

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Laís Rabello Zaros

**A utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos em
Direito de Família e o papel da Defensoria Pública**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Laís Rabello Zaros

A utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos em
Direito de Família e o papel da Defensoria Pública

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito, área de concentração de Direito Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Francisco José Cahali.

SÃO PAULO
2014

Banca Examinadora

Ao meu querido vovô Alfredo, que sem saber plantou em toda a família a semente do cuidado com o outro, do olhar para o outro. A lembrança da sua força, da sua abnegação e do seu carinho me faz uma pessoa melhor, me ilumina o caminho quando penso em esmorecer. Saudades...

“Somos o que fazemos, mas somos, principalmente, o que fazemos para mudar o que somos”.

Eduardo Galeano

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao meu amado Felipe, parceiro de todas as horas (mesmo!), pelo seu carinho, paciência, amor e, além de tudo, pela inestimável ajuda antes e no decorrer do mestrado. Se cheguei onde estou foi por sua causa, por ter me guiado pela mão por todo o caminho, mostrando-me sempre por onde seguir e me garantindo que eu podia. Por tudo o que passamos juntos, meu amor só faz fortalecer cada vez mais. Você é e sempre vai ser a minha luz!

Agradeço, ainda, à minha família e amigos, por toda a compreensão das horas roubadas e dos encontros aos quais faltei. Foi difícil, mas a recompensa é enorme! Obrigada por tudo.

Devo agradecer também a todos os meus colegas, Defensores Públicos, meus parceiros nessa jornada, tão gratificante quanto tormentosa, na defesa dos necessitados. O apoio de todos e de cada um é imprescindível no dia a dia, nossa troca de ideias enriquece o trabalho, nem sempre fácil. Além disso, agradeço, especialmente, aos colegas que desbravaram o mundo acadêmico antes de mim e também me auxiliaram: Felipe (de novo!), Tiago, Carlos, Carol, Monica e tantos outros.

Agradecimentos especiais ao meu querido orientador, Dr. Francisco José Cahali, que com seu carinho me auxiliou mais do que imagina na dura e gratificante tarefa de redigir esse trabalho. Muito obrigada por estar sempre acessível, por toda a preocupação e zelo que sempre demonstrou comigo. Desde o início do curso e na frequência das suas disciplinas, tive certeza da melhor escolha para a orientação! Obrigada, muito obrigada!

Por fim, um agradecimento ao Dr. Marco Antonio Garcia Lopes Lorencini, que pode não se lembrar, mas foi um dos responsáveis pela minha vontade de ingressar no mestrado. Suas aulas memoráveis na especialização em processo civil na Unisantos e sua disposição em me indicar para aluna ouvinte na USP, aliadas à sempre disponibilidade para as minhas dúvidas, foram determinantes para que eu optasse por seguir esse caminho! Obrigada por toda a atenção!

RESUMO

ZAROS, Laís Rabello. **A utilização dos meios consensuais de resolução de conflito em direito de família e o papel da Defensoria Pública.** São Paulo, 2014. 217 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

O principal objetivo dessa dissertação é demonstrar que a utilização das formas consensuais de resolução de conflitos (principalmente mediação e conciliação) é a maneira mais adequada de resolver as disputas nascidas em Direito de Família.

O estudo considerou que os meios consensuais de resolução de disputas possuem características que os tornam ideais para a resolução de conflitos familiares, já que têm a possibilidade de levar em consideração aspectos mais profundos das relações entre as pessoas, que culminam com a ocorrência dos conflitos. A adjudicação estatal, em tais matérias, analisa apenas superficialmente a questão, de modo que não impede a formação de novos conflitos, tampouco pacifica profundamente a relação das partes.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo possui como missão institucional a utilização de tais formas consensuais de forma primordial, razão pela qual tem papel fundamental no fomento e na adoção de métodos não-adversariais de solução de conflitos familiares. A experiência prática tem demonstrado que as formas consensuais são eficazes para a pacificação social com justiça, finalidade última do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Formas consensuais – resolução de conflitos – direito de família – mediação – conciliação – efetividade – acesso à justiça - Defensoria Pública

ABSTRACT

ZAROS, Laís Rabello. **The use of alternative means of dispute resolutions in family matters and the role of the Public Defenders.** São Paulo, 2014. 217 f. Master Thesis – College of Law, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

The main purpose of this essay is to demonstrate that the use of the alternative dispute resolution (mainly mediation and conciliation) is the most appropriate way to resolve conflicts of family matters.

The study found that the alternative dispute resolution have characteristics that make them ideal for the resolution of family conflicts, for its possibility to take into consideration the most profound aspects of the family relations, that lead to most disputes. The adjudication of the controversy may analyze only the superficial aspects of the conflict, leading to the generation of new disputes amongst the members of the family, and does not contribute to the social peace, sought in all family relationships.

The Public Defenders have the institutional obligation of using the alternative dispute resolutions, therefore have a key role in the promotion and effective use of non-adversarial methods of resolving family disputes. The practical experience has shown that the ADRs are effective for bringing social peace and justice distribution, ultimate purpose of the Law.

KEYWORDS: Alternative dispute resolutions – family law – mediation – conciliation – effectiveness – access to justice – Public Defenders

Lista de Figuras

Figura 1 - Quadro esquemático do funcionamento de um Fórum de Múltiplas Portas.....	23
Figura 2 - Ações de Alimentos	161
Figura 3 - Execuções de Alimentos	161
Figura 4 - Total de processos em acompanhamento.....	162
Figura 5 - Acordos total.....	162

Sumário

1	Introdução.....	10
2	Conflitos e sua resolução.....	13
2.1	Compreensão dos conflitos	13
2.2	Formas de composição de conflitos	16
2.2.1	Autotutela	17
2.2.2	Autocomposição	19
2.2.3	Heterocomposição	21
2.2.4	Sistema multiportas ou pluriprocessual	22
3	Acesso à justiça e à jurisdição – formas adequadas de resolução.....	25
3.1	Acesso ao Judiciário e inafastabilidade da jurisdição.....	27
3.2	Crise do Judiciário	33
3.2.1	Litigiosidade social e busca do Judiciário	38
3.3	Acesso à justiça efetiva – formas consensuais.....	47
4	Meios consensuais de resolução de conflitos	61
4.1	Conceituação e extensão	61
4.2	Breve histórico e panorama no Brasil e no mundo	63
4.3	O papel do Judiciário na aplicação dos meios consensuais – Resolução 125 do CNJ 69	
4.4	Vantagens e críticas em relação à adoção das soluções consensuais.....	74
4.5	Meios consensuais em espécie – principais formas no direito brasileiro	82
4.5.1	Arbitragem.....	82
4.5.2	Mediação	85
4.5.3	Conciliação	86
4.5.4	Avaliação neutra de terceiro	86
5	Mediação e seus aspectos primordiais.....	88
5.1	Princípios da mediação	91
5.2	Objetivos da mediação	94
5.3	Principais técnicas de mediação	98

5.4	A figura do mediador	99
5.5	Panorama legislativo – projetos de lei	100
6	Conciliação e seus aspectos primordiais.....	104
6.1	Conciliação pré-processual e processual – objetivos e limitações.....	106
6.2	A figura do conciliador	110
7	Aplicação dos meios consensuais em direito de família e suas especificidades	113
8	Defensoria Pública e meios alternativos de resolução de conflitos	122
8.1	Papel institucional da Defensoria Pública e panorama da instituição - possibilidades de atuação	122
8.2	Normativa federal e estadual	127
8.2.1	Os Centros de Atendimento Multidisciplinar	134
8.3	Experiências de destaque na utilização dos meios consensuais em conflitos metaindividuais	142
8.4	Práticas exitosas das formas consensuais na Defensoria Pública e práticas colaborativas	147
8.5	Experiência prática da aplicação dos meios consensuais de resolução de disputas na atuação diária em direito de família – Santos/SP.....	151
8.6	Estatísticas da utilização dos meios consensuais e acordos entabulados.....	158
9	Conclusão	164
	Bibliografia.....	168
	Anexos.....	178
	Anexo 1. Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça	178
	Anexo 2. Projeto de Lei sobre Mediação – PLS 517/2011	186
	Anexo 3. Quadro comparativo entre os projetos de reforma do Código de Processo Civil, da lavra do Professor Doutor Francisco José Cahali	200

1 Introdução

O presente trabalho pretende analisar a utilização dos meios consensuais de resolução de controvérsias, em direito de família, como uma prática efetiva de acesso à ordem jurídica justa e pacificação social, enfatizando-se o papel da Defensoria Pública, para tanto.

Primeiramente, cabe ressaltar que a nomenclatura utilizada no presente trabalho deixa de lado o termo “alternativo” como principal referência aos métodos de resolução de disputa estudados, alinhada com a melhor doutrina sobre o tema. Utilizar-se-á a expressão “meios consensuais”, na medida em que se pretende tecer considerações a respeito das formas de resolução de disputas que pressupõem o consenso das partes, mas também “meios adequados”.

Isso porque a palavra “alternativo” dá ideia de meios que sejam considerados tendo-se por referência a jurisdição estatal, sendo alternativos à ela. No entanto, hodiernamente, já não se leva em conta a solução adjudicada como referência única, de maneira que os meios de resolução de disputas são analisados e indicados de acordo com a matéria subjacente à disputa, apontando-se a solução mais adequada àquele determinado conflito, que pode ser a jurisdição estatal, mas também outro método consensual.

Dessa forma, embora se possa encontrar referência às formas alternativas na doutrina, o presente trabalho se concentrará nas terminologias “adequado” ou “consensual”, considerando que a análise do método mais indicado para a resolução do conflito não utiliza o Judiciário como referência absoluta, e também que se pretende focar o estudo nas formas que pressupõe o consenso das partes.

Pretende-se, por outro lado, também afastar qualquer confusão com o termo “Direito alternativo”, linha de pensamento que prega o estudo do Direito de forma desapegada da legalidade estrita, visando à busca de uma igualdade e ideia de justiça¹. Os termos aqui empregados não guardam relação com este enfoque de estudo, mas apenas, e tão-somente, com as formas de resolução de disputa diversas da jurisdição estatal, notadamente as formas autocompositivas.

¹ Para aprofundamento no tema, RIBEIRO, Igor Veloso, *Direito Alternativo como um Movimento Transformador da Realidade Brasileira*, in <<http://www.pge.ro.gov.br/wp-content/uploads/2012/07/Direito-alternativo-%C3%A9-uma-norma-desviante-em-face-%C3%A0-legalidade-estatal2.pdf>>, acesso em 07-10-2014.

Já há alguns anos a doutrina tem defendido uma modificação na cultura nacional a respeito da forma adequada de resolução de conflitos. O Judiciário, a cada ano, ganha números astronômicos de demandas ajuizadas e não se vislumbra a possibilidade de que possa, mesmo com aumento de estrutura e número de funcionários e juízes, dar vazão à tamanha demanda. Ademais, vê-se que o Poder Judiciário passa por crise de representatividade, causada, em certa medida, pelo número de ações em andamento, que diminuem o tempo destinado à análise de cada caso e, ainda, pela exagerada expectativa das partes em relação à resposta estatal.

Ao lado dessa necessidade estrutural de adoção de meios externos à jurisdição estatal para dar resposta aos litígios, hoje, sabe-se que esses meios são também os mais adequados à solução de algumas espécies deles. Pode-se afirmar, por exemplo, que conflitos que possuem raízes em relações de afeto e com perfil duradouro, se beneficiam mais de uma solução amigável que analise todos os aspectos de sua relação conflituosa, do que de uma sentença adjudicada.

Nessa medida, atento à essa realidade, o Conselho Nacional de Justiça editou, em 2010, a Resolução 125, que visou à modificação do paradigma de solução de litígios no país, criando a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesse. Para tanto, instituiu na estrutura do Poder Judiciário, órgãos destinados, exclusivamente, à aplicação dos métodos de resolução de disputas diversos da sentença, notadamente mediação e conciliação, tudo como forma de propiciar a resposta mais adequada ao conflito de interesse posto, em benefício do jurisdicionado.

Na mesma linha de raciocínio o Projeto do Novo Código Civil, em trâmite pelo Congresso Nacional, contempla diversas hipóteses de adoção dos meios consensuais de resolução de controvérsias, ao encontro do que dispõe a política nacional de tratamento adequado dos conflitos.

Diante disso, o presente trabalho visa a analisar os fundamentos e formas em espécie de resolução adequada dos conflitos, com ênfase no trabalho da Defensoria Pública nesse sentido. Sabe-se a instituição tem dentre suas funções específicas a adoção prioritária das formas extrajudiciais de resolução de conflito, na compreensão de que a prática é mais adequada à pacificação social e ao atual estágio de desenvolvimento de uma cultura de paz.

Assim, analisa-se o papel da Defensoria Pública na aplicação dos métodos consensuais de resolução de conflito surgidos nas relações familiares, tanto de forma prática e empírica, quanto da relevância de sua atuação na modificação da “cultura da sentença”,

realizando verdadeira educação em direitos para os mais eficazes métodos de pacificação social.

Pretende-se uma abordagem das vantagens inegáveis da utilização das formas consensuais para a resolução de disputas familiares, tão desgastantes para os envolvidos e que trazem em si tantas questões afetivas mal resolvidas entre os contendores.

Para tanto, passar-se-á pela análise do conflito em si, ressaltando-se a sua visão positiva com potencial transformador de relações, não como algo a ser evitado em sociedade. Analisar-se-á o direito de acesso à justiça e como ele se contenta com a adoção das formas externas à jurisdição e, ainda, a crise do Judiciário, suas causas e desdobramentos.

O trabalho pretende, ainda, verificar brevemente as causas da litigiosidade excessiva existente, se ela é real, e também os papéis dos operadores do Direito neste panorama social. Serão expostos os métodos consensuais de resolução de conflitos e o papel do Judiciário na adoção dessas técnicas, bem como as eventuais críticas que se possam tecer à adoção desses meios.

Por fim, o estudo trará abordagem prática da matéria no dia a dia da Defensoria Pública, verificando em que medida a adoção dessas formas está enraizada na sociedade e de que maneira ela pode ser fomentada, ou implementada, de modo a garantir a satisfação das partes com o resultado final do processo, notadamente nos conflitos nascidos das relações familiares.

Importante ressaltar que o objeto do presente trabalho se resume às formas autocompositivas de solução de conflitos, de modo que a arbitragem, tema riquíssimo e de inegável relevância prática, será abordada sem profundidade, por se tratar de método heterocompositivo de resolução de disputas, embora também possa se dizer consensual, pois conta com a vontade das partes em seu nascedouro. A ênfase será dada aos meios em que a participação da parte é relevante no resultado final, como se verá.

2 Conflitos e sua resolução

Para iniciar-se o estudo dos métodos consensuais de resolução de conflitos, é preciso primeiro lançar um olhar sobre os conflitos, o que os caracteriza na convivência social.

Nossa percepção inicial a respeito dos conflitos é que sejam sempre maléficos, resultados de atrito nas relações sociais e da incapacidade dos indivíduos de conviver com a diferença.

Contudo, tem-se que o conflito, longe de ser uma situação fora da normalidade, é um fenômeno natural, produzido pela interação entre as pessoas e, por isso, parte integrante do cotidiano humano. Nasce das diferenças entre os indivíduos e seus interesses e necessidades, aliadas à adoção de postura que afronte o comportamento diferente.

2.1 Compreensão dos conflitos

Visto que o conflito é natural das relações sociais, cabe um estudo sobre as suas razões e estrutura, a fim de se verificar quais métodos são necessários e eficazes para a sua resolução. Somente compreendendo as causas do conflito e o comportamento humano a ele relacionado, pode-se chegar a uma solução que lhe dê fim e pacifique a relação subjacente.

No âmago de todos os conflitos estariam necessidades não satisfeitas, de múltiplas naturezas.

Nas relações de convivência contínua, como as relações familiares, os conflitos surgem de necessidades nascidas da convivência e naturais do ser humano, principalmente, relacionadas ao afeto ou falta dele. Por outro lado, nas relações sociais não continuadas, os conflitos podem surgir por situações como a disputa sobre a titularidade de um bem jurídico, decorrente de uma limitação de recursos naturais e humanos – é preciso definir quem seria titular do interesse em jogo.²

É partindo do ponto de vista do conflito que nasce a definição que se dá em Direito a respeito do *litígio*, bem apresentada por Francesco Carnelutti: um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

² TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, Editora Método, 2008, p. 24.

Para Carnelutti, todo ser humano possui interesses, que são posições favoráveis à satisfação de uma necessidade, e para a satisfação dessa necessidade são necessários os bens. Assim, para o renomado autor, se interesse significa a satisfação de uma necessidade, sendo as necessidades ilimitadas, mas os bens aptos a satisfazê-las sempre limitados, aparece a noção de conflito de interesses. Tal conflito surgiria quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável à satisfação de uma necessidade distinta, de outro sujeito.³

Dessa forma, se há pretensão de uma parte e resistência de outra, na satisfação desta pretensão, há um conflito que merece solução. A resolução de tal conflito não pode ser tomada de forma violenta, como se verá, já que a violência na obtenção dos bens da vida disputados põe em risco a própria sociedade.⁴

O nascimento do Direito, enquanto corpo normativo destinado a regular as relações sociais, pressupõe a natural ocorrência dos conflitos, estabelecendo modos de resolvê-los. Porém, Cândido Rangel Dinamarco aponta que a mera existência do Direito não é suficiente para evitar o surgimento de conflitos, que brotam da insatisfação pessoal, sempre um fator antissocial, independentemente de a pessoa insatisfeita ter ou não ter direito ao bem pretendido.⁵

Celia Passos aponta múltiplas causas para o conflito, dentre elas: *imediatas*, decorrentes de eventos que podem produzir violências; *intermediárias*, originadas por objetivos e interesses opostos; e *fundamentais*, geradas pelas próprias estruturas sociais (valores, necessidades e questões).⁶

A noção de conflito, portanto, ultrapassa os contornos que o Direito lhe dá, envolvendo também aspectos psicológicos, sociológicos e filosóficos.

Aprofundando a ideia de conflito fora dos limites jurídicos, na lição de Celia Passos, que as necessidades não satisfeitas, raiz dos conflitos, possuem várias dimensões, dentre elas: dimensão *comunicativa*, relacionada à forma de comunicação interpessoal, construtiva ou destrutiva; *sociológica*, ligada à relações de poder, participação e interdependência entre as pessoas; *psicológica*, decorrente das diferentes perspectivas, percepções, emoções e reações

3 “La litis, por tanto, puede definirse como un conflicto (intersubjetiva) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida). El conflicto de intereses es su elemento material, la pretensión y la resistencia son su elemento formal.” CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Vol.I, Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa America.

4 CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesual civil, Buenos Aires: Uteha, 1944, v. I.

5 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ana Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, Editora Malheiros, 25ª Edição, p. 26.

6 PASSOS, Celia. Mediação: entre o individualismo e a interdependência, Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, nº 40, jan/2009, p. 92 e seguintes.

de si e do outro; *socioeconômica*, que se refere às necessidades básicas, acesso à justiça, aos recursos e à equidade; *ideológica*, relacionada às contradições de valores e ameaça à identidade pessoal e, ainda, *sociointerativa*, no que tange às percepções do que cada ser busca.⁷

A compreensão do conflito requer o conhecimento das características das partes envolvidas, sendo fundamental entender suas motivações, aspirações, objetivos, assim como recursos físicos, intelectuais e sociais relacionados ao conflito, incluindo as estratégias possíveis e o exercício de poder como fator de eventual dominação sobre o oponente.⁸

O nascimento de conflitos entre os indivíduos, portanto, não pode ser evitado, pois corresponde à natureza dos seres humanos vivendo em sociedade. Quando se fala em resolver conflitos não se pretende nem se conseguiria evitá-los, mas apenas que eles sejam resolvidos de forma a manter o tecido social íntegro, pacificando as relações.

