior, fornecendo um questionário para levantamento estatístico destes dados. Ao solicitar o número de casos encerrados por conciliação/mediação na fase pré-processual, conceitua o caso encerrado como aquele em que houve "homologação por sentença", indicando o art. 334 §11/CPC. Ocorre que este artigo refere-se ao processo judicial e não ao pré-processo que tem outras características. A realidade dos CEJUSCs é que muitos participantes da conciliação e mediação pré-processual, ao chegarem a um entendimento, extinguem o objeto do conflito, não restando objetivo para homologação. No entanto no artigo 20 da Lei da Mediação, § único, "o termo final de mediação", na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial, podendo, por interesse das partes, não haver a homologação.

ENUNCIADO Nº 55 – A mediação e conciliação pré-processual, quando realizada nas Câmaras Privadas de Mediação e Conciliação credenciadas e nos CEJUSCs, poderá dispensar a designação da audiência preliminar prevista no art. 334 do CPC. **(ENUNCIADO REJEITADO pela Comissão de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ, sob a justificativa de que "sua aprovação importaria na revogação do art. 334 do CPC, no que se refere à designação de audiência de conciliação ou de mediação, o que foge da alçada deste Conselho, até porque, ainda que inexitosa a mediação e a**

conciliação pré-processual, não significa dizer que também se dará da mesma forma na seara processual")

ENUNCIADO Nº 56 – Ao conciliador não se aplicam as exigências previstas no art. 11 da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015).