Ademais, nessa perspectiva multidisciplinar, os conflitos são salutares e podem servir para o desenvolvimento da personalidade, gerando vivências e experiências valiosas para os indivíduos.

Assim, embora não se possa extinguir a existência dos conflitos, é possível e necessário resolvê-los da melhor forma possível, inclusive de modo a diminuir a possibilidade de ocorrência de conflitos semelhantes. Em um conflito sempre haverá a ponderação entre perdas e ganhos relacionados ao enfrentamento do conflito ou a uma composição a respeito dele, considerando-se as armas e os instrumentos disponíveis.

Quanto mais fortes forem os laços de cooperação entre os indivíduos envolvidos, em comparação aos elementos de competição, mais provável que o conflito se resolva de maneira colaborativa. Até mesmo os conflitos surgidos de relações eventuais não se revestem exclusivamente de elementos objetivos, já que as pessoas são sempre permeadas por aspectos subjetivos, nunca livres de interferências dos sentimentos nas relações.

Dessa forma, mesmo em relações não continuadas (um acidente de trânsito, um problema de consumo, o não pagamento de um boleto bancário) o conflito também pode ser determinado pelo que é valorizado pelas partes nele envolvidas, sendo relevante a análise de suas condições pessoais, bem como crenças e percepções, antes de se propor qualquer enfrentamento ou resolução.⁹

⁷ PASSOS, Celia. Op.Cit., p. 97.

⁸ SILVA, Érica Barbosa, *Conciliação Judicial*, p. 109

⁹ SILVA, Érica Barbosa, *Conciliação Judicial*, p. 113.

Para tanto, diversas ciências sociais e humanas debruçam-se sobre o conflito, dentre elas o Direito. Estudemos a seguir as formas pelas quais se desenvolveu a resolução das disputas entre os indivíduos.

2.2 Formas de composição de conflitos

Como se disse, os conflitos são inerentes à convivência social e muitas vezes oportunidades de evolução individual. Contudo, é imprescindível que se busque forma adequada de solucioná-los, já que conflitos latentes ou não resolvidos são causa de insatisfação pessoal e coletiva. A paz social é obtida com o enfrentamento dos conflitos, com sua resolução.

Nesses termos, a Ata da 53ª Assembleia Geral da Unesco, realizada em 15/01/1998 registra que “*paz não é simplesmente a ausência de conflitos, mas é um processo positivo, dinâmico e participativo que favorece o diálogo e a regulação dos conflitos num espírito de compreensão e cooperação mútuas*”.¹⁰

A busca de um método eficaz de extinção dos conflitos é feita há muito tempo, sendo que ao longo da história diversas espécies de meios de resolução foram utilizadas.

Fala-se em composição dos conflitos, mas também se utilizam os termos resolução ou solução de controvérsias. Do dicionário, composição tem o sentido de “*Acordo, conciliação, transação*”¹¹, embora se saiba que em Direito tal sentido não é necessariamente o mesmo.

Resolver o conflito seria pôr nele um fim, extingui-lo, o que se buscaria em todas as situações. Entretanto, nem sempre é possível que um conflito seja extinto por um único ato, já que muitas vezes o conflito possui múltiplas facetas que envolvem uma série de experiências a serem vividas pelos indivíduos envolvidos antes de sua superação.

Nesse sentido pode-se falar na *transformação do conflito*, apresentada pela doutrina estrangeira e que pressupõe a compreensão da complexidade dos conflitos como algo inerente a eles, sendo que a pacificação social somente seria encontrada com a sua transformação, não com a mera resolução pontual.¹²

¹⁰ Comitê Paulista para a Cultura da Paz. *Instrumentos de apoio para uma cultura de paz*. Disponível em <www.comitepaz.org.br>, acesso em 21/05/2014.

¹¹ Dicionário Michaelis online – <<http://www.michaelis.uol.com.br>>

¹² SALES, Lília Maia de Moraes Sales, *Mediare – um guia prático para mediadores*, p. 11 e ss., com base nos estudos de John Paul Lederach – Professor das Universidades de Notre Dame, de South Band, da Indiana e de Menonite – sobre transformação de conflitos, *Conflict Transformation*, disponível em

John Paul Lederach utiliza a ideia de “lentes” para a abordagem dos conflitos, estabelecendo que sua análise deve ultrapassar o âmbito pessoal, para alcançar uma perspectiva social. As “lentes” são utilizadas pelo autor para averiguar a situação imediata que submerge do conflito, o passado de tais problemas e os padrões das relações que contornam o conflito, bem como para encontrar um foco de convergência para a construção de uma plataforma de discussão do conteúdo, contexto e estrutura das relações entre as pessoas.

Para o autor, há diferentes estruturas envolvidas no conflito, diferenciando o que chama de “epicentro” e “episódio”. Episódio seria a parte que emerge, a parte visível do problema, ao passo que episódio corresponderia ao que não se vê de imediato, mas onde reside a complexidade do conflito, pois diz respeito às relações entre as pessoas. A visualização do episódio do conflito o resolveria, mas somente a análise do seu epicentro o transformaria, possibilitando a efetiva pacificação social.¹³ A diferenciação de abordagem é utilizada ao se tratar da distinção entre conciliar e mediar conflitos.

Cabe sempre uma análise da natureza do conflito e das relações porventura subjacentes a ele para que se opte por uma maneira de resolvê-lo. Embora algumas espécies de conflito possam ser resolvidas por uma atuação pontual, posto que não há nenhuma relação de fundo (conflito com características mais objetivas)¹⁴, há situações que exigem uma abordagem diferenciada, pois os conflitos surgidos pressupõem a existência de relações anteriores ou que se perpetuarão (conflito de características mais subjetivas).

É da análise das peculiaridades da controvérsia, portanto, que se verifica a melhor forma de resolver o conflito existente.

Tradicionalmente são estudadas três formas para a composição dos conflitos, vistas sob o ângulo de quem intervém para a resolução da controvérsia, delimitadas a seguir.

2.2.1 Autotutela

É tida como a forma mais primitiva de resolução de conflitos e consiste na solução encontrada pelo envolvido mediante o uso de sua própria força. Foi a maneira utilizada para extinguir os conflitos nas fases mais primordiais das civilizações, quando o conceito de

<<http://www.beyondintractability.org/essay/transformation>> e

<<http://www.restorativejustice.org/10fulltext/lederach>>, acesso em 07-10-2014.

¹³ LEDERACH, John Paul, *The little book of conflict transformation*, The Little Books of Justice and Peacebuilding Series, Good Books, 2003.

¹⁴ Denominação utilizada por LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta, *Mediação Judicial – Análise da realidade brasileira*, p. 8.

Estado ainda não estava suficientemente desenvolvido. Nesta época imperavam os ímpetus individualistas e não havia figura superior capaz de impor o Direito acima da vontade dos particulares, já que sequer existia um corpo de normas hígido para reger o comportamento em sociedade.¹⁵

Tal método garantia a resolução dos conflitos pela vitória do mais forte sobre o mais fraco, sendo dois seus traços característicos principais: a ausência de um terceiro interventor e a imposição da vontade de uma das partes sobre a outra. Em última medida, admitir-se a autotutela de maneira livre e para todos os litígios coloca em risco a própria existência da sociedade, já que os seres humanos, sem regras e com liberdade para satisfazerem suas necessidades por suas próprias mãos, tendem a abusar do uso da força, gerando situação insustentável para a coexistência pacífica.

No desenvolvimento do Direito e da ciência processual, portanto, atribuiu-se ao Estado, pelo Poder Judiciário, o monopólio do que se chama jurisdição, o poder de dizer o Direito, decidindo os conflitos sob ele postos em substituição à vontade das partes. À polícia, militar e judiciária, cabe a prevenção da ocorrência dos conflitos e sua intervenção, quando necessário, também com o escopo de garantir a paz social, atuando como responsável pela tutela dos interesses particulares.

Sabe-se, contudo, que a ideia de monopólio da distribuição da justiça, em contraposição ao domínio da força, hoje é mitigada, como se argumenta em relação ao objeto desse trabalho, sendo cabíveis métodos em que as partes são protagonistas. Todavia, no desenvolvimento do Estado e de seu poderio substitutivo à vontade das partes, o monopólio se fazia presente e era necessário como afirmação da supremacia da lei.

Embora se possa considerar a autotutela forma de resolução de conflitos egoísta e desprovida de justiça, é fato que ela ainda pode ser utilizada em algumas situações na atualidade, mesmo com o Direito como o conhecemos hoje. Assim é que há possibilidade de utilização de legítima defesa, desforço imediato e utilização da força por estado de necessidade, em que se admite que a parte tutele seus próprios interesses diante da urgência e impossibilidade de tomada de nenhuma outra providência.

Em verdade, há inúmeras situações fáticas em que se verifica a utilização da autotutela sem que se possa realizar oposição, já que o Estado não pode se interpor entre toda e qualquer relação e, prontamente, oferecer solução para os conflitos surgidos. Tem-se que é até conveniente para o Estado aceitar certas soluções individuais para as controvérsias como

¹⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo *et. al.*, *Op.Cit.*, p.27.

forma de “válvula de escape” para evitar a sobrecarga de demandas, admitindo que o Poder Judiciário não é onipresente nem tem poderes extraordinários.¹⁶

Repise-se apenas que a ideia de autotutela pressupõe, conceitualmente, que uma das partes imponha a sua vontade sobre a outra, garantindo o seu direito pela imposição da força, embora por vezes, tal agir seja admitido pelo sistema – além dos exemplos que já foram citados, acrescente-se o corte de galhos de árvores que ultrapassem os limites do prédio vizinho, o desforço imediato nas situações de posse e o direito de retenção.

Contudo, a autotutela não envolve relação nem diálogo entre as partes, de modo que é forma de resolução de conflitos que, embora admitida excepcionalmente, não deve ser buscada de maneira geral, tampouco incentivada, já que possui menor probabilidade de contribuir com a pacificação social.

2.2.2 Autocomposição

Enquanto na autotutela a parte obtém a resolução do conflito intervindo diretamente sobre ele mediante imposição de sua vontade, na autocomposição a resolução da controvérsia é construída com a parte contrária, mas ainda sem intervenção de um terceiro.

A composição das partes sem a intervenção de terceiros pode ser obtida de forma independente da existência de um processo judicial, mas também pode ocorrer na pendência de uma lide ajuizada. O sistema processual brasileiro, entretanto, delimita as hipóteses em que pode ocorrer a composição das partes, tratando do tema quando regulamenta a transação.

O Código Civil, em seu artigo 841, estabelece que somente é cabível a transação se o objeto da controvérsia envolver “direitos patrimoniais de caráter privado”. Vê-se que o diploma legal não utiliza a expressão “disponíveis”, mas delimita tais direitos como sendo os direitos patrimoniais de caráter privado, de natureza disponível e passível de composição pelas partes.

Carlos Alberto Carmona aduz serem disponíveis os bens que podem ser livremente alienados ou negociados, tendo o alienante, plena capacidade jurídica para tanto. Estabelece que não estariam no âmbito do direito disponível as questões de direito de família, atinentes à sucessão, coisas fora do comércio, obrigações naturais e relacionadas ao direito penal.¹⁷

¹⁶ TARTUCE, Fernanda, *Op.Cit.*, com fundamento nos escritos de Alcalá-Zamora y Castillo.

¹⁷ CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo*, p. 39.

É tradicional a visão que considera que relações personalíssimas ou de relevo público significativo não possam ser transacionadas pelas partes, o que excluiria as relações de direito de família.

Porém, o autor afirma que a indisponibilidade de tais direitos não determina a exclusão absoluta da possibilidade de autocomposição das partes, já que as consequências patrimoniais das relações que envolvem tais direitos podem ser objeto de transação. Exemplifica, afirmando que embora se possa dizer que o direito a alimentos não pode ser objeto de transação, o *quantum* a ser pago pode ser estabelecido pelas partes em composição.

Dessa forma, a doutrina e a realidade prática vieram mitigar a noção estrita de cabimento de transação, apenas para demandas patrimoniais e de caráter privado. A resolução de conflitos familiares que tratam de assunto historicamente indisponível é não somente possível, como muitas vezes, absolutamente, recomendável por trazer pacificação às questões que envolvem relações que se perpetuam no tempo.

O próprio conceito de indisponibilidade é fluido e comporta diversas interpretações, de modo que deve ser analisado com cautela antes de se impedir a utilização da autocomposição. Fernanda Tartuce ensina:

“Eis por que se revela essencial conceber que, sob o manto da indisponibilidade, podem ser encontrados direitos de diferentes matizes; algumas vezes há um rigor mais acentuado em seu tratamento legal, que parece excluir a possibilidade de negociação ampla e irrestrita em seus termos. Todavia, alguns aspectos podem vir a ser convencionados consensualmente entre as partes; por tal razão não devem ficar fora do alcance de eventual tentativa de composição dos interesses, seja judicial ou extrajudicialmente”. (TARTUCE, 2008, p.51)¹⁸

Cabe apontar a distinção entre disponibilidade de direito material e disponibilidade processual. Diz-se disponível o direito processual quando a parte pode não exercer o seu direito de ação, ou pode dispor dele uma vez iniciado o procedimento jurisdicional, suspendendo ou extinguindo o feito. Tal disponibilidade pressupõe também que seja disponível o direito material de que se trata e cabe análise judicial sobre os atos de disposição, já que deve ser evitada a burla a respeito de regras de direito público, bem como analisado o consentimento das partes para a manifestação de vontade.

Entende-se que estão englobadas na autocomposição, como forma de resolução de conflitos, as hipóteses unilaterais de composição da lide, como a renúncia, a desistência e o reconhecimento jurídico do pedido. Embora não se trate propriamente de composição, já que a outra parte se manifesta apenas para anuir, ou não, com a disposição unilateral, quando lhe

¹⁸ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, Editora Método, 2008, p. 51.

cabe, não se trata de autotutela, pois não há imposição nem uso de força. Encontram catálogo, portanto, dentre os métodos de autocomposição.

Renúncia corresponde à disposição do direito material envolvido no conflito, podendo ocorrer dentro do processo ou fora dele, pela prática de atos que denotem a falta de interesse no exercício do direito, como o abandono da coisa. Com relação à renúncia processual, tem-se novamente que ela só será válida como forma de colocar fim ao conflito caso seja relativa a direitos disponíveis.

Já a *desistência* tem contornos estritamente processuais, pois corresponde à disposição do processo como forma de obtenção da resposta estatal. Não significa que a parte esteja abrindo mão do direito material subjacente, mas apenas desejando a extinção do processo em que ele estava sendo discutido. Embora se considere unilateral, o ato de disposição processual é livre até a citação da parte contrária, sendo que se esse ato já tiver sido praticado ele deve ser ouvido e concordar, já que pode ter interesse na sentença de mérito.

Por sua vez, o *reconhecimento jurídico do pedido*, em que o réu admite a procedência do pedido realizado pelo autor, concordando com a titularidade da posição jurídica apresentada¹⁹, também é forma de autocomposição unilateral. Também está vinculada à capacidade de consentir da parte e à disponibilidade do direito material envolvido.

A autocomposição pode ser também bilateral quando é mais consentânea com a ideia de composição do conflito pelas partes nele envolvidas, com a participação de todos.

Dentre as formas de autocomposição bilateral estão a negociação, a conciliação e, embora com algumas particularidades, a mediação, vistas mais detidamente a seguir. Note-se que em tais formas de resolução de controvérsias pode haver a participação de um terceiro, mas tal figura não decide o conflito nem impõe a sua definição, servindo apenas como interventor, de modo a propiciar que as próprias partes solucionem seu litígio.

2.2.3 Heterocomposição

Na heterocomposição verifica-se a intervenção de um terceiro, que impõe uma decisão para colocar fim ao conflito posto. Com a evolução do Direito e a assunção pelo Estado do julgamento dos conflitos formais, afastou-se a possibilidade de autotutela para casos muito excepcionais. Além disso, a dificuldade em regra existente para a

¹⁹ TARTUCE, Fernanda, *Mediação nos conflitos civis*, p. 58.

autocomposição, fenômeno vinculado à menor litigiosidade existente entre as partes em conflito ou à existência de iniciativas de fomento à sua utilização, gera o recurso à heterocomposição como regra em nosso sistema.

Existem dois tipos de heterocomposição na atualidade: a via arbitral e o acesso ao Poder Judiciário. Em tais hipóteses, utiliza-se o termo *adjudicação*, proveniente do sistema americano e que tem por significado submeter um conflito à uma decisão de terceiro, e sempre se verifica a produção de um resultado “ganha-perde”, em que há um vencedor e um declarado perdedor que se submete à decisão.

2.2.4 Sistema multiportas ou pluriprocessual

Conforme se analisará mais detidamente, é tradição no sistema processual brasileiro a utilização do Poder Judiciário como forma primordial de resolução de conflitos, ainda que se apontem iniciativas, inclusive legislativas, para incentivar as soluções autocompositivas.

A legislação nacional aponta como eixo central da resolução de controvérsias o Poder Judiciário, mas admite outros mecanismos de abordagem dos conflitos. Assim, é possível que as partes, ainda que adjudiquem uma demanda ao Poder Judiciário, sejam encaminhadas para outras formas adequadas de resolução de conflito, como a utilização da conciliação e da mediação, por exemplo.

A institucionalização desses instrumentos iniciou-se nos Estados Unidos no final da década de 1970, em razão de estudos realizados pelo professor Frank Sander, que chamou o sistema que permite a adoção de tais procedimentos “*Multidoor Courthouse*” (Fórum de Múltiplas Portas).²⁰

Expõe André Gomma de Azevedo que:

[...] esta organização judiciária proposta pelo Fórum de Múltiplas Portas (FMP) compõe-se de um Poder Judiciário como um centro de resolução de disputas, com distintos processos, baseado na premissa de que há vantagens e desvantagens de

²⁰ A respeito do tema, em interessante trabalho sobre os estudos iniciais para a implantação dos Tribunais Multiportas na América Latina e, mais especificamente, no Brasil, Mariana Hernandez Crespo, em “A construção da América Latina que queremos: complementando as democracias representativas através da construção de consenso”, in Tribunal Multiportas, FGV Rio, disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1>>, acesso em 11-10-2014.

cada processo que devem ser consideradas em função das características específicas de cada conflito. (AZEVEDO, p. 16)²¹

Assim, ao invés de existir apenas uma “porta” – o processo judicial –, o Fórum de Múltiplas Portas ou o sistema pluriprocessual trata de um amplo sistema com vários mecanismos de resolução de conflitos. Dentro de um sistema como esse, nasce a figura do magistrado não somente como julgador, mas também com função gerencial²², uma vez que é o responsável pela fiscalização e acompanhamento do procedimento, notadamente para assegurar a efetiva realização dos escopos pretendidos pelo ordenamento.²³

Violeta Daou apresenta quadro esquemático do funcionamento de um Fórum de Múltiplas Portas quanto ao encaminhamento e solução das demandas²⁴:

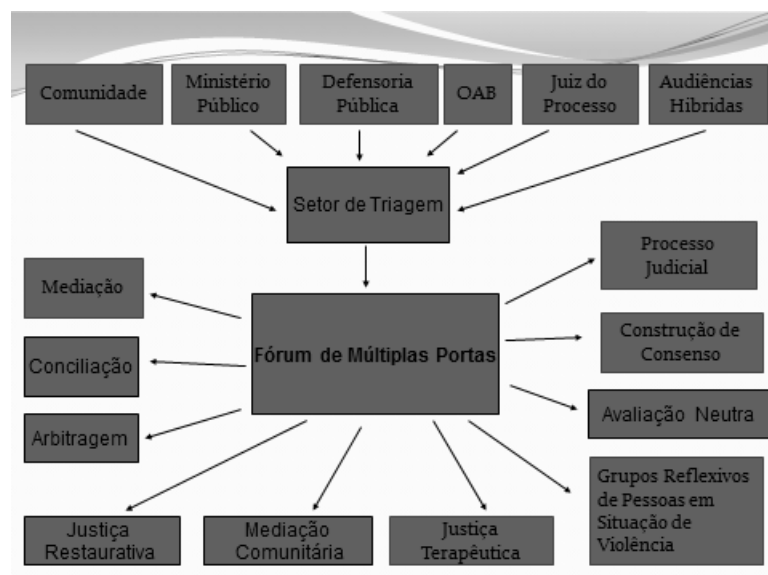


Figura 1 - Quadro esquemático do funcionamento de um Fórum de Múltiplas Portas.

Nosso sistema sempre previu a possibilidade de utilização de outros métodos de resolução de disputas, mas dá ênfase à conciliação das partes. Como regra, no processo civil, ela pode ser buscada a qualquer tempo e o magistrado deve dar preferência à ela, antes de iniciar qualquer audiência. Projetos de lei em andamento preveem também a possibilidade de

²¹ AZEVEDO, André Gomma de. Desafios de Acesso à *Justiça ante o Fortalecimento da Autocomposição como Política Pública Nacional*, in PELUSO, Cesar; RICHA, Morgana de Almeida (Org.), *Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional*, Ed. Forense, p. 16.

²² Sobre o assunto, vide RESNIK, Judith, *Managerial Judges*, in *Harvard Law Review*, n.96, p. 435.

²³ AZEVEDO, André Gomma, *Idem*.

²⁴ Material apresentado em seminário sobre a utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos pela Defensoria Pública, realizado na sede da Instituição (Rua Boa Vista, 201, São Paulo/SP) em 11 de novembro de 2010.

sugestão de mediação entre as partes, ao lado da conciliação, para fomentar a autocomposição e colocar à disposição dos envolvidos outras formas de resolverem seu conflito.²⁵

Embora não se possa negar a essência de um Tribunal Multiportas na legislação brasileira anterior, foi com a aprovação da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça que o desenho de uma atuação jurisdicional semelhante surgiu como realidade fática. Isso porque, como se verá no momento oportuno, a resolução atribuiu ao Judiciário a tarefa de implantar e gerenciar os meios alternativos à jurisdição para a resolução de conflitos, chamando para si a responsabilidade de garantir o acesso de todos à ordem jurídica justa.²⁶

Francisco José Cahali afirma:

Consolida-se no Brasil, então, com a Resolução 125/2010 a implantação do chamado Tribunal Multiportas, sistema pelo qual o Estado coloca à disposição da sociedade alternativas variadas para se buscar a solução mais adequada de controvérsias, especialmente valorizando os mecanismos de pacificação (meios consensuais), e não mais restrita a oferta ao processo clássico de decisão imposta pela sentença judicial. (CAHALI, p. 58)²⁷

Dessa forma, a existência de meios alternativos à adjudicação do processo ao Judiciário pode e deve ser levada ao conhecimento das partes, mesmo após o ajuizamento de eventual demanda. Cabe aos operadores do Direito servir como disseminadores da existência e possibilidade de utilização de outras formas de resolução de conflitos que não a adjudicação judicial.

Somente com o conhecimento sobre as diversas possibilidades para uma solução adequada ao conflito é que as partes podem decidir pela melhor forma de resolver sua questão, analisando todas as variáveis verificadas na opção por cada método.

²⁵ Projetos n° 517/2011 e 405/2013 do Senado Federal e Projeto n° 7.169/14 da Câmara, bem como PL 8046/2010 (Novo Código de Processo Civil).

²⁶ CAHALI, Francisco José, *Curso de Arbitragem*, p. 57.

²⁷ *Idem*, p. 58.

3 Acesso à justiça e à jurisdição – formas adequadas de resolução

O acesso à justiça vem sendo objeto de estudo de juristas há tempos, mas foi com o Projeto Florença, em meados de 1970, que ganhou corpo a sua discussão, principalmente com a publicação da obra “Acesso à Justiça”, de Mauro Cappelletti e Briant Garth. A noção de acesso à justiça desenvolvida no projeto afirma duas finalidades principais do sistema jurídico: a promoção de um acesso igualitário a todos e a produção de resultados individual e socialmente justos.²⁸

Distingue-se justiça e jurisdição, na medida em que justiça pode ser considerada um ideal de equidade e de razão, um valor, enquanto jurisdição é uma das funções do Estado, consistente no poder de atuar o direito objetivo, compondo os conflitos de interesse.²⁹

Dessa forma, o acesso à justiça dá-se sempre que se verifica a realização de justiça, seja mediante o acesso ao Judiciário, nos casos e formas em que ele é necessário, seja pela decisão das próprias partes ou tomada por um terceiro, sem intervenção estatal.

Nas palavras de Kazuo Watanabe:

[...] o princípio de acesso à justiça, inscrito no n. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e, sim, um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário (PELUSO; RICHA, p.4).³⁰

Historicamente, afirma-se que a definição de acesso à justiça pode ser dividida em três momentos distintos: i) mero acesso ao Poder Judiciário; ii) acesso ao Poder Judiciário com uma resposta tempestiva; e iii) acesso à uma solução efetiva para o conflito por meio da participação adequada do Estado.³¹

O Projeto Florença, que se baseou na análise de dados de diversos países á época, acabou por concluir que existiam diversos fatores tidos como obstáculos ao acesso à justiça e apontou o que se chamou de “ondas renovatórias” para viabilizar a ultrapassagem de tais obstáculos e o acesso pleno das pessoas ao que se convencionou chamar de justiça.

²⁸ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *Acesso à Justiça*, p. 08.

²⁹ TARTUCE, Fernanda, *Op.Cit.*, p. 97.

³⁰ *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para o tratamento adequado dos conflitos de interesses*, in PELUSO, Cezar, e RICHA, Morgana de Almeida. *Conciliação e Mediação, Estruturação da Política Judiciária Nacional*, p. 4.

³¹ AZEVEDO, André Gomma de, *Desafios de Acesso à Justiça ante o Fortalecimento da Autocomposição como Política Pública Nacional*, in PELUSO, Cezar, e RICHA, Morgana de Almeida, *Op. Cit.*, p. 12.

Na época, a ideia de acesso à justiça ainda estava em seu primeiro momento histórico, ou seja, estudavam-se formas de possibilitar ao maior número possível de pessoas o acesso à uma resposta jurisdicional estatal. O estudo apontou, portanto, diversos obstáculos verificados ao acesso das pessoas a esta possibilidade de obter uma resposta do Judiciário para as suas demandas.

Os obstáculos apontados, bem como as possíveis soluções, foram os seguintes: as custas judiciais, sendo que elegeu-se a assistência judiciária para os pobres como meio para superá-la; a dificuldade organizacional para o acesso aos direitos, sendo que a tutela coletiva foi vislumbrada como solução para esse problema, propiciando representação para os interesses difusos e individuais homogêneos (tratamento coletivo para direitos antes apenas defensáveis de maneira individual); e uma visão geral da dificuldade de acesso à justiça, sendo que a solução apontada seria a flexibilização dos procedimentos e a adoção de novas formas de discussão dos litígios, como os meios consensuais de resolução de conflitos.

Esta última visão, chamada de “terceira onda renovatória de acesso à justiça”, pode ser considerada o embrião da modificação na ideia, então vigente, de que o acesso à justiça seria obtido apenas pela resposta jurisdicional estatal. Porém, estava-se ainda no primeiro momento de discussão de acesso à justiça, atrelada ao ingresso no Judiciário.

Num segundo momento, iniciado a partir da inquietação de juristas e estudiosos do comportamento humano e social, entendeu-se que não bastava a mera possibilidade de ingresso com uma demanda perante o Judiciário para que se obtivesse acesso à justiça – era preciso que a resposta estatal viesse na forma de uma sentença e prolatada em tempo razoável. Neste período, estabeleceram-se metas de julgamento para os tribunais do país e foram feitas reformas procedimentais, e até constitucionais, para garantir a prolação de uma sentença ou acórdão de forma mais ágil.³²

Entende-se que o terceiro período de acesso à Justiça é o que se dá na atualidade, com a construção de um arcabouço legislativo e discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da utilização preferencial de meios consensuais de resolução de conflitos, como forma de tratamento *adequado* das controvérsias. Esse terceiro momento se desenvolveu pela junção de múltiplos fatores, dentre os quais podem ser destacados a crise do Judiciário em sua função

³² Assim a EC/45, que modificou o art. 5º da Constituição Federal para incluir o seguinte inciso: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

de pacificação social e a necessidade de alcance de fórmulas que pacifiquem sem a necessidade de utilização de meios positivados ou formais para tanto.³³

Dessa forma, se inicialmente o movimento de acesso à justiça buscava garantir que conflitos sem solução fossem endereçados de forma a reduzir a litigiosidade contida, hoje se volta a garantir a melhor forma de resolver disputas, muitas vezes mediante o afastamento de fórmulas positivadas e institucionalizadas, incorporando métodos multidisciplinares. Tal proceder revela a preocupação atual não somente com a litigiosidade latente, mas também com a remanescente, que pode persistir depois do fim do processo jurisdicional adjudicado.³⁴

Nesta análise multifacetada dos conflitos, múltiplas abordagens merecem aplicação, para além da adjudicação da solução pelo Estado, em busca da efetiva justiça a ser aplicada no caso concreto, na construção da buscada pacificação social.

Assim, *“o acesso à Justiça não se confunde com acesso ao Judiciário, tendo em vista que não visa apenas a levar as demandas dos necessitados àquele Poder, mas realmente incluir os jurisdicionados que estão à margem do sistema, e, sob o prisma da autocomposição, estimular, difundir e educar o cidadão a melhor resolver conflitos por meio de ações comunicativas. Passa-se a compreender o usuário do Poder Judiciário não apenas como quem, por um motivo ou outro, encontra-se em um dos polos de uma relação jurídica processual. O usuário do Poder Judiciário é todo e qualquer ser humano que possa aprender a melhor resolver seus conflitos, por meio de comunicações eficientes, estimuladas por terceiros, como na mediação, ou diretamente, como na negociação. O verdadeiro acesso à Justiça abrange não apenas a prevenção e a reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de disputas, bem como de seus resultados”*³⁵.

A disponibilização de meios consensuais de solução de controvérsias possibilita, portanto, a escolha apropriada do instrumento ao caso, contemplando-se o que hoje se entende por acesso à ordem jurídica justa, ou seja, a oferta de métodos adequados, tempestivos e efetivos para as diferentes demandas que desaguam no Judiciário.

3.1 Acesso ao Judiciário e inafastabilidade da jurisdição

³³ “Entra aqui a relevância do valor justiça. Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado”. DINAMARCO, Cândido, A Instrumentalidade do Processo, 14ª edição, p. 191.

³⁴ AZEVEDO, André Gomma de, Op. Cit., p. 17.

³⁵ Guia de Conciliação e Mediação Judicial para Magistrados, Ministério da Justiça, 2013.

Ao se discutir a necessidade e a viabilidade da adoção de meios de resolução de controvérsias alternativos à jurisdição estatal, é preciso analisar, com atenção, a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

O texto constitucional dispõe que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça ao direito. A garantia não é cláusula restritiva, de modo a impedir a utilização de formas outras que não a adjudicada, mas sim garante o acesso ao Judiciário, proveniente de período em que não estava claro o direito de acessar a justiça estatal a todas as pessoas. Sua inserção no texto constitucional, portanto, não foi destinada à restrição, mas à ampliação do direito de acesso à justiça, é o que se entende na atualidade.

Análise do histórico da inclusão do referido dispositivo no texto da Constituição não permite outra conclusão. Somente a partir de 1946, a cláusula passou a ter assento constitucional, sendo que no regime anterior havia a exclusão expressa de apreciação pelo Judiciário de inquéritos parlamentares e policiais.³⁶

Dessa forma, sob o enfoque de garantia contra o arbítrio e de forma a evitar aventuras antidemocráticas já vistas em períodos históricos anteriores, a inafastabilidade da jurisdição é elemento fundamental do Estado de Direito, instrumento indispensável à efetividade dos direitos individuais.³⁷

A garantia, longe de restringir, é norma de segurança, que visa permitir a análise de controvérsias pelos jurisdicionados, sempre que houver necessidade de uma resposta estatal – o chamado direito de ação. Por outro lado, estabelece um viés prestacional, atribuindo ao Estado a função precípua de permitir o acesso ao Judiciário daqueles que dele necessitem.

Ademais, o próprio sistema processual traz várias condicionantes ao exercício do direito de ação, formais ou materiais, sem que se tenha nenhuma violação à garantia abstrata do direito de acessar o Judiciário. Os pressupostos processuais, por exemplo, são requisitos a serem observados pelas partes que limitam o direito de acesso ao Judiciário, e nem por isso considerados limitações à garantia. Trata-se de condicionantes ao direito de ação, longe de se constituírem em impedimentos de ingresso.

Por outro lado, quando da promulgação da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), já se discutiu de maneira exaustiva a constitucionalidade de suas disposições, justamente apontando-se violação à suposta garantia de acesso ao Judiciário. Questionava-se se seria

³⁶ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 27ª edição, p. 430.

³⁷ SALLES, Carlos Alberto de, *Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada*, p. 780.

possível que a previsão de cláusula compromissória ou a existência de compromisso arbitral fosse suficiente para determinar o afastamento da jurisdição estatal entre aquelas partes.

Para por fim de vez às discussões e considerar perfeitamente válida a previsão legal, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão julgando constitucional a lei de arbitragem, estabelecendo relevante entendimento acerca da inafastabilidade da jurisdição. Do voto vencedor do então Ministro Nelson Jobim, que inaugurou a divergência, pode-se destacar o seguinte:

[...]a Constituição proíbe que a lei exclua da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). Ela não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de resolução de seus conflitos, atuais e futuros. Não há nenhuma vedação constitucional a que partes, maiores e capazes, ajustem a submissão de conflitos, que possam decorrer de relações jurídicas decorrentes de contrato específico, ao sistema de arbitragem. Não há renúncia abstrata à jurisdição.

Há, isso sim, convenção de arbitragem sobre litígios futuros e eventuais, circunscritos à específica relação contratual, rigorosamente determináveis. Há renúncia relativa à jurisdição. Circunscreve-se a renúncia aos litígios que decorram do pacto contratual, nos limites fixados pela cláusula. Não há que se ler na regra constitucional, que tem como destinatário o legislador, a proibição das partes renunciarem à ação judicial quanto a litígios determináveis, decorrentes de contrato específico.

Dessa forma, interpretou-se que a garantia constitucional diz respeito à impossibilidade de vedação legal de acesso ao Judiciário e, ainda, renúncia absoluta das partes a respeito de determinado assunto, sendo inviável que se exclua, de forma indeterminada e geral, a apreciação pelo Judiciário de conflitos eventualmente surgidos.

Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso expõe:

Observa-se que o inc. XXXV do art. 5º da CF/1988 não autoriza a interpretação à outrance, usualmente feita, e que tem permitido inferir que a oferta da justiça estatal está disponibilizada, em modo franco, genérico e prodigalizado, a toda e qualquer situação de interesse contrariado ou insatisfeito, como fora o Judiciário um guichê geral de reclamações. De resto, citada norma não tem foco em situações concretas e presentes (que devem estar subjacentes a qualquer ação judicial, donde o interesse de agir ser real, atual e pessoal), mas apresenta uma conotação principiológica e prospectiva, buscando preservar situações futuras cuja apreciação judicial não deverá, a priori, ser afastada pelo ordenamento positivo”.³⁸ (MANCUSO, p. 195-196).

Tal concepção foi formalizada na edição da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe, em seus considerandos, que o acesso à justiça vai além do mero acesso ao Judiciário, pressupondo a aplicação da ordem jurídica justa.³⁹

³⁸ Acesso à Justiça, p. 195/196.

³⁹ CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa;

Cabe também uma digressão a respeito do conceito de jurisdição na atualidade. Jurisdição é compreendida como a função do Estado mediante a qual ele se substitui à vontade das partes em conflito para, de maneira imparcial, buscar a resolução do entrave, com justiça, buscando a pacificação social. Entende-se que é, ao mesmo tempo, *poder, função e atividade*.⁴⁰ Uma das características da jurisdição é a sua *substitutividade*, ou seja, o poder estatal atua em substituição à vontade das partes, privadas da possibilidade de resolver seus conflitos em autotutela, como regra.

Embora essa sempre tenha sido a definição doutrinária a respeito da jurisdição, ressaltando-se seu aspecto estatal e seu monopólio, atualmente tem-se modificado tal entendimento.

Sabe-se que na evolução histórica do Direito deu-se a atribuição da jurisdição como monopólio estatal, de forma a centralizar na figura do Estado a capacidade e o poder de dirimir os conflitos de interesse e, portanto, evitando-se a autotutela com sua potencialidade de fragilização das instituições sociais e criação do caos.⁴¹

Contudo, na sociedade contemporânea abre-se uma reflexão a respeito da unicidade da jurisdição estatal, com a possibilidade de admissão de jurisdição, ou de capacidade de dizer o direito e pacificar com justiça, para instituições ou pessoas privadas, fora do monopólio do Estado. O conceito de jurisdição, então, deve receber novo enfoque, para que se possa adequar a técnica à realidade, admitindo-se, sem sombra de dúvidas, que na arbitragem presta-se atividade jurisdicional, por exemplo.⁴²

Para Boaventura de Sousa Santos, a ideia de monopólio da jurisdição estatal deve ser analisada em sua acepção dualista. Segundo o autor, a sociedade vive entre dicotomias, oscilando entre lados que variam de acordo com o momento histórico vivido.

A atribuição ao Estado do monopólio da justiça formal, convertida assim em justiça oficial, e a conseqüente negação de todas as outras ordens judiciais, constitui a

CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação.

⁴⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et al*, *Op. Cit.*, p. 147.

⁴¹ “É como se, ao chamar para si o monopólio da *jurisdição*, e o reforço de seu aspecto como manifestação de *poder*, o Poder Judiciário, órgão estatal cuja razão de ser envolve a solução de controvérsias, não tolerasse mais nenhuma outra forma de solução de controvérsia, seja de direito disponível ou não, de modo que toda e qualquer controvérsia a ele submetida tivesse como desfecho único a sentença. O objetivo de pacificar, prometido pela jurisdição, seria atingido apenas por intermédio dela” – LORENCINI, Marco, *A contribuição dos meios alternativos para a resolução das controvérsias*, in SALLES, Carlos Alberto de (Org.), *Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro*, p. 603.

⁴² CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo*, 3ª edição, p. 26.

inovação jurídica principal da modernidade. Na longa duração histórica, essa inovação significa a oscilação do pêndulo no sentido do formal e do Estatal. (SANTOS, Boaventura Sousa).

Ao longo do tempo, em momentos diferentes ou em setores diferentes da vida social, atribui-se total precedência, ora a um dos polos, ora ao outro, ao subjetivismo ou ao objetivismo, ao coletivismo ou ao individualismo, ou ao formalismo ou ao informalismo. No campo da sociologia do direito, os dois fenômenos mais importantes na oscilação anti-formalista são a desregulação e a informalização da justiça.

Para o autor, a discussão do monopólio da jurisdição pelo Estado passa pela análise da necessária informalização dos procedimentos, de forma que para a transformação prática da administração da justiça as reformas para a deformalização consistiram na criação de mecanismos de processamento e de resolução de litígios que tivessem marcadamente algumas características. Aponta a necessidade de ênfase em resultados mutuamente acordados, em vez da estrita obediência normativa; preferência por decisões obtidas por mediação ou conciliação, em vez de decisões obtidas por adjudicação (vencedor/vencido); reconhecimento da competência das partes para proteger seus próprios interesses; escolha como terceira parte de um não jurista, eleito pelas partes; diminuto ou quase nulo o poder de coerção que a instituição pode mobilizar em seu próprio nome.

Boaventura aponta, contudo, que a tendência de deformalização dos processos de decisão e retirada da centralização pelo Estado acaba por gerar algumas distorções práticas, já que a falta de um poder coercitivo externo pode desencadear situações de desigualdade.⁴³

Haveria, então, uma coincidência de finalidades entre a jurisdição estatal e as alternativas a ela propostas, sendo a solução de conflitos e a pacificação social o núcleo de ambas. Não há nenhuma razão, de ordem prática ou jurídica, para admitir-se, de maneira isolada, a prevalência de uma decisão judicial sobre as demais formas de resolução de controvérsias. A opção pela prevalência do Judiciário como meio decisório é sempre política, já que somente a adequação prática para o conflito posto é que pode autorizar a decisão sobre a utilização de uma ou outra forma de resolvê-lo.⁴⁴

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, há um nítido déficit no custo-benefício do monopólio da jurisdição pela justiça estatal. Historicamente, a assunção da regulação dos conflitos pelo Estado deu-se na medida em que as bases do Estado de Direito se fortaleciam e se vislumbrava a necessidade de respeito às garantias individuais, as liberdades positivas.

⁴³ SANTOS, Boaventura Sousa, *O Estado e o Direito na transição pós moderna: para um novo senso comum entre o poder e o Direito*, 1990.

⁴⁴ SALLES, Carlos Alberto de., *Op. Cit.*, p. 785.

Contudo, pode-se verificar na atualidade que até mesmo o ordenamento tem buscado alterar essa cultura judiciarista, disponibilizando e, em algumas situações, dando preferência à utilização de outros meios compositivos, bem como admitindo a existência de soluções combinadas entre a jurisdição estatal e as formas alternativas ao Estado.

Universalizar a jurisdição é endereçá-la à maior abrangência factível, reduzindo racionalmente os resíduos que permanecem fora da análise de qualquer instância de resolução e garantir o acesso a uma forma justa de solução. As situações litigiosas, então, merecem o encaminhamento adequado, seja pela via judicial ou não.⁴⁵

A concepção atual de Jurisdição deixa de ser, então, centrada na ideia de *poder* – estático, ligado à ideia de soberania – para se tornar *função*, - dinâmica – que o Estado Social de Direito deve desempenhar no sentido de promover a resolução justa dos conflitos num tempo razoável.⁴⁶ A admissão de outras formas de resolução de conflitos que não a adjudicada leva em consideração a necessidade de solução fática e eficiente do litígio, não o direito a uma resposta estatal em si, e se coaduna com o disposto no art. 4º, inciso VII da Constituição Federal – “solução pacífica dos conflitos”.⁴⁷

Análise dos escopos ou finalidades da jurisdição não admite conclusão outra. A jurisdição, esse poder de afirmar o Direito no caso concreto, possui escopos, finalidades, que na lição de Candido Rangel Dinamarco, são divididos em três categorias: sociais, políticos e jurídicos. Os chamados escopos sociais dizem respeito à realização da pacificação social, finalidade última dos ordenamentos jurídicos, pela eliminação de conflitos mediante critérios justos.

Por sua vez, os escopos políticos se referem à influência do ordenamento jurídico nas relações do Estado com os cidadãos. O autor elenca alguns aspectos deste escopo da jurisdição: afirmação da capacidade de decidir imperativamente (jurisdição-poder, determinação da vontade estatal); concretização do valor liberdade, ao restringir o exercício do poder limitador do Estado e assegurar dignidade do cidadão em relação ao qual aquele exerce seu poder; e garantia da participação dos cidadãos na determinação das finalidades do Estado.

⁴⁵ SILVA, Érica Barbosa e, *Conciliação Judicial*, p. 28.

⁴⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, p. 66.

⁴⁷ Que, de certo, embora faça referência aos princípios a serem adotados pelo Estado Brasileiro nas suas relações internacionais, pode perfeitamente ser transposto para as relações entre nacionais, já que a busca de uma solução pacífica, quer no sentido de ausência de conflitos armados, quer no sentido de ausência de disputa judicial, é sempre desejável nas relações sociais.

Os escopos jurídicos da jurisdição se referem à efetivação dos direitos materiais, atuando a vontade concreta da lei. Alguns autores modernos mencionam a existência de novos escopos do sistema processual, que seriam a capacitação (ou empoderamento) das partes - educação para a composição das controvérsias (presente, principalmente, em métodos que avaliam e interferem de modo profundo nos conflitos subjacentes à questão colocada, como a mediação); e a validação – compreensão recíproca das partes e suas necessidades expressas pela demanda.⁴⁸

Nessa perspectiva, resta claro que o conceito amplo de jurisdição atende, a um só tempo, também aos escopos verificados na jurisdição estatal, e principalmente aos novos escopos apontados, o empoderamento e a validação.

Por outro lado, não se pode ignorar a existência de uma miríade de conflitos que permanecem fora do espectro de atuação do Judiciário e de qualquer outra forma de resolução de disputas, sob pena de atribuir-se à universalização da jurisdição um papel que não possui. Ainda que hoje se possa considerar que há muito menos litigiosidade contida (na acepção de litígios que não são resolvidos pela simples ausência de meios de solução disponíveis para as partes, por desconhecimento ou inacessibilidade material), é fato que há inúmeras situações que não chegam ao Judiciário.

Nesse espectro, há diversos outros centros de soluções que podem e devem dividir atividade jurisdicional com o Estado, como, por exemplo, as igrejas, escolas, comunidades, famílias. O monopólio da jurisdição estatal não pode e não deve afastar a tomada de decisões de forma heterocompositiva por esses centros, ou com auxílio para a tomada de decisões autocompositivas, que possuem forte potencial de pacificação social.

A atividade jurisdicional privada, portanto, é perfeitamente conciliável com a jurisdição estatal, que não restará ameaçada com o reconhecimento de instâncias outras, que podem ser adequadas à pacificação de situações postas e podem, ainda, ser a única forma disponível de dirimir conflitos naquela situação.

3.2 Crise do Judiciário

⁴⁸ AZEVEDO, André Gomma. *Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos*. Brasília: Revista do CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça, n. 24, março/2004, p. 15.

Muito se fala em crise do Judiciário, apontando-se a utilização de meios consensuais de resolução de controvérsias como uma válvula de escape de um Judiciário incapaz de lidar com os conflitos que lhe são postos na atualidade.

Diz-se da morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da gestão dos processos, complicação procedimental, a falta de informação e de orientação para as partes em conflito, as deficiências do patrocínio gratuito, que não chega a todos, tudo leva à obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. Isso acaba por gerar não apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas também incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas, ou de qualquer modo inadequadas, (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias, para chegar até os "justiceiros").⁴⁹

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, um resultado final de boa qualidade produzido pelo Judiciário deveria consistir numa resposta jurisdicional com a presença de seis atributos: *justa* (equânime), *jurídica* (tecnicamente consistente e fundamentada), *tempestiva* (razoável duração do processo), *razoavelmente previsível* (o contrário da “loteria judiciária”), *idônea a assegurar a efetiva fruição do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado*.⁵⁰

A respeito de quais fatores teriam gerado a crise verificada, Celso Fernandes Campilongo aponta nova crise, dessa vez de eficácia dos poderes estatais, de forma que se exige e se espera que um dos âmbitos suplante as deficiências dos demais. Nesse sentido:

A materialização alocativa e distributiva própria da “judicialização da economia” e o decisionismo legitimatório da “judicialização da política” são exemplos disso. Traduzem falta de confiança nos mecanismos da economia e da política e excesso de confiança nos mecanismos do direito. (...) O efeito cumulativo da utilização econômica ou política do Direito é o esvaziamento da capacidade do sistema jurídico garantir direitos. Em síntese: bloqueio e paralisia do sistema jurídico.” (CAMPILONGO, p.62)⁵¹

Em estudo publicado há 20 anos, que já constatava a existência de uma “crise” no Poder Judiciário, Maria Tereza Sadek⁵² apontava que pesquisas de opinião realizadas à época

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Os fundamentos da justiça conciliativa*, in *Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional*, p. 2.

⁵⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *A resolução dos conflitos e a função jurisdicional no contemporâneo Estado de Direito*, p. 59.

⁵¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes, *Direito e Diferenciação Social*, Ed. Saraiva, p. 62.

⁵² SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogerio Bastos, *A crise do Judiciário e a visão dos juízes*, Revista USP, n° 21, mar-mai 1994.

demonstravam que a maioria da população manifestava descontentamento com o Judiciário, independente do grau de escolarização do entrevistado. Na época, em 1994, pesquisa Datafolha apontava 35% de avaliação do Judiciário como “regular”, 28% como “ruim e péssimo” e apenas 26% como “bom e ótimo”.

Já naquele momento, como se verifica hoje, diante da crise numérica e de representatividade, a resposta estatal vinha em forma de inúmeras alterações legislativas e constitucionais. O estudo realizou um mapeamento da chamada “crise do Judiciário” e concluiu que havia três áreas com problemas, o que gerava a existência de três crises diferentes.

Visualizou-se a chamada crise institucional, relacionada à Instituição Judiciário, como um poder da República e sua relação com os outros poderes. No sentido do quanto apontado por Celso Campilongo, essa crise se consubstancia na interrelação dos poderes, na “jurisdicização da política”. Essa assunção de papéis que outrora não pertenciam ao Judiciário, o coloca no centro da vida política nacional, tornando-o mais vulnerável às pressões e a toda ordem de críticas.

Também se apontou a crise estrutural, que seria o aspecto mais visível para a crise como um todo, consistindo na pesada estrutura do Judiciário e na sua falta de agilidade para resolver as questões que lhe são colocadas. Para pôr fim a esse aspecto da crise, várias modificações legislativas e constitucionais são feitas de tempos em tempos, todas sem de fato enfrentar o problema.

Apontava-se, já na época, além dos chamados fatores clássicos de crise – falta de agilidade da estrutura burocrática, deficiência no quadro de servidores, baixa qualificação dos bacharéis e número reduzido de juízes – problemas concernentes à *mentalidade* dos juízes. Para a autora, os magistrados demonstravam espírito excessivamente corporativo, pouco sensível a mudanças nos valores sociais e avesso a mecanismos de controle externo – como de fato se verificou diante da resistência quando da criação do Conselho Nacional de Justiça.

Por fim, o estudo analisou a chamada crise nos procedimentos, referindo-se à esfera legislativa propriamente dita e aos ritos processuais, englobando não somente fatores estruturais, mas também as próprias normas processuais e as dificuldades e tempo necessário para o cumprimento das etapas e garantias legais. Aqui se discutiu, como solução possível, a simplificação do processo, mas desde já críticas foram tecidas ao simplismo da fórmula encontrada – a redução de garantias que são conquistas da sociedade em nome de uma rapidez

não só seria incapaz de resolver o problema de fundo como enfraqueceria direitos fundamentais, de modo que não é uma solução válida.

Questionados a respeito das razões para a crise do Judiciário no estudo, os próprios juízes afirmaram que a maioria delas estava em aspectos externos ao Judiciário em si, como a falta de apoio material, o alto número de recursos e as medidas protelatórias adotadas pelos advogados e pelas partes.

Por outro lado, questionados sobre quais medidas agilizariam o andamento dos processos e reduziriam as crises, a maioria dos juízes opinou pela informatização, redução das formalidades processuais e implantação dos juizados de pequenas causas (em 1994). Porém, não apoiavam a utilização de iniciativas extrajudiciais, como o recurso mais frequente à conciliação e o reforço à figura do árbitro.

Tal posição pode ser atribuída à chamada “cultura da sentença”, como apregoada por Kazuo Watanabe, que é vigente desde os bancos das faculdades de direito e estabelece como única forma de resolução dos litígios a resposta adjudicada estatal.

Tem-se, portanto, que a chamada crise é reconhecida há muitos anos e para ela concorrem vários fatores, sem que se possa encontrar uma solução mágica para resolvê-la. Contudo, o que se verifica é que a ideia de acesso à justiça como vista hoje, com hiperjudicialização de demandas e acesso ao Judiciário como direito irrestrito, vinculando-se uma boa resposta estatal a uma sentença, acaba por prejudicar ainda mais a já tão deficitária prestação jurisdicional eficiente.⁵³

Para Ada Pellegrini Grinover⁵⁴, a crise da Justiça representaria a sua inacessibilidade de fato, morosidade e custo, e sua abordagem reflete a necessidade de utilização de vias conciliativas como forma de enfrentamento do problema. Trata-se de buscar a racionalização na distribuição da Justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados que buscam a autocomposição.

⁵³ Celso Fernandes Campilongo aponta inúmeros desafios a serem enfrentados pelo Judiciário para que se possa falar em resolução da crise em que se encontra há décadas. Os desafios apontados são: conferir à administração da justiça a capacidade de impor o direito aos setores imunes à força da lei (crise de representatividade); conceber burocracia judicial disposta a perceber que, pelos desequilíbrios sociais históricos, sua missão é menos de estabilização da ordem e mais de desestabilização da desordem, ou menos de garantia de direitos e mais de afirmação de direitos nunca garantidos (crise de eficácia); reformulação de critérios de imparcialidade; administrar uma “democracia contenciosa”; autocontrole das prestações do Judiciário, com clareza dos limites da intervenção do direito; a administração da emergência, proferindo decisões de fato mais céleres para conflitos que demandem uma intervenção urgente, em detrimento daqueles que podem esperar; e atentar para a eficiência econômica da prestação jurisdicional. *Op.Cit.*, p. 81/83.

⁵⁴ Os fundamentos da justiça conciliativa, p. 3.

Todavia, a autora aponta que a justiça conciliativa não deve atender apenas a reclamos de funcionalidade e eficiência do aparelho jurisdicional. Assim como a jurisdição não tem apenas escopo jurídico (o de atuação do direito objetivo), mas também escopos sociais (como a pacificação) e políticos (como a participação), assim também outros fundamentos podem ser vistos na adoção das vias consensuais, forma mais adequada para a resolução de certos tipos de controvérsias.

Deve-se, portanto, falar em adequação das formas de resolução dos litígios, não visando desafogar o Judiciário, sem preocupações com a efetividade da técnica, mas buscando a melhor forma de pacificação social ao litígio colocado.

Não se pode negar, entretanto, que os debates sobre a crise do Judiciário geraram terreno fértil para a implantação e discussão da utilização dos meios consensuais de resolução de controvérsias, como formas auxiliares de jurisdição. Ainda que pela via inadequada, já que tais meios não serão panaceia, nem responsáveis pela solução da crise, trata-se de caminho aberto para os estudos e conclusão pelos benefícios da utilização dos meios alternativos à jurisdição estatal como forma adequada de solução de certos tipos de litígio.

A crise do Judiciário, no sentido dos problemas verificados pela sua inefetividade na promoção da pacificação social com justiça, pode ser considerada um obstáculo ao que se considera hoje acesso à justiça, como visto. André Gomma de Azevedo aponta três desafios nesse momento de crise, a serem enfrentados para a viabilização de um acesso efetivo à justiça.⁵⁵

O primeiro desafio consistiria em atribuir ao ordenamento jurídico e à jurisdição o campo de atuação no sistema de resolução de disputas que lhes é devido, ou seja, não destinar às normas positivadas e ao Judiciário questões solucionáveis por outras formas, consensuais ou consentidas. Isso significa dizer que embora não se negue a possibilidade de acesso à jurisdição estatal, a crise de legitimidade e resultados pela qual passa hoje é em grande parte resultado da atribuição a ela de um papel que não lhe deve pertencer de maneira isolada. Em outras palavras, a resposta adjudicada estatal não é a única forma de produzir justiça.

O segundo desafio apontado pelo autor seria atribuir ao conceito de conflito a possibilidade de que ele seja resolvido de forma construtiva e dar-lhe o contorno de meio passível de fortalecimento das relações sociais. Por esse desafio pretende-se retirar a carga excessivamente negativa do conflito para passar-se a analisá-lo como uma decorrência natural

⁵⁵ *Op. Cit.*, p. 18/25.

da vida em sociedade, retirando da sua existência a capacidade de modificar e fortalecer as relações.

Na ideia de adjudicação judicial, com decisão heterocompositiva estatal, o único caminho possível para o conflito é a atribuição do ganhador e do perdedor diante da norma escrita e da interpretação dela pelo juiz – não há análise dos aspectos intrínsecos do conflito. Nessas circunstâncias, a parte perdedora raras vezes se conforma e tende a levar a decisão às últimas instâncias, ou até mesmo ingressar com outras e novas demandas a respeito do mesmo conflito, o que gera ainda mais lentidão no Judiciário e agrava a crise.

Por fim, o último desafio consistiria na redefinição do papel do Poder Judiciário na sociedade, como meio menos adjudicatório e mais harmonizador. Já se viu que embora hoje se garanta o acesso à justiça a conflitos e indivíduos de maneira cada vez mais ampla, em sentido diametralmente oposto cresce a insatisfação com a resposta estatal. Essa insatisfação vem em forma de recursos excessivos, novos ajuizamentos de demanda e no descumprimento sistemático das decisões judiciais (o que acaba por gerar nova crise, a da ineficácia das decisões judiciais). A partir do momento em que se admite e espera que o Judiciário atue como centro harmonizador e busque soluções adequadas ao conflito, muitas vezes construídas pelas partes de forma consensual, atribui-se a ele um múltiplo papel, de sorte que não mais haverá expectativas frustradas de resolução de conflitos que uma sentença não pode alcançar.

Dessa forma, parece inegável que a utilização dos meios conciliatórios ou consensuais de resolução de disputas, longe de serem solução ou panaceia para a crise do Judiciário, e ainda mais longe de pretenderem apenas desafogar o juiz para “assuntos mais sérios”, certamente contribuirá para a construção de uma cultura de resolução de litígios mais eficaz e próxima da esperada pacificação social, sem que se espere da jurisdição estatal mais do que ela pode oferecer.

3.2.1 Litigiosidade social e busca do Judiciário

A crise do Judiciário tem, para muitos, diversas origens, uma das quais a excessiva litigiosidade social verificada na atualidade. Diz-se que a população assumiu feições excessivamente demandistas, imediatistas, e tal posicionamento reflete-se na busca por soluções terceirizadas de seus problemas, que culminam por serem submetidos à análise do Judiciário.

Pode-se apontar que a sociedade brasileira atual passou por grandes modificações, dentre elas o maior conhecimento sobre os direitos e a facilitação do acesso à justiça. Instituições destinadas ao atendimento da população mais carente e com atribuições para educação em direitos tiveram papel relevante nessa modificação do estado de coisas, que sem dúvida é benéfica para o desenvolvimento social como um todo.

Contudo, outro aspecto da sociedade contemporânea pode dar pistas sobre a suposta litigiosidade exacerbada – o excesso de consumo, o *hiperconsumo*. Numa sociedade de hiperconsumo os cidadãos acabam por transferir para todas as esferas de sua vida as ideias geradas pelo consumo e pela publicidade de massa. A necessidade de se sentir uma “pessoa de qualidade”, vendida pela publicidade sem freios, diante da necessidade de escoamento de uma produção excessiva em números e produtos à disposição, transfere-se para todos os aspectos da vida da pessoa, que se transforma, sem perceber, em um cidadão-consumidor.

Esse cidadão-consumidor exige nada mais do que a excelência em todas as suas relações, pois lhe foi vendido que a sua satisfação deve ser sempre buscada.

O hiperconsumidor não está mais apenas ávido de bem-estar material, ele aparece como um solicitante exponencial de conforto psíquico, de harmonia interior e de desabrochamento subjetivo.

[...] Numa época em que o sofrimento é desprovido de todo sentido, em que os grandes referenciais tradicionais e históricos estão esgotados, a questão da felicidade interior “volta à tona”, tornando-se um segmento comercial, um objeto de marketing que o hiperconsumidor quer poder ter em mãos, sem esforço, imediatamente e por todos os meios.⁵⁶ (LIPOVETSKI, p.15)

Na sociedade de hiperconsumo, com o cidadão se colocando como consumidor em todos os aspectos da sua vida, a interação humana se modificou. Atualmente, até os espaços de liberdade tem se tornado atos de consumo – a ideia de liberdade deixou de ter relação com a ideia de compromisso com a sociedade e seu meio cultural. Com o hiperconsumo, o conceito de sociedade civil foi absorvido pelo mercado, com sua publicidade, e não pelo Estado, de modo que os espaços de interação e participação política já quase não mais existem fora das fronteiras do consumo.

Esse panorama, aliado ao individualismo vigente, que inclusive autoriza o avanço do mercado para áreas onde antes havia solidariedade e política, transforma as relações de forma a que os cidadãos se vejam como seres únicos, dotados de direitos que devem sempre ser

⁵⁶ LIPOVETSKI, Gilles, “A felicidade paradoxal – ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo”,., p. 15.

preservados. Com fundamento no direito à felicidade e à ausência de qualquer obrigação de renúncia, as pessoas não mais admitem nenhuma interferência em seus projetos de felicidade.

É a era da intolerância, em que não mais se suporta nenhum dissabor, tão presente e inevitável na vida em sociedade. Se o cidadão merece o melhor, se ele é especial e a publicidade e o mercado lhe dizem isso todo o tempo, ele não merece suportar nenhum dano, por menor que seja, e merece ser indenizado sempre que ele ocorrer. As relações pessoais também não devem deixá-lo insatisfeito, pois a busca é sempre pelo melhor.

Nesse caminho, é natural que aumente o número de demandas ajuizadas, embora nessa mesma medida a ideia de busca pelo melhor possa dificultar a utilização de meios consensuais de resolução de controvérsias – a tendência de quem litiga em excesso e tem pouca tolerância com o dissabor é a insistência na obtenção de uma sentença judicial, que lhe garante um ganho, um reconhecimento estatal de que tinha razão, tinha o direito.

É importante salientar que não se pode demonizar a busca pelo Judiciário ou a responsabilização de quem pratica dano contra outrem. O que se arrazoa é que o atual panorama da sociedade leva a uma queda da tolerância, de modo que situações que poderiam ser resolvidas por outras formas ou mesmo relevadas se transformam em demandas, em ações ajuizadas.

Caindo a noção de solidariedade, os indivíduos simplesmente deixam de tentar resolver seus problemas pelo diálogo. Não parece valer à pena a interação pessoal, a busca por soluções construídas, a superação de problemas. E, nessa toada, dissabores que nem sempre merecem uma resposta estatal vão se transformando em demandas, como pequenas discussões de trânsito, desentendimentos familiares, situações entre vizinhos, desarranjos comerciais. Pouco a pouco o diálogo vem sendo suprimido das relações pessoais, as pessoas já não se consideram integrantes de um todo social.

A solidariedade é a contrapartida das relações pessoais fundadas na alteridade. Nela o sujeito reconhece o outro na sua diferença e originalidade, abrindo-se a possibilidade para a experiência da diferença. O outro, com sua diferença radical, pode ser percebido tanto como uma ameaça permanente ao sistema de referência autocentrado do sujeito, como pode ser sentido como uma ponte para o novo. No primeiro caso, resta apenas espaço para pequenos pactos centrados na possibilidade de extração do gozo no outro, a partir da pretensão de ser melhor do que o outro, ou de funcionar como predador do outro. Esse é o espaço de tensão ideal para a explosão da violência e do racismo, em suma, da eliminação do outro, visto como obstáculo à concretização do desejo do sujeito.⁵⁷(DUPAS, p.21)

⁵⁷ DUPAS, Gilberto, *Tensões contemporâneas entre o público e o privado*, p. 21.

Os números de ajuizamento de demandas demonstram essa queda na tolerância verificada nas relações sociais. Embora, sem dúvida, por um lado tal aumento demonstra que as pessoas têm obtido acesso ao Judiciário, por vezes imprescindível para a obtenção de direitos ou tutela de relações, assim como o aumento da população nos grandes centros, também reflete uma queda na utilização de outras formas de resolução de conflito e no diálogo ou superação dos litígios sociais.

Em 2010, dados do Conselho Nacional de Justiça davam conta de que o Brasil possuía 86,6 milhões de processos judiciais em tramitação. Daquele total, 25,5 milhões chegaram à Justiça só no ano de 2009. A Justiça Estadual, que trabalha com conflitos ordinários, surgidos do dia-a-dia, é a mais demandada, com 18,7 milhões de casos novos só em 2009, o que corresponde a 74% do total dos novos processos que foram ajuizados no país⁵⁸.

O Relatório Justiça em Números de 2013, por sua vez, revela que o número de processos em trâmite no Judiciário brasileiro cresceu 10,6% nos últimos quatro anos e chegou a 92,2 milhões de ações em tramitação em 2012. O aumento no volume de processos ocorreu apesar da melhoria da produtividade de magistrados e servidores e resultou, principalmente, do aumento de 8,4% no número de casos novos em 2012 e de 14,8% no quadriênio.

De acordo com a pesquisa, o estoque de casos pendentes de julgamento no início de 2012 era de 64 milhões de processos. Somados aos 28,2 milhões de casos que ingressaram ao longo do ano, chegou-se ao total de 92,2 milhões de processos em tramitação em 2012, número 4,3% maior que o do ano anterior.

O último relatório aponta que os esforços efetuados no âmbito dos tribunais para agilizar a prolação de sentenças tem produzido resultado. Contudo, o crescimento de casos novos desde 2009 (14,8%) é superior ao de processos baixados (10%) e de sentenças (4,7%) no período. Com isso, o estoque de casos pendentes vem crescendo ano a ano (aumento de 2,6% em 2012 e de 8,9% no quadriênio).⁵⁹ Logo se pode ver que a conta não fecha, não havendo esforços que possam ser suficientes para fazer frente ao número sempre crescente de demandas ajuizadas.⁶⁰

⁵⁸ <http://www.cnj.jus.br/relatorio_interativo/mapa/estadual/tjsp.htm>, acesso em 28/07/2014.

⁵⁹ Dados obtidos em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sumario_exec_jn2013.pdf>, acesso em 28/07/2014.

⁶⁰ Em 2007, quando da apresentação de relatório do Banco Mundial, durante o seminário “Perspectivas para a Justiça Brasileira” no Supremo Tribunal Federal, o pesquisador e analista do Bird, Carlos Gregório, apontou que a principal causa da alta carga de trabalho da magistratura é a quantidade, considerada exagerada, de processos em trâmite. “Existe um excesso de processos. A sociedade brasileira está encaminhando muitos conflitos que não precisariam ser necessariamente resolvidos pelo Judiciário. Levar todos os conflitos à Justiça é algo perigoso. O

As medidas utilizadas para o excesso de casos em julgamento nos tribunais falham por não considerar as causas dessa litigiosidade.

A litigiosidade exacerbada é um fenômeno que deve ser compreendido desde suas origens, para que seja adequadamente enfrentado. Um fenômeno que não tem causa recente, mas múltiplas causas remotas que, inclusive, por novas formas, se renovam nos tempos que correm. Um fenômeno que nasce no seio da sociedade e na construção das relações de poder ao longo da história política das nações, que acaba se afirmando como experiência assentada culturalmente em determinado momento. Logo, um fenômeno que simplesmente não pode ser tratado de forma reducionista, como um problema estrito do Judiciário. A litigiosidade expandida é um problema da sociedade, com intrincados laços políticos, sociológicos, históricos e raízes para bem além do jurídico; não é, portanto, um problema do “Judiciário”, nem debate de natureza estritamente jurídica, que possa ser resolvido por panaceias normativas ou medidas unilaterais e arbitrárias do Estado, tendentes a simplesmente acelerar a prestação jurisdicional – a ponto de quicá anulá-la em sua essência e finalidade, nos termos do que identificado adiante – e justificar o Judiciário perante a corrente e crescente demanda (inclusive midiática) por soluções urgentes.⁶¹

Deve-se diferenciar litigiosidade de conflituosidade, sendo que esta última é natural de qualquer sociedade e inerente às pluralidades democráticas. A expressão “explosão de litigiosidade” como um reflexo dos números, vem sendo cunhada por diversos estudiosos do tema, dentre eles já Mauro Cappelletti e Boaventura de Sousa Santos. Boaventura, em seus estudos, aponta como origens da crise hoje verificada fatos ocorridos há muitos anos, com início no que ele chama de *Estado Providência*, tendo continuado e progredido no período seguinte, que ele denomina de *crise do Estado Providência*.⁶²

O autor aponta que no período do Estado Liberal (compreendido do século XIX até o final da I Guerra Mundial), algumas características estavam presentes com relação à presença do Judiciário na cena social e política. Dentre esses fatores o autor aponta a predominância do Poder Legislativo na separação dos poderes; uma neutralização política do Poder Judiciário por conta da aplicação irrestrita do princípio da legalidade, o que o levava a ser somente reativo – prestava-se a garantir que o monopólio da violência estatal era exercido legitimamente; os litígios tinham características totalmente individualizadas e assim eram as

judiciário deveria atender a apenas uma parte da demanda social”, avalia o especialista, que apontou questões trabalhistas como exemplo de entraves possíveis de ser solucionados fora da esfera judicial. Publicada em 06/12/2007, em <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI2130965-EI306,00-Bird+juizes+brasileiros+tem+sobrecarga+de+trabalho.html>>, acesso em 29/07/2014.

⁶¹ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades, BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição: da litigiosidade à mediação. In: Revista Direitos Culturais. V.3.. n.5. Dez. p. 112-113, acesso via <<http://www.costituzionalismo.it/articoli/323/>> em 28/07/2014.

⁶² SANTOS, Boaventura de Souza; SOARES Maria Manuel Leitão e PEDROSO, João, “*Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*”, Revista Brasileira de Ciências Sociais, nº 30, ANPOCS - Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, disponível em <<http://www.anpocs.org.br>>, acesso em 28/07/2014.

respostas para eles, priorizando a segurança jurídica que era vista somente como a igualdade formal, generalidade e universalidade da lei.

Esse conjunto de características determinava que o Poder Judiciário, por esse longo período, tivesse um peso político diminuído em relação aos demais poderes, permanecendo à margem das grandes disputas políticas, inclusive sobre justiça (tudo sendo decidido e aplicado pelo Legislativo, cabendo aos tribunais a legalidade estrita).

A seguir, Boaventura afirma que se deu o período do Estado Providência, a partir do final do século XIX, se consolidando após a II Guerra Mundial, no qual alguns referenciais sobre a prestação jurisdicional foram modificados. O autor aponta como pontos principais dessa mudança o colapso da separação dos poderes, com predominância do Executivo; as sucessivas explosões legislativas (que geram a consequente “*sobrejuridificação da realidade social*”), criando um caos normativo que dificulta a vigência do princípio da legalidade estrita até então vigente.

Nesse período, ainda, deu-se uma profunda modificação na compreensão do papel do Estado, de modo que a liberdade deixa de ser compreendida apenas como um vínculo negativo perante o Estado para passar a ser vista como um vínculo *positivo*, que somente pode ser concretizada mediante prestações estatais, atos a serem praticados para os indivíduos.

Com a hiperlegislação e a ideia do Estado prestacional, surge então uma *proliferação de direitos* que leva, de maneira inexorável, ao que Boaventura chamou de “explosão de litigiosidade”.

Além disso, essa juridificação do bem-estar social, que atribui ao Estado a obrigação de garantir o mínimo aos cidadãos, bem como a criação de inúmeras regras de garantia, abriu caminho a novos campos de possível litigância, seja nas relações de trabalho, civis, administrativas, de modo que se deu um aumento exponencial da procura do Judiciário. Como consequência desse aumento de demanda, o Judiciário viu-se incapaz de dar vazão de forma eficaz e em tempo razoável a todos os litígios que lhes eram postos.

Já a partir da década de 1970, Boaventura menciona a chamada crise do Estado Providência, com a constatação absoluta de incapacidade financeira do Estado para atender a todas as prestações que lhes eram confiadas; a criação de enormes estruturas burocráticas estatais e a globalização da economia. Tais fatores geraram ainda um incremento na litigiosidade, com os cidadãos buscando, perante o Judiciário, garantias que lhes foram prometidas, mas estavam sendo sistematicamente negadas na prática. Além disso, aponta-se

que a sobrejuridificação das práticas sociais, que vinha do período anterior, continuou a ocorrer.

Assim, não se pode atribuir exclusivamente à cultura demandista e consumerista das partes o acesso ao judiciário de forma excessiva, senão também pelas falhas sistemáticas dos poderes e instituições do Estado em garantir a observância dos direitos fundamentais garantidos aos cidadãos.

Dessa forma, tem-se que a litigiosidade exacerbada seria um efeito da jurisdicização da vida, mas que não teria relação somente com a mudança de postura individualista dos cidadãos, mas também pela assunção de uma visão direcionada ao conflito, tido como única forma de reivindicação de direitos, de modo que o Judiciário passa a ser o palco da resolução de grande parte das disputas políticas do cidadão. Ciente da possibilidade de acesso à justiça e acreditando ser o acesso ao Judiciário a única forma de obtê-la, o cidadão ingressa em juízo para tentar obter os bens da vida que lhe foram negligenciados.

Rodolfo de Camargo Mancuso opina sobre as causas do excesso de demanda estatal: a desinformação a respeito da existência de outros meios de auto e heterocomposição de litígios, o que gera a *cultura da sentença* (expressão cunhada por Kazuo Watanabe); a exacerbada judicialização da vida em sociedade, com pródiga posituação de novos direitos e garantias, numa hiperlegislação prestacional – o que projeta no interno da coletividade uma perspectiva, obviamente utópica, de pronto atendimento a todo interesse contrariado ou insatisfeito; uma leitura ufanista e irrealista da garantia de acesso à justiça; e o crescimento desmensurado da estrutura do Poder Judiciário.⁶³

Aponta, ainda, a ideia deturpada de que acesso ao Judiciário é manifestação da cidadania, desprezando-se o caráter necessariamente subsidiário da justiça estatal⁶⁴. O cidadão, ante a todo e qualquer interesse contrariado e antes mesmo de esgotados ou sequer experimentados outros meios de composição, busca a solução adjudicada pelo Judiciário, o que acaba por sobrecarregar o sistema.

Verifica-se, outrossim, que a cultura jurídica de um povo, em muitas maneiras, determina o uso que se fará do Poder Judiciário e a frequência com que se o buscará. Menciona-se o Japão, por exemplo, como país no qual a melhor manifestação de cidadania

⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo., *Acesso à Justiça*, p. 53/54.

⁶⁴ E o vocábulo “*de minimis non curat praetor*”

consiste em justamente não precisar do recurso ao Judiciário, somente recorrendo-se a ele em casos extremos.⁶⁵

Embora a existência de todos esses fatores leve a uma inevitável *cultura de sentença*, que gera a necessidade de cada vez mais inchaço nas estruturas do Judiciário (o que, por sua vez, retroalimenta a demanda), alguns estudos tentam demonstrar que a litigiosidade social excessiva que costuma ser apontada é uma falácia. O principal estudo sobre o tema, publicado em 1984 por Marc Galanter, traçava um panorama da sociedade americana na época, em que já se falavam em explosão de litigiosidade. O autor conclui, em seu estudo, que a litigiosidade excessiva se constituía numa “*lenda urbana*”.⁶⁶

O autor afirma que, na década de 60, pesquisadores americanos notaram que havia uma queda em geral de ajuizamento de demandas e que, na época, a redução do número de ações ajuizadas não foi vista como algo digno de aplausos, mas sim com preocupação, pois se entendeu que se o sistema jurídico não estava sendo utilizado pela população é porque não estava havendo confiança da sociedade no Judiciário, como um modo de solução de controvérsias útil e eficaz. Duas décadas depois, já se discutia o aumento considerado excessivo do número de demandas ajuizadas, o que para ele consistia num contrassenso.

Para a verificação da real existência de uma litigiosidade excessiva, o autor se utilizou do conceito de “pirâmide de disputas”⁶⁷ – a litigância estaria concentrada no ápice da pirâmide, nas disputas que efetivamente chegam ao Judiciário. As disputas, de maneira geral, nasceriam de conflitos verificados entre os cidadãos, e envolveriam fatores como a percepção das partes sobre esses conflitos, a existência de direito a ser preservado, a identificação do responsável e dos meios de buscar uma reparação pelo dano sofrido e até mesmo a percepção da conduta como danosa. Dessa forma, as disputas que chegam às cortes poderiam ser vistas como as sobreviventes de um longo e exaustivo processo, passando por todos os fatores incidentes.

Segundo Marc Galanter, nas pesquisas que embasaram seu estudo, mesmo nas situações em que a pessoa percebia o dano e sabia o caminho para indenizá-lo, uma resposta comum a ele era a resignação, a renúncia quanto ao prejuízo sofrido – ao contrário do senso comum. Um estudo demonstrara que mais de ¼ dos danos de média monta (US\$ 1.000 ou

⁶⁵ Citado por MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Acesso à Justiça*, p. 57.

⁶⁶ GALANTER, Marc; *Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (and Think We Know) about Our Allegedly Contentious and Litigious Society*; 31 UCLA L. Rev. 4 (1983-1984).

⁶⁷ Conceito também já utilizado por Boaventura de Souza Santos, in “*Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*”.

mais) não se transformavam em reclamações, ou seja, a parte sequer procurava o autor do dano para receber compensação por ele. Esse comportamento não era somente observado nas pessoas que não tinham informações sobre seus direitos, mas também por pessoas que, conscientemente, decidiam que o ganho provável era muito pequeno ou o custo era muito alto (não somente em recursos financeiros) para reclamar.

O estudo verificara, ainda, que a maior parte dos demandantes habituais e o maior número de demandas absolutas não era dos cidadãos em si, mas sim das grandes corporações e entes públicos.

Mais ainda, Marc Galanter apontou que das disputas que se transformavam em processo judicial, já na época, a sua imensa maioria terminava em abandono, desistência ou acordo, sem a prolação de uma sentença judicial. Além disso, dos casos que terminavam com uma sentença de mérito, uma grande parte não envolvia resistência pela outra parte, que não contestava o pedido - mais de 30% dos processos judiciais nos EUA não eram formalmente contestados na época do escrito.

Na opinião do autor, até mesmo os países com menores índices de ações judiciais, como o Japão, em grande parte alcançavam esse número não porque teriam uma sociedade com menor litigiosidade, mas porque utilizariam fortemente meios consensuais de resolução de conflitos, como a conciliação, em oposição à sentença judicial. No Japão, prossegue, é muito difícil obter-se uma sentença judicial porque, mesmo nos casos em que há ajuizamento de ações, em várias oportunidades oferece-se a possibilidade de acordo, muitas vezes de forma exaustiva. O acesso à justiça (ao Judiciário), em sua visão, seria dificultado, com um número limitado de cortes e juízes, o que não significa que não existiriam litígios brotando na sociedade, mas sim que estes não encontrariam um caminho viável para receberem a adequada solução.

O autor afirma, por fim, que de fato houve um incremento na quantidade de ações ajuizadas, mas o aumento não poderia ser considerado uma explosão, algo que fosse indício de uma mudança profunda na sociedade. As expressões “explosão de litígios” ou “sociedade litigiosa”, para ele, não são fatos objetivos, mas constatações baseadas na percepção do observador, por meio de indícios analisados isoladamente. A maior procura pelo Judiciário significa, sim, que as instituições que costumavam atuar como centros de tomadas de decisão estão perdendo seu papel – escolas, igreja, família e vizinhança. O autor, então, acredita que o aumento de litigiosidade, longe de se constituir numa explosão, é resultado de uma adaptação

da sociedade a uma série de mudanças nas condições dos conflitos – uma delas, por exemplo, foi a mudança da forma de produzir danos da sociedade, por meio de novas substâncias e maquinários, novas formas de produção, bem como a disseminação da possibilidade de ingresso com demandas, educação em direitos, e aumento da quantidade de advogados ou formas de acesso à população carente, como as Defensorias Públicas.

Dessa forma, o autor acaba por concluir que não há nenhum elemento concreto a apontar que a litigiosidade tenha explodido naquele período nos Estados Unidos, em números e ocorrências semelhantes ao que se verifica nas últimas décadas no Brasil.

Contudo, embora se possa concordar com alguns dos pontos trazidos no estudo, parece inegável que o aumento de números de litígios e de demandas verificadas na atuação prática vem se dando de maneira vertiginosa. Embora tal movimento aparente ser incessante, já que as instâncias de acesso ao Judiciário não irão simplesmente regredir e a sociedade não muda sua cultura jurídica de uma hora para outra, o Judiciário é incapaz de absorver toda essa demanda e proferir decisões que pacifiquem e entreguem o bem jurídico de maneira eficaz e em tempo razoável.

Nessa medida, é o momento de se implantarem os mecanismos necessários a um sistema de resolução de disputas que envolva os meios adequados para cada demanda, admitindo-se o ingresso no Judiciário quando a situação se referir a disputas em que a sentença seja a única solução viável ou a melhor para o caso concreto e, ainda, a utilização dos meios consensuais quando for possível e recomendável, empoderando-se as partes para uma tomada de decisão que não envolva a manifestação estatal sobre quem possui razão.

3.3 Acesso à justiça efetiva – formas consensuais

Na esteira do quanto se desenvolveu nos itens anteriores, quer se fale em “crise do Judiciário”, em “explosão de litigiosidade” ou “litigiosidade exacerbada”, quer se estudem os motivos para um ou para outro, vê-se que o Judiciário tem sido procurado para proferir decisões que solucionem problemas que ele nem sempre é capaz de resolver.

Não é desconhecida a atual “síndrome de inefetividade das decisões judiciais”, pela qual um número cada vez maior de decisões judiciais são simplesmente descumpridas, quer pelos indivíduos, quer pelo Estado. Já parece ser exceção o processo que, dependente de uma prestação da parte para fazer cumprir o teor da sua sentença, não necessite de uma fase

executiva para este intento. Admite-se a necessidade quase imperiosa de execução do julgado, como se fora uma fase imprescindível do processo, como se não fosse possível que a parte vencida pudesse dar cumprimento ao quanto determinado, de forma voluntária.

Assim, tem-se o quadro ideal para discussões a respeito da forma adequada de resolução de cada conflito.

A ideia de justiça consensual, conciliatória ou também chamada de coexistencial teve seu desenvolvimento no país atrelado aos estudos de Mauro Cappelletti⁶⁸. Meios consensuais de resolução de conflitos, também chamados de “alternativos” no Brasil⁶⁹, dizem respeito às formas de resolução de controvérsias que não envolvam uma decisão proferida por um órgão estatal, mas sim tomada pelas partes em consenso.

Carlos Alberto de Salles aponta que a utilização das formas consensuais não atua como substituto à jurisdição, já que não resolve os conflitos da mesma maneira que uma resposta adjudicada. Seriam, portanto, mecanismos auxiliares ao processo judicial, quando as partes resolvem sua disputa no interior de um processo antes da sentença, ou antecedentes, quando sequer há o ajuizamento de qualquer demanda e há composição entre as partes do conflito.⁷⁰

Sabe-se que o processo judicial clássico se desenvolve num modelo contencioso, de disputa, caracterizado pela oposição dos interesses dos indivíduos em litígio, sendo um terceiro encarregado de declarar quem tem o direito e tal decisão se impõe sobre as partes. Esse modelo acirra as disputas, pois elas são a base do desenrolar processual: a parte coloca sua questão em litígio, a outra parte se defende com todas as suas armas, provas são produzidas num e noutro sentido e, ao final, é proferida uma decisão sobre quem tem razão a respeito do objeto do processo. De tal sentença somente um pode ganhar e o outro perder, de

⁶⁸ “Devemos estar conscientes de nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente”, *Op. Cit.*, p. 81.

⁶⁹ Com referência à alternatividade em relação à jurisdição estatal, e não a suposta falta de seriedade de tais meios. Como já se introduziu, inúmeras são as críticas tecidas em relação à utilização de tal terminologia. Paula Costa e Silva, por exemplo, aduz que “...a única relação que, num Estado de Direito, pode legitimamente existir é uma relação de adequação. A mediação e a conciliação serão modos legítimos de resolução de conflitos se forem os modos adequados de resolução desses conflitos”. (*A nova face da justiça*, p. 35). A autora afirma que os métodos não são alternativos entre si, porque a alternatividade se consubstanciaria na substitutividade de uma forma por outra, o que acredita não corresponder com a verdade. Em sua visão, os métodos não são bons em si, mas bons com referência a um sistema que dá a resposta adequada a cada conflito. A adequação, então, ao contrário da alternatividade, não supõe sequer a livre escolha das partes, já que cada método deve ser utilizado para cada tipo de conflito, de modo que deve haver integração entre os diversos meios.

⁷⁰ SALLES, Carlos Alberto de., *Op. Cit.*, p. 790.

modo que ao inconformado resta o recurso aos meios de oposição ao decidido, e o processo se desenrola até o seu final de maneira extremamente opositiva.

As partes são apontadas como inimigas, necessariamente com pontos de vista opostos, o que transmite a impressão de que é necessário armar-se para a guerra, ainda que essa não seja a intenção primordial das partes⁷¹. A forma como um litígio é colocado num processo judicial afeta inclusive a conduta da parte no que diz respeito ao conflito em si e com o outro, podendo prejudicar relações consolidadas, diante da dureza de um processo judicial.

A solução adjudicada põe fim ao conflito processual no sistema “ganha-perde”, de modo que as disputas subjacentes à questão posta em juízo, se existentes, são solenemente ignoradas pelo juiz que proferirá a decisão. A intenção da sentença judicial não é, portanto, a resolução dos conflitos entre as partes de maneira ampla, mas apenas uma intervenção pontual no conflito posto.

Por conta disso, todo equivalente jurisdicional ou meio alternativo capaz de tornar dispensável a ação judicial ou de antecipar o desfecho daquela já em curso deve ser prestigiado, dentro de uma ótica finalística e instrumental, em se considerando os custos, ônus e incertezas inerentes a todo processo judicial. Trata-se de dar espaço à resolução das controvérsias fora e além do aparato judiciário estatal, seja por deliberação dos próprios interessados, seja por indução de um agente facilitador (conciliador, mediador), numa modalidade de justiça mais centrada no sentido do equânime do que no estritamente jurídico (nesse sentido de rígida “adstrição da norma de regência aos fatos”), com isso prevalecendo os ideais da “composição justa dos conflitos” e da “pacificação das partes” sobre o fetiche obsessivo da decisão de mérito.⁷² (MANCUSO, p.211).

Dessa forma, é perfeitamente possível que, depois de um penoso processo judicial que pode levar anos para chegar a uma decisão definitiva, as partes ainda tenham entre si o que se chama de “litigiosidade remanescente”, ou seja, a persistência de certa controvérsia porque o processo foi incapaz de tratar adequadamente os conflitos subjacentes à questão colocada em juízo. Assim, a prestação jurisdicional tradicional resolve apenas parcialmente o conflito, já que existe uma limitação natural decorrente da judicialização, sem possibilidade, via de regra, de pacificação do conflito verídico pelo magistrado. A decisão judicial possui limitações do próprio sistema, já que não pode e não deve, no mais das vezes, enveredar-se na relação das partes, para além do objeto do litígio posto (vedação da decisão “*extra petita*”, como regra geral).

Os meios consensuais buscam, então:

⁷¹ SALES, Lília Maia de Moraes, *Mediare – um guia prático para mediadores*, p. 31.

⁷² MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *A resolução dos conflitos e a função judicial...*, p. 211.

[...] uma prospecção, compondo e prevenindo situações de rupturas, além de investigar a tipologia do conflito, na tentativa de delinear o conflito verídico. A coexistência é enfatizada como elemento valorativo importante nesses meios, favorecendo a mudança de estratégia das partes.⁷³(SILVA, p.127).

No atual panorama das formas de resolução dos litígios cabe fazer a seguinte pergunta: o Poder Judiciário deve mesmo ser a primeira porta para a resolução dos conflitos ou sua atuação deve ser considerada residual, caso não haja possibilidade de encaminhamento eficiente por outra via? Atualmente, pode-se dizer que a resposta somente pode ser pelo caminho da via residual.

O próprio sistema processual já ordena que somente se ajuíze uma demanda caso haja interesse de agir, ou seja, caso a parte demandante demonstre a necessidade e a utilidade da prestação jurisdicional estatal. Ora, quer nos parecer que, sendo cabível e recomendável a tentativa de composição de maneira prévia, não haveria, em tese, necessidade ou utilidade do provimento jurisdicional estatal.

De outra parte, afirma Fernanda Tartuce que:

[...] quando se instala a controvérsia, a aplicação do direito não é uma competência exclusiva de um grupo humano ou setor da sociedade, mas corresponde a uma atribuição que compete, diariamente, a todas as pessoas. O cumprimento espontâneo das normas é desejado e estimulado pelo ordenamento jurídico, que para isso disponibiliza uma série de órgãos e operadores para auxiliar a promover a realização do que é devido. Se não ocorrer o cumprimento espontâneo dos direitos reconhecidos na lei, aí sim o sistema jurídico deve operar, fornecendo mecanismos aptos a compor a controvérsia e restaurar o equilíbrio social.⁷⁴(TARTUCE, p.150-151).

Assim, a sentença judicial seria realmente a *ultima ratio*.

Ademais, a decisão adjudicada estatal não leva em consideração eventual expectativa das partes em relação ao processo, tampouco a continuidade da relação subjacente ao conflito, de modo que, por pontual, no mais das vezes pode se tornar absolutamente ineficaz para a almejada pacificação social.

Interessante passagem mencionada por Roberto Bacellar Portugal bem ilustra essa distância entre as expectativas das partes em relação ao processo e a realidade fática:

Recebi a intimação de que meu processo teria audiência de conciliação, instrução e julgamento. Pensei: finalmente meu caso vai ser julgado; como ainda tinha um ano e meio até o dia designado, me preparei muito para falar com o juiz.

⁷³ SILVA, Érica Barbosa e, *Op. Cit.*, p. 127.

⁷⁴ TARTUCE, Fernanda, *Op.Cit.*, p. 150/151, passagem embasada nos ensinamentos de Luis Octavio Vado Grajales, *Medios alternativos de resolución de conflictos*. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/19.pdf>>, acesso em 03/08/2014.

Dias antes da audiência não pude nem dormir e minha cabeça rememorava cada uma das melhores formas que eu já tinha planejado para contar o caso para o juiz. No dia, já pulei da cama bem cedinho revisei tudo, fiz anotações e uma hora antes já estava no Fórum esperando meu advogado. Meu coração estava agitado e esperar com calma era difícil no ambiente do fórum que estava uma correria.

Uma coisa eu estranhei: demorou tanto para chegar o dia do julgamento e lá no fórum parecia que todo mundo estava com pressa. A audiência estava marcada para 14h, já era mais de 15h e ninguém falava nada; meu advogado confirmou que o caso ia ser julgado, mas ia atrasar mais um pouco.

Começou com quase duas horas de atraso e o juiz estava com muita pressa: ele entrou na sala, nem se apresentou e já foi falando sobre o caso. Também percebi que ele estava com pressa porque quando eu comecei a contar o ocorrido ele enfiou a cabeça dentro daquele monte de papel do processo e ficou virando as páginas para frente e para trás. Parei de falar por um instante e ele disse: ‘pode falar que eu estou ouvindo!’. Comecei novamente a falar sobre o que eu queria e ele disse que era para eu chegar logo no ponto; continuei um pouco inseguro e ele esclareceu que eu estava falando sobre coisas que não eram ‘objeto da lide’. Não entendi muito bem, mas avancei falando e definitivamente fui interrompido porque o ponto que eu deveria falar era aquele do processo: era para falar do valor que o advogado pediu; quando eu comecei a falar do dinheiro ele começou a ler ‘de novo’ o caso; capotou o processo para um lado e para o outro sem prestar atenção no que eu estava falando. Percebi que ele realmente estava com pressa e não ia me ouvir. Parei de falar.

Eu havia me preparado muito e tinha todo o tempo do mundo para contar o caso e buscar uma solução. No fundo eu até entendi que para o juiz eu era só mais um número. Para mim, resolver o caso com meu vizinho era realmente muito importante.

Lembro que teve uma hora na audiência que começamos a conversar – meu vizinho (a outra parte) e eu – e parecia que as coisas iam se encaminhar, já tínhamos algumas possibilidades de acordo e quase chegamos lá. Mas o juiz disse que infelizmente não teria mais tempo para conversa e tinha de começar a instrução. Eu argumentei que a conversa estava boa e poderia nos levar a uma conciliação. Ainda assim o caso foi instruído – como eles dizem.

Ouviram testemunhas, minha fala não foi registrada porque quando eu tentei falar novamente disseram que os advogados não tinham pedido depoimento. Meio difícil de entender: eu estava ali e poderia esclarecer algumas coisas para ajudar a resolver a questão. Saiu a decisão na hora. Condenaram o vizinho a me pagar 7 mil. Eu tentei falar com o juiz sobre a sentença e ele disse que agora só podia mudar alguma coisa se eu recorresse. Eu ia dizer apenas que eu sei que ele não tem como pagar e por isso queria muito contar para o juiz que não era bem isso que eu queria, eu queria era resolver o caso mesmo.

Fazer o quê? Tinha muita vontade de voltar o caso e aproveitar aquele momento e continuar conversando até achar uma solução. Agora a coisa ficou pior e o relacionamento está péssimo.

Eu tinha todo o tempo do mundo, mas depois de tantos anos de espera, o juiz estava com muita pressa de julgar rápido o processo naquele dia. Foi o que ele fez e até entendo: são tantos os outros casos, não é?⁷⁵(PORTUGAL, 2012, p.128-129).

⁷⁵ PORTUGAL, Roberto Bacellar, *A pressa da justiça morosa*, Revista da Escola Nacional de Magistratura, Ano VII, Nov/2012, p. 128/129.

É preciso que se tenha cuidado, contudo, para que a utilização dos meios consensuais não se torne uma panaceia para todos os males do Judiciário e se traduza no outro extremo, com sua utilização de maneira inadvertida e irrefletida, com a coação à celebração de acordos a qualquer custo, inclusive como forma de desafogar a justiça estatal. Nessa circunstância as formas consensuais deixam de ser adequadas e passam a se constituir em injustiça e motivo para novos conflitos e novas demandas entre as partes.

O consenso, quando não é refletido e não leva em consideração as possíveis desigualdades das partes, atentando para que suas reais necessidades sejam satisfeitas, leva à deslegitimação dos meios consensuais como um todo – chama-se tal conduta de “pseudo-autocomposição”.⁷⁶

Incentivo à prolação de acordo, com manifestação do juiz ou intervenção de conciliadores no bojo dos processos judiciais, com explicações sobre suas consequências e pontos positivos, não é o mesmo que coação velada ao fim do processo pela via do acordo, como a ameaça de prognósticos negativos pelo magistrado em caso de prosseguimento da demanda. Um acordo não obtido na intenção conciliatória não legitima a parte e não é melhor do que uma sentença impositiva, já que falha por considerar as necessidades das partes e sua posição no processo, buscando apenas a obtenção de um fim rápido ao procedimento.

Assim, os números vazios de conciliações ou acordos obtidos posteriormente às mediações no bojo de processos judiciais, por si sós, não podem ser considerados para avaliar uma política bem-sucedida de utilização dos meios autocompositivos ou consensuais. É preciso que se verifique se as partes saíram satisfeitas depois da composição e, ainda, se não há demandas decorrentes de possível descontentamento com o acordo entabulado, o que acaba por anular todo o esforço engendrado para o término célere do processo.

Por outro lado, o consenso obtido por iniciativa das partes, ou com o auxílio de terceiro capacitado, fruto de reflexão, e trabalhado nas suas consequências jurídicas e extrajurídicas, é capaz de pacificar o conflito com justiça e evitar novas lides sucessivas. Ademais, o caminho aberto pela possibilidade de diálogo não se fecha, de modo que as mesmas partes, em novos litígios, estarão mais dispostas a dialogar para resolver seus empasses, já sem a tendência de judicializar qualquer questão pendente.

Nesse ponto, tem-se que o excesso de oferta de jurisdição estatal, a par de não dar fim à demanda existente, também acaba por retroalimentar esta demanda, uma vez que a oferta faz chegar aos tribunais litígios que ficavam fora do sistema (e poderiam ser resolvidos

⁷⁶ TARTUCE, Fernanda, *Op.Cit.*, p. 113.

por outras instâncias de resolução). Como exemplo, cite-se a oferta de Juizados Especiais, que dão visibilidade às pequenas demandas (muitas delas, pelo próprio diminuto valor e gravidade, que poderiam ser resolvidas por formas alternativas à jurisdição) e geram aumento de volume dos feitos propostos.

Pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP), a Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) e Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), a serviço do Conselho Nacional de Justiça, em 2013, apontou um panorama sobre as demandas repetitivas e a morosidade da justiça cível brasileira. Cada ente se encarregou de um nicho de análise, sendo que a pesquisa da FGV preparou diagnóstico sobre as causas externas e internas que impactam o aumento da litigiosidade no Brasil.

“O estudo identificou as demandas judiciais repetitivas mais comuns e optou-se pelos assuntos “Desapossamento” e “Contratos bancários” como objeto de investigação. Concluiu-se que existem no Brasil vários canais de incentivo à judicialização dos conflitos, tais como o próprio setor público, a advocacia e a mídia. O setor público, ao criar ou violar direitos já existentes, contribui frequentemente para a geração de “zonas cinzentas” de regulamentação, que favorecem o surgimento de demandas judiciais.

A advocacia, na busca de novos nichos de atuação que favoreçam o ingresso de novos clientes, fomenta a reprodução da litigiosidade por meio da criação de novas teses jurídicas. Já a mídia, ao conscientizar as pessoas sobre seus direitos e sobre a forma como devem buscar a sua concretização, muitas vezes aborda questões jurídicas de forma equivocada, incentivando o ingresso em juízo de pretensões descabidas ou que atravancam o funcionamento da máquina judiciária. A pesquisa também chamou atenção para o contexto socioeconômico dos últimos anos, em que a classe média (classe C) passou de 62 milhões de consumidores para 92 milhões (entre 2005 e 2010). As conclusões gerais apontam o crescente aumento de litigiosidade relacionado à regulação administrativa e legislativa, a qual cria ou restringe o exercício de direitos (zonas cinzentas regulatórias). Do ponto de vista interno, as causas estariam relacionadas aos impactos da judicialização dos conflitos, vinculados ao gerenciamento do volume de processos, à falta de uniformização das decisões, à gestão de recursos humanos, à organização judiciária e à conduta das partes”⁷⁷.

O que se tem, em verdade, é uma sociedade voltada para a cultura do processo e ainda muito refratária à adoção de formas consensuais, que aparentemente deslegitimam a decisão tomada. Ainda hoje no Brasil, a utilização dos meios compositivos consensuais não

⁷⁷<<http://gestaoestrategica.trt10.jus.br/portal/images/stories/diest/resumo%20pesquisas%20morosidade.pdf>>, acesso em 31/07/2014.

tem sido uma opção voluntária das partes em litígio, senão resultante de interferência de instituições, como as Defensorias Públicas, ou iniciativa do próprio Judiciário, quando estimula a composição nas diversas fases processuais.

Lia Regina Castaldi Sampaio e Adolfo Braga Neto indicam que:

Em todos os países de língua latina é notória a existência do paradigma de que a justiça ou acesso à justiça é sinônimo de recorrer ao Poder Judiciário para que este delibere sobre as questões. Tal fato leva à ilusão de que o sistema judicial atende a todos os direitos, interesses e necessidades dos cidadãos. Com isso, fica de lado a possibilidade de alcançarem seus objetivos pelo emprego de outros instrumentos mais pacíficos, cuja característica básica é a negociação. A falta de tradição nesses países (...) leva a compreensões equivocadas do que são os institutos da mediação e da conciliação⁷⁸. (SAMPAIO; BRAGA, p. 17).

Na prática diária como operador do Direito, principalmente no âmbito da Defensoria Pública, vê-se que dentre os indivíduos carentes de recursos a opção ao Judiciário, por inúmeras razões, é a única possível. Os motivos vão desde a sistemática negação de direitos e desrespeito pelo Estado, o que gera a expectativa do “um dia na corte” (*a day in court*), até a absoluta falta de empoderamento pessoal, na medida em que o indivíduo não tem condições de saber o que é melhor para si naquele contexto – a resposta estatal, ainda que traga prejuízos para si e sua posição jurídica, é a decisão do Estado (não raras vezes, em tratativas prévias às resoluções de conflitos por meios autocompositivos, as partes afirmam: “não pretendo transacionar, não quero nenhum acordo, o que o juiz decidir está decidido”).

Interessante descrição dessa realidade fática é a mencionada abaixo, resultado de uma experiência de mediação realizada em Recife/PE por Júlia Loonis Oliveira:⁷⁹

Um dos desafios com que nos confrontamos todos os dias é conciliar um trabalho no nível extrajudicial com as expectativas de um público que só reconhece o valor de seus direitos e deveres no âmbito formal e pouco acessível do Judiciário.

O discurso mais comum que ouvimos por parte das pessoas que chegam pela primeira vez ao núcleo é: “Vim para botar o pai (ou, mais raramente, a mãe) do meu filho na justiça”. Não há nada de espantoso nesse discurso, a priori, nessa esperança e expectativa de justiça. As pessoas que chegam ao núcleo o fazem esperando que seu problema seja resolvido por uma terceira parte.

[...]Em parte, provavelmente porque a ideia de um “poder coercitivo superior” continua sendo característica de nossa sociedade. De modo geral, a sociedade moderna assimilou durante séculos que conflitos se resolvem no âmbito formal.

⁷⁸SAMPAIO, Lia Regina Castaldi, BRAGA NETO, Adolfo, *O que é mediação de conflitos*, p. 17.

⁷⁹ *À sombra do Poder Judiciário – mediação de conflitos no bairro do Ibura – Recife/PE*, in JUSTIÇA CIDADÃ – Uma experiência de mediação de conflitos em direitos humanos, Recife 2009, P. 37; disponível em <http://gajop.org.br/arquivos/publicacoes/justica_cidada.pdf>, acesso em 03/05/2014.

Essa organização social foi assimilada e nos aparece como a forma “tradicional” de organização, na maioria dos casos não questionada pelos cidadãos, independentemente das categorias socioeconômicas e profissionais. E se isso é verdade para as categorias socioeconômicas que têm mais acesso à instrução e informação sobre as novas possibilidades, o que dizer das populações periféricas que têm pouco ou nenhum acesso a uma e outra?

O que notamos no discurso das pessoas atendidas cotidianamente é que, para elas, uma concepção de justiça informal e extrajudicial é, senão uma surpresa, uma novidade. Pelo menos, essa concepção ainda não chegou até elas. De certo modo, pode-se dizer que as pessoas que chegam ao núcleo pela primeira vez, não têm o preparo, não assimilaram essa nova proposta de organização da sociedade que é ao mesmo tempo não policial e não judiciária. (OLIVEIRA, 2009, p.37).

Assim, para que os meios consensuais possam fazer, de fato, parte de um sistema de justiça integrado e eficiente na sua missão de distribuição de justiça e paz social é preciso uma significativa mudança de postura da sociedade, das políticas públicas de justiça e dos operadores do direito, que detém a capacidade de modificar o estado de coisas.

No âmbito da sociedade como um todo, diversos centros de referência comunitária podem contribuir com o desenvolvimento de uma cultura de paz no sentido de dar ênfase ao diálogo e à solução construída dos conflitos: famílias, escolas, comércio, ambientes de trabalho, igrejas, centros de convivência, dentre outros.

Diversas culturas já se utilizam desse sistema e sabe-se que há experiências nacionais bem-sucedidas, como as realizadas em comunidades carentes no Rio de Janeiro⁸⁰ e a já mencionada experiência no bairro do Ibura, em Recife/PE, em mediação comunitária. Os indivíduos inseridos naquele centro de convivência possuem ambiente de escuta e fala, o que favorece o desenvolvimento do diálogo e pode resolver os conflitos já existentes ou evitar a formação de novos litígios.

A sociedade precisa resgatar sua responsabilidade na resolução de conflitos. Não se trata apenas de o Estado aparelhar o sistema de justiça e oferecer meios ágeis para a solução dos conflitos judicializados, porquanto a sociedade pode contribuir – e muito – para uma mudança paradigmática: deixar a justiça estatal como última ratio e adotar meios para solucionar os conflitos, de forma consensual e interna às instituições.⁸¹ (SILVA, p. 60).

Deve-se incentivar, inclusive, práticas de diálogo, ainda que não necessariamente sob a forma de conciliações ou mediações, no âmbito de aparelhos estatais que detém atribuição para receber e encaminhar conflitos, como os Procons, Centros de Referência em Assistência Social, equipamentos de saúde pública, escolas e mesmo internamente em relação aos próprios funcionários públicos atuantes. Trata-se de retomada da cultura do diálogo, já

⁸⁰<<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2011/12/programa-de-mediacao-de-conflitos-em-comunidades-pacificadas-vence-premio-ovare.html>>, acesso em 31/07/2014.

⁸¹ SILVA, Érica Barbosa e, *Op.Cit.*, p. 60.

verificada em épocas outras da nossa sociedade (há de se recordar do que narravam nossos avós, que em suas famílias eram instados a conversar e resolver seus problemas por um membro mais velho, que exercia o papel de conselheiro familiar) e que possui grande relevância na prevenção e solução de conflitos, mormente no âmbito das famílias.

É de se apontar, contudo, que tais experiências não visam o afastamento da intervenção estatal, tampouco a negação do ordenamento jurídico posto, o que seria de veras perigoso. Conhece-se a experiência retratada por Boaventura de Sousa Santos verificada em comunidade do Rio de Janeiro, em que a cultura de resolução dos conflitos de forma local acabou por criar um sistema legal paralelo ao estatal, no âmbito da associação de moradores, o que não se coaduna com os objetivos do que se propõe e coloca em risco a integridade do tecido social.⁸²⁸³

De qualquer sorte, a utilização dos meios consensuais como alternativa válida e muitas vezes mais adequada à resposta adjudicada estatal, notadamente com os Fóruns de Múltiplas Portas, somente será uma inegável realidade quando os atores sociais se conscientizarem a respeito da viabilidade da adoção da autocomposição e do seu potencial de produzir justiça e pacificação social. De nada adianta o investimento maciço nas múltiplas portas do Poder Judiciário ou da criação de centros extrajudiciais de resolução de conflito se

⁸² "The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada" *Law and Society Review*, vol. 12 (1974), pp. 5 -126, obtido em <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Chapter%203%20and%203%20in%20the%20mirror.pdf>>, acesso em 31/07/2014.

⁸³ Embora se diga que é inadmissível a criação de um Estado de Direito paralelo, devendo-se trazer para a ordem jurídica única as populações marginalizadas, sabe-se que na prática há inúmeras razões para que essa participação na comunidade jurídica geral não ocorra. Dificuldades de acesso a órgãos de assistência jurídica gratuita, desconhecimento de direitos, absoluta informalidade e, ainda, em muitas situações a ocorrência de ilegalidades perante o sistema jurídico geral (moradias ocupadas por não proprietários, vendas de bens realizadas por quem não era o proprietário original, conflitos nascidos de situações criminosas, falta absoluta de documentos comprobatórios de situações jurídicas, submissão aos grupos criminosos atuantes, dentre outras) impedem que os cidadãos moradores de comunidades de baixa renda de fato se insiram na ordem jurídica. Boaventura de Sousa Santos ilustra: *"Na expressão perspicaz de um deles, "nós éramos e somos ilegais". Recorrer aos tribunais para resolver conflitos sobre terras e habitações não só era inútil como perigoso. Era inútil porque "os tribunais têm que seguir o código e pelo código nós não tínhamos nenhum direito". Era perigoso porque trazer a situação ilegal da comunidade à atenção dos serviços do Estado poderia levá-los a "nos jogar na cadeia".*

E segue, analisando a dualidade jurídica das comunidades carentes: "No momento, porém, em que os conflitos surgem, o choque não é meramente entre reivindicações fáticas ou normas jurídicas isoladas, é antes entre duas ordens jurídicas, duas pretensões globais de juridicidade ou ainda entre duas vocações contraditórias (mutuamente exclusivas) de universalização jurídica. Nestas condições, o conflito atinge rapidamente uma intensidade extrema, pois que tende a generalizar-se a todas as relações sociais entre as partes conflitantes, inclusivamente àquelas não envolvidas inicialmente no conflito. O conflito é entre dois poderes soberanos entre os quais nenhum poder mediador pode interceder. É um conflito global e insolúvel. Cria-se, assim, uma situação de suspensão jurídica, ou melhor, de ajuridicidade cuja superação tende a ser determinada pela violência. A privatização possessiva do direito constitui-se por uma dialética entre a tolerância extrema e a violência próxima". In NOTAS SOBRE A HISTÓRIA JURIDICO-SOCIAL DE PASÁRGADA, disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_pasargada_passar.pdf>, acesso em 31/07/2014.

os indivíduos não se empoderarem e manifestarem inequívoca confiança na utilização de um meio autocompositivo, em substituição ou de maneira alternativa a uma resposta estatal.

De outra parte, o próprio sistema de justiça deve ser reorganizado de modo a permitir e, quando possível, fomentar a utilização dos meios alternativos à jurisdição estatal, sob a forma de uma *política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses*.⁸⁴

Nos dizeres de Kazuo Watanabe, em texto editado antes da promulgação da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, semelhante política pública deveria estabelecer, entre outras coisas: a) a obrigatoriedade de implantação de serviços de mediação e conciliação em todos os tribunais do país; b) disciplina mínima para a atividade dos mediadores/conciliadores, como critérios de capacitação, treinamento e atualização permanente; c) confidencialidade, imparcialidade e ética no exercício da função de conciliadores e mediadores; d) remuneração do trabalho dos conciliadores/mediadores; e) estratégias para o fomento da nova mentalidade e da cultura da pacificação, inclusive com criação pelas faculdades de direito de disciplinas específicas para capacitação dos profissionais; f) controle pelo Judiciário dos serviços extrajudiciais de mediação e conciliação.⁸⁵

Sabe-se que já há várias décadas acompanham-se experiências desorganizadas em vários Estados da federação, inclusive por iniciativa dos próprios juízes atuantes no local. Contudo, foi somente depois da elaboração da Resolução 125 do CNJ que se passou a conferir sistematicidade ao tratamento dos conflitos de maneira alternativa à jurisdição estatal no âmbito do Poder Judiciário, criando-se de fato uma política pública, como se falará no momento oportuno.

Por fim, mas não menos importante, para a implantação com sucesso de uma política pública para o tratamento adequado dos conflitos de interesse, ao lado na mudança da mentalidade social e do Poder Público como um todo, tem-se que levar a efeito uma profunda modificação na formação profissional do operador do direito.

A grade curricular dos cursos de direito, salvo raras e honrosas exceções, não comporta o estudo apurado sobre os meios diferenciados de compor conflitos e suas múltiplas utilizações possíveis. O acadêmico não analisa as técnicas outras que não a jurisdição estatal, de modo que os cursos são moldados exclusivamente sob o paradigma da judicialização, da

⁸⁴ WATANABE, Kazuo, *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para o Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses*, in *Conciliação e Mediação: estruturação...*, p. 03.

⁸⁵ *Política Pública para tratamento adequado dos conflitos de interesses*, in *Conciliação e Mediação: Estruturação...*, p. 05.

resposta estatal ao litígio posto, com suas intrincadas regras e respostas, falhando o estudante em analisar suas alternativas e eficácia prática.

Se a formação não inclui abordagem ou treinamento para atuação em outras áreas que não a solução adjudicada, a par do desconhecimento, o profissional recém-formado recebe com desconfiança a possibilidade de utilização de meios consensuais. Ademais, nossa cultura jurídica há séculos valoriza a erudição demonstrada pela elaboração de peças processuais e a árdua tarefa de convencimento do magistrado, de modo que também o operador do direito está inserido no sistema do “perde-ganha”, tendo como última razão do atuar o “vencer o processo”, pouco importando se há ou não efetividade na resposta estatal proferida.

No mais das vezes, a proposta de utilização de meios autocompositivos é vista como menor, por demais informal, e há o receio de desvalorização da função do advogado com a assunção dos meios consensuais como hipóteses sempre presentes e adequadas para determinados tipos de conflito.

Vê-se, contudo, que esse panorama começa a mudar. A Secretaria de Administração Superior, órgão do Ministério da Educação, desde 2004, vem recomendando a adoção de mecanismos extrajudiciais como objeto de estudo dos cursos de direito, bem como o desenvolvimento das técnicas relacionadas nos núcleos de prática profissional. Desde então a observância de tais posturas tem se mostrado imprescindível para que o curso de direito alcance o conceito “A” junto ao MEC.⁸⁶

Dessa forma, ainda que de maneira tímida, os cursos de direito já estão se adequando à realidade dos meios consensuais de resolução de conflito, que devem andar em paralelo à jurisdição estatal na tarefa de pacificar com justiça. É importante que os profissionais do direito estejam cientes de seu papel, tanto no sentido de aplicação real das fórmulas existentes, quanto de educação e proliferação do conhecimento sobre a existência, utilidade e eficácia dos meios compositivos fora do Judiciário, para a criação de uma real cultura de paz. De nada adianta a sociedade modificar sua cultura e o Judiciário abraçar a causa das formas consensuais, se os profissionais, mormente advogados e Defensores Públicos, primeiros que tomam conhecimento das demandas possíveis, se mostrarem indiferentes às possibilidades de soluções construídas. O papel desses profissionais, antes de tudo, deve ser pacificador, afastado da cultura demandista. O que se deve pretender é uma resposta eficaz para o conflito posto, não uma vitória judicial.

⁸⁶ TARTUCE, Fernanda, *Op.Cit.*, p. 120.

Fernanda Tartuce traz interessante estatística, já de conhecimento empírico dos que atuam na prática com a utilização de meios consensuais, na qual se analisou o índice de acordos entabulados pelas partes em demandas no Juizado Especial Cível quando estavam desacompanhadas ou acompanhadas de advogados.

De maneira surpreendente, apontou-se índice baixo de acordo quando os reclamantes compareciam com advogado, de modo que a probabilidade de realização de um acordo era menor quando da presença do profissional.⁸⁷ Embora se possa visualizar a presença de outras variáveis, como conhecimento dos desdobramentos fáticos de possível acordo e orientação da parte, a interferir na redução do número de acordos, sabe-se pela atuação prática que a postura do profissional tem relação direta com eventual composição amigável, já que o demandante confia na orientação técnica que lhe é dada. Se o advogado se mostra refratário ao acordo, ainda que sem justificativa exposta, a tendência da parte que o constituiu é aceitar sua orientação e negar o ajuste, pela própria natureza da atuação processual.

A mudança de postura dos advogados, então, deve ser verificada desde a procura do cliente, com a conscientização sobre a possibilidade de utilização de meios outros de composição que não o simples ajuizamento da demanda, bem como explicações sobre suas consequências. O método de trabalho certamente sofrerá adaptação, inclusive em relação aos valores pagos por ato praticado (com possível inserção de atos relacionados à composição amigável na tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil), visando à plena incorporação de tais formas de resolver as disputas no dia a dia da atuação profissional.

Tal postura, longe de se considerar inovação jurídica, já deveria ser observada pelos profissionais na atuação prática, já que o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil já dispõe, em seu art. 2º, parágrafo único, VI, que é dever do advogado “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”.⁸⁸

⁸⁷ *Op.Cit.*, p. 130, em referência a estudo realizado pelo Centro Brasileiro de Pesquisas e Estudos Judiciais (CEBEPEJ) em conjunto com a Secretaria da Reforma do Judiciário e do Ministério da Justiça em 2006.

⁸⁸ Frank Sander, professor da Universidade de Harvard, menciona legislação dos Estados Unidos a respeito da matéria: “Também foram criadas leis de âmbito estadual e federal sobre esse assunto. Uma lei interessante, existente em vários estados, diz que os advogados têm o dever ético de avaliar diferentes formas de resolução de conflitos em suas ações. Assim, quando alguém procura um advogado nesses estados — como Massachusetts, Colorado, New Jersey e muitos outros —, é preciso pesquisar várias opções com o cliente, exatamente como um médico faz quando alguém chega com alguma queixa. A pessoa diz: “estou com dor de estômago”, e o médico não responde: “bom, vou pegar meu bisturi para fazer a operação”. Os médicos precisam apresentar as suas opções: “você pode tomar remédios, ou não fazer nada, ou fazer uma operação”. Da mesma forma, os advogados precisam fazer a mesma coisa com os conflitos, o que leva naturalmente a um exame mais detalhado das opções para resolver o conflito.” (Tribunal Multiportas – publicação da FGV Rio, 2012, disponível em

Assim, cabe ao advogado ou ao Defensor Público⁸⁹, como “primeiros juízes da causa”, analisar, considerando os diversos aspectos da controvérsia, qual modalidade de enfrentamento constitui a melhor abordagem para o impasse. No exercício de sua técnica, incumbe ao profissional avaliar as concretas possibilidades inerentes à via consensual ou litigiosa, informando as partes sobre as alternativas previsíveis e as ferramentas disponíveis para uma ou outra.⁹⁰

Dessa forma, na esteira de um efetivo acesso à justiça deve-se considerar a necessidade de reformas de pensamento e institucionais, normativas e processuais para a adequação da resposta ao conflito posto. Muitas vezes as controvérsias que aportam aos órgãos de resolução são multifacetadas, com aspectos psicológicos, sociológicos e de outras índoles, que fazem com que a resposta unicamente jurídica seja insuficiente para seu tratamento eficaz.

A proposta de utilização dos meios consensuais como mais adequados à resolução de determinadas espécies de conflitos vai ao encontro da nova ideia de jurisdição e de pacificação social, bem como de construção de uma cultura de paz e efetividade de acesso à justiça. Nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso:

Hoje se propõe uma nova perspectiva, que vê a controvérsia como uma oportunidade para a aproximação e interação dos envolvidos, em ordem a uma composição justa, não importando o órgão, a instância, o método ou os atores intervenientes.

[...]A auto e heterocomposição, fora e além da estrutura judiciária estatal, projeta diversas externalidades positivas: alivia a pressão causada pelo excesso de processos judiciais, estimula as partes e interessados a comporem suas divergências, de per si ou com a intercessão de um facilitador; agrega estabilidade e permanência às soluções consensuais ou negociadas, pela natural tendência dos envolvidos a prestigiarem a forma por eles mesmos industriada; propicia ganho de tempo que pode, assim, ser realocado para análise mais aprofundada das lides singulares e complexas.⁹¹(MANCUSO, p. 239-240).

Destaca-se, assim, a necessidade de análise da controvérsia para a definição do meio mais adequado para resolvê-la, gerando efetividade, seja dentro ou fora do Judiciário. Aponte-se, ainda, a necessidade imperiosa de que tal resposta seja célere, seja auto ou

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1>> acesso em 11-10-2014).

⁸⁹ Embora se considere perfeitamente possível para outros profissionais do direito a abordagem em análise, em tudo recomendada, para os fins deste trabalho tais operadores são os que mais comumente recebem as demandas de atores individuais e a elas dão o tratamento que lhes parece mais conveniente.

⁹⁰ TARTUCE, Fernanda, *Op. Cit.*, p. 128.

⁹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *A resolução dos conflitos...*, p. 239/240.

heterocompositiva, já que a resposta que não vem em tempo razoável eterniza o conflito, acirra as disputas e faz nascer novas controvérsias entre as partes litigantes.

4 Meios consensuais de resolução de conflitos

4.1 Conceituação e extensão

Fala-se em meios consensuais de resolução de conflitos para referir-se aos meios não litigiosos de solução, independente da existência de um processo judicial ou tomados em seu bojo.

Como já se disse na introdução do presente trabalho, modernamente opta-se por não mais se utilizar a terminologia “meios alternativos”, considerando-se inoportuna⁹² (inclusive porque a utilização de tais meios inicialmente era prévia à própria existência da jurisdição estatal⁹³), utilizando-se a expressão apenas quando em comparação direta à jurisdição estatal, e apenas como indicativo de alteridade, não necessariamente de alternatividade, com todos os significados que o termo pode trazer. Utilizam-se também as siglas *ADR*, referentes aos termos em inglês (*alternative dispute resolution*), ou *MARCs*, referentes ao português - meios alternativos de resolução de conflitos.

Diz-se, então, dos meios consensuais de resolução de conflitos, que são todas as formas de resolver controvérsias pela vontade das partes, fora da jurisdição estatal ou sem sua interferência direta, ainda que dentro de um processo judicial. Envolvem a utilização de técnicas autocompositivas (quando as partes decidem a questão relevante, de maneira autônoma ou mediante a intervenção de um terceiro neutro, como a negociação, a conciliação e a mediação) ou heterocompositivas (quando há a intervenção de um terceiro que, como o juiz, adjudica uma solução ao caso sob análise, como a arbitragem e a avaliação).

⁹² Rodolfo de Camargo Mancuso adverte que o termo *alternativo* contraria a ordem cronológica dos eventos na história, uma vez que foi justamente a justiça estatal que adveio como um *posterius* à autotutela e, portanto, como alternativa à forma até então primordial de resolução de litígios (in *A resolução dos conflitos e a função...*). Paula Costa e Silva faz outra crítica ao emprego da expressão *alternativo*, afirmando que a ideia de alternatividade somente poderia ser utilizada se houvesse livre escolha entre meios de resolução de disputas *funcionalmente equivalentes*. Para a autora, como a justiça pública não é nem sempre acessível e nem sempre eficiente, a conclusão é que as técnicas ditas alternativas acabam por ser muitas vezes necessárias e inevitáveis (in *A nova face da justiça – os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*).

⁹³ LORENCINI, Marco, A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias, in *Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro*.

No sistema jurídico brasileiro, as três principais formas de resolução consensual de conflitos são a conciliação, a mediação e arbitragem. Sabe-se que no direito norte-americano, por exemplo, como mais tradição na utilização de outros métodos que não a sentença judicial, há diversas outras formas, como o *rent-a-judge* (espécie de arbitragem privada também heterocompositiva), o *mini trial* (as partes levam suas teses e provas a produzir para a avaliação de um terceiro neutro, que aconselha a respeito da decisão que tomaria caso fosse o juiz – diante de tal possível decisão, as partes possuem fundamentos para a negociação de um acordo), a utilização das cláusulas *med-arb* (com o nascimento de uma disputa, primeiramente as partes concordam em se submeter à mediação e, caso ela falhe para conferir solução ao litígio verificado, haverá uma arbitragem instaurada – já há previsão no Brasil e tem sido comum sua menção em contratos empresariais), a *early neutral evaluation* (terceiro neutro que avalia as teses das partes e suas possibilidades de acordo, pontos em comum com a tese contrária), dentre outros.⁹⁴

Fala-se, ainda, em *equivalentes jurisdicionais* para identificar os meios diversos da jurisdição estatal, já que a priorização da resolução de conflitos em nosso sistema é a utilização do Poder Judiciário, a exemplo de outros países. Equivalentes jurisdicionais possuem o sentido de meios mediante os quais as partes podem atingir a composição da lide, por obra dos próprios litigantes ou pela atuação de um particular.

Fernanda Tartuce aponta o contrassenso em se utilizar a expressão equivalente jurisdicional, já que esses atos resgatam o que originalmente competia às partes realizar, já que nos primórdios das civilizações reinava a autotutela como forma de resolver os conflitos existentes:

Há certo contrassenso em tal ideia, porquanto o cumprimento direto pelos interessados é que constitui a forma primária de realização das normas; a sentença é que, diante de um conflito, “substitui”, se necessário, a omissão verificada, configurando a (talvez última) alternativa que resta ao litigante para proteger seus interesses.⁹⁵ (TARTUCE, p.93).

Para Cândido Rangel Dinamarco, do ponto de vista jurídico não é acurado falar-se em equivalência, já que somente a jurisdição teria como objetivo dar efetividade ao ordenamento jurídico substancial, o que não é papel dos meios consensuais. Porém, aponta que o aspecto mais relevante da jurisdição, que é o aspecto social – proveito útil do processo para os membros da sociedade, pela pacificação dos conflitos – também está presente nos

⁹⁴ TARTUCE, Fernanda, *Op. Cit.*, p. 183/185.

⁹⁵ *Op.Cit.*, p. 193.

meios consensuais, mais adequados à resposta de algumas demandas. Analisando-se de maneira teleológica o sistema processual, haveria equivalência entre a pacificação social obtida pela jurisdição estatal, imperativa, e os meios consensuais de resolução de conflitos, já que se buscam os mesmos objetivos e possuem a mesma utilidade social.⁹⁶

4.2 Breve histórico e panorama no Brasil e no mundo

Aponta-se que, mesmo antes da nossa independência, a legislação nacional preocupou-se com a solução amigável dos conflitos. Nas Ordenações Filipinas, Livro 3º, T.20, §1º, a norma expunha:

E no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e se sigam entre elles os ódios e as dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre he duvidoso...⁹⁷(WATANABE, p.06).

Ada Pellegrini Grinover aduz que já no Brasil Império, os Juízes de Paz, honorários e leigos, foram investidos de função conciliativa prévia, como condição obrigatória para o início de qualquer processo, pela Constituição de 1824⁹⁸. Seu art. 161 estabelecia que “*sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum*”.

Em novembro de 1832 a aprovação do Código do Processo Criminal trouxe disposições acerca da administração da Justiça Civil, nas quais disciplinava o procedimento de conciliação e outros aspectos relevantes do processo civil.

É de se mencionar que o legislador imperial agiu com visão moderna para a época, ao mostrar ao cidadão, na forma de lei imperativa, que era seu dever tentar a composição do litígio antes de levar o problema ao Judiciário, relegando a este, de maneira indubitável, o papel de *última ratio*, já que a conciliação prévia era impositiva. O constituinte imperial utilizava a palavra *reconciliação*, quando em verdade se refere ao que hoje compreendemos como conciliação – não que o tivesse feito de maneira equivocada, já que se entende que a menção à reconciliação tem relação com a busca do equilíbrio, do retorno ao *status quo ante*,

⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, Instituições de direito processual civil, p. 122.

⁹⁷ WATANABE, Kazuo, *Op.Cit.*, p. 06.

⁹⁸ In *Deformalização do processo e deformalização das controvérsias*, Revista Inf. Legislativa. Ano 25, nº 97. Brasília: jan/mar, 1988.

dando-se a possibilidade a que as partes retornem ao estado conciliativo de coisas que imperavam antes do surgimento do conflito.⁹⁹

A partir de 1850, contudo, a legislação nacional sofreu grande modificação e a conciliação, na época, de ato judicial necessário passou a sequer receber menção nas leis processuais subsequentes, considerada uma inutilidade (o Decreto 359, de 26 de abril de 1890, expressamente mencionava em suas razões de revogação a onerosidade do instituto nas demandas e a inutilidade como elemento de composição dos litígios).¹⁰⁰

A legislação aboliu a necessidade de conciliação prévia, mas manteve, expressamente, a possibilidade de sua atuação para colocar fim aos litígios.

Nas últimas décadas, contudo, ressurgiu o interesse pela utilização dos meios alternativos à sentença judicial, sendo que vários dispositivos legais ganharam menção expressa à tentativa de conciliação como ato a ser praticado. Em 1973, com a edição do atual Código de Processo Civil, voltou-se a falar em conciliação, embora sem o caráter obrigatório

⁹⁹ MENDES, Maria Lúcia de Castro Pizzotti, *Mediação e Conciliação. Histórico dos Métodos adequados de solução de conflitos e experiências contemporâneas no Brasil e em outros países*, in TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira (Org.), *Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem*, p. 87/88.

¹⁰⁰ Revoga as leis que exigem a tentativa da conciliação preliminar ou posterior como formalidade essencial nas causas cíveis e commerciaes.

O Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil, constituido pelo Exercito e Armada, em nome da Nação, tendo ouvido o Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Justiça e considerando:

Que a instituição do juizo obrigatorio de conciliação importa uma tutela do Estado sobre direitos e interesses privados de pessoas que se acham na livre administração de seus bens e na posse da faculdade legal de fazer particularmente qualquer composição nos mesmos casos em que é permitido a conciliação, naquelle juizo, e de tornal-a effectiva por meio de escriptura publica, ou por termo nos autos e ainda em juizo arbitral de sua escolha; Que a experiencia ha demonstrado que as tentativas de conciliação no juizo de paz sómente são bem succedidas quando as partes voluntariamente comparecem perante elle nas mesmas disposições, em que podem produzir identico effeito os conselhos de amigo commum, o prudente arbitrio de bom cidadão á escolha dos interess dos e ainda as advertencias que o juiz da causa, em seu inicio, é autorizado a fazer na conformidade da ord. liv. 3º, tit. 20, § 1º;

Que, entretanto, as despesas resultantes dessa tentativa forçada, as difficuldades e pro rastinação que della emergem para a propositura da acção, e mais ainda as nullidades procedentes da falta, defeito ou irregularidade de um acto essencialmente voluntario e amigavel, acarretadas até ao gráo de revista dos processos contenciosos, além da coacção moral em que são postos os cidadãos pela autoridade publica encarregada de induzil-os a transigir sobre os seus direitos para evitar que soffram mais com a demora e incerteza da justiça constituida, que tem obrigação legal de dar promptamente a cada um o que é seu; são outros tantos objectos de clamor publico e confirmam a impugnação de muitos jurisconsultos, quaes Meyer, Benthan, Bellot, Boncene, Boitard, Corrêa Telles, a essa obrigatoriedade, nunca admittida ou ja abolida em muitos paizes e notavelmente reduzida, modificada em seus effeitos, para não dizer annullada, pela carta de lei de 16 de junho de 1855 e novo Codigo de Processo Civil promulgado em 8 de novembro de 1876, no proprio reino de Portugal, donde o Imperio a adoptou com supplementos da legislação franceza; DECRETA:

Art. 1º E' abolida a conciliação como formalidade preliminar ou essencial para serem intentadas ou proseguirem as acções, cíveis e commerciaes, salva ás partes que estiverem na livre administração dos seus bens, e aos seus procuradores legalmente autorizados, a faculdade de porem termo á causa, em qualquer estado e instancia, por desistencia, confissão ou transacção, nos casos em que for admissivel e mediante escriptura publica, ternos nos autos, ou compromisso que sujeite os pontos controvertidos a juizo arbitral.

Disponível em http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=359&tipo_norma=DEC&data=18900426&link=s, acesso em 06/08/2014.

prévio de outrora. É bem verdade que, por haver menção do ato de conciliar na legislação processual, que por consectário lógico depende da existência de uma ação ajuizada para incidir, a conciliação de que trata o Código é necessariamente levada a efeito dentro de um processo judicial.

Inobstante a necessidade de prévia provocação estatal, fato é que já há alguns anos tem-se dado importância à tentativa de conciliação das partes, sendo que o Código de Processo Civil menciona que o juiz tentará a conciliação antes de todos os atos praticados

e sempre que possível. Pode, inclusive, convocar as partes para uma audiência com tal finalidade a qualquer momento processual.¹⁰¹

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, por sua vez, a adoção de formas consensuais de resolução de controvérsias passa a ser mencionada em seu preâmbulo, que afirma expressamente o compromisso do Estado Brasileiro com a solução pacífica das controvérsias. Ainda que o preâmbulo não possua força normativa e não integre propriamente o texto constitucional, trata-se de norte interpretativo, denotando como todo o sistema deve ser lido de maneira a propiciar a solução mais pacífica dos conflitos de interesse o que, sem dúvida alguma, abarca a utilização das formas consensuais de composição.

Desde a criação do Conselho Nacional de Justiça, em 2004, em decorrência de Emenda Constitucional, o órgão passou a se debruçar sobre o fomento da conciliação no sistema de justiça, lançando, em 2006, o “Movimento pela Conciliação”. O movimento vem se repetindo todos os anos desde então, utilizando-se de ícones e slogans destinados à maior visualização do movimento e adesão pela população, reservando uma semana por ano na chamada “Semana Nacional da Conciliação”, na qual deveriam ser agendados números maiores de audiências para tentativa de composição amigável. Tal movimento tem conseguido muitos adeptos e vem obtendo sucesso na garantia da visibilidade da conciliação

¹⁰¹ No procedimento sumário, o Art. 277 determina: O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes;

Já no procedimento ordinário, preconiza o Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário;

Em relação ao início da fase de instrução, o Art. 448 dispõe: Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

como método adequado de resolução de muitas disputas, o que se traduz nos números expressivos de acordos entabulados, principalmente durante as semanas de divulgação.¹⁰²

Dessa forma, não é nova a menção à possibilidade e, até mais, o fomento à utilização de meios diversos da jurisdição estatal para a resolução de conflitos. Nossa legislação, inclusive, já previu a necessidade de conciliação pré-processual obrigatória, como etapa prévia ao ajuizamento da demanda. Hoje já não mais existe tal previsão, mas admite-se que o magistrado, a qualquer tempo, convoque as partes para a sua presença, ou a presença de um conciliador qualificado, e tente conciliá-las, sendo que homologará a transação havida de tal intervenção e porá fim ao processo.

Projeto do Novo Código de Processo Civil já aprovado na Câmara (PL 166/2010) traz novas disposições a respeito da conciliação e da mediação, também conferindo a tais modalidade espaço privilegiado no sistema processual. Há previsão de audiência de conciliação prévia obrigatória em todos os procedimentos, bem como a criação de centros de conciliação e mediação ou programas destinados a estimular a autocomposição, na esteira do quanto trazido pela Resolução 125 do CNJ.¹⁰³

Como se vê, avultam do projeto menções à possibilidade de conciliação e à preferência dada à solução dos litígios por essa forma em substituição à sentença judicial, principalmente no que se refere às “causas de família”.

Conclui-se que a legislação nacional já prevê a possibilidade de utilização dos meios consensuais de resolução de conflito como meio adequado, inclusive até mais adequado do que a resposta adjudicada, (tendo-se em vista que não se proferirá sentença caso as partes transijam, a não ser que o acordo seja maléfico em relação a parte vulnerável na prática, sob censura do Ministério Público). O projeto do novo Código de Processo Civil vem nessa esteira, dando grande ênfase à conciliação como forma preferencial de solução de litígios e inovando na menção e regulamentação da mediação, a todo o tempo manifestando a prevalência das formas autocompositivas em relação à sentença, como formas mais adequadas de pacificação social efetiva e com justiça.

Nos Estados Unidos costuma-se referir que o início do movimento a favor dos modelos alternativos ao processo clássico coincide com um simpósio jurídico ocorrido em

¹⁰² BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, Movimento pela conciliação – um breve histórico, in Conciliação e Mediação: Estruturação..., p. 41 e ss.

¹⁰³ A compilação do texto aprovado, com as respectivas emendas, foi extraída de <<http://s.conjur.com.br/dl/redacao-final-aprovada-camara.pdf>>, acesso em 04/08/2014. Além disso, no anexo verifica-se tabela comparativa das principais modificações no texto relacionadas às formas consensuais de resolução de disputas.

1976, para celebrar o septuagésimo aniversário do conhecido discurso de Roscoe Pound, um dos maiores juristas da primeira metade do século XX, sobre o tema “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice” (“As causas da insatisfação popular com a administração da justiça”). Observou-se, naquele evento, que a despeito de todos os aperfeiçoamentos introduzidos no sistema judiciário e inobstante as inúmeras alterações e inovações no âmbito do processo civil, nos setenta anos transcorridos, desde o discurso de R. Pound, persistia o baixíssimo índice de aprovação popular em relação ao funcionamento do poder judiciário e ao serviço por ele prestado. Diante de tal percepção, defendeu-se, no referido simpósio, que talvez pouco adiantasse reformar o processo civil tradicional. A coisa correta a fazer, foi então sustentado, seria “afastar do judiciário algumas espécies de controvérsias, que deveriam ser desviadas para órgãos alheios ao aparato judicial, de natureza particular, e que operassem segundo um procedimento mais flexível e informal”. Com isso, seria mantido o processo civil clássico da Common Law para as demandas mais complexas e de maior valor econômico.¹⁰⁴

O sistema americano é, até os dias atuais, dotado de múltiplas oportunidades para a composição amigável, inclusive no processo penal, sendo que há diversos incentivos ao acordo – a maioria dos casos levados ao Judiciário termina com acordo entre as partes.¹⁰⁵

Também é política oficial da Inglaterra a “cultura de acordo”, sendo que, o expressivo número de acordos realizados no sistema inglês é decorrência de protocolos pré-litígio e uma maior disponibilidade para mediação no decorrer do processo.

Extrai-se das normas processuais civis inglesas (CPRs) o seguinte dispositivo:

[...] os tribunais têm cada vez mais observado que os processos judiciais devem ser a última opção, e ações não devem ser movidas de maneira prematura, quando um acordo ainda é possível. Portanto, as partes devem considerar se as formas alternativas de resolução de conflito são mais adequadas do que o litígio e, se o caso, devem se esforçar para entrar em acordo sobre qual das formas há de ser adotada.¹⁰⁶
(ANDREWS, P. 394 e ss)

Tem-se, ainda, pelas regras comerciais britânicas, que as partes precisam justificar perante o juízo a ausência de utilização de ADRs antes do ajuizamento da demanda.¹⁰⁷

¹⁰⁴ FACCHINI NETO, Eugenio, *ADR (Alternative Dispute Resolution) – Meios Alternativos de Resolução de Conflitos: Solução Ou Problema?*, Revista Direitos Fundamentais & Justiça – Ano 5, nº 17, P. 118-141, Out/Dez 2011.

¹⁰⁵ GALANTER, Marc, *Op.Cit.*

¹⁰⁶ ANDREWS, Neil, O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, p. 394 e ss.

¹⁰⁷ Idem, *Ibidem*.

Na atualidade, o Parlamento Europeu aprovou a Diretiva 2008/52/CE, que trata sobre aspectos da mediação em matéria civil e comercial.

Em relação a alguns países europeus com histórico de mediação, pode-se apontar que¹⁰⁸ na França a mediação é definida como a busca de aproximação das partes e auxílio para que encontrem uma solução para o conflito que enfrentam. Pode ser judicial ou extrajudicial, sendo que todo juiz pode, com a concordância das partes, recorrer à mediação, designando um mediador.

Na Alemanha, a mediação vem sendo cada vez mais aplicada em matéria econômica, mas encontra aplicação mais relevante no Direito de Família, sendo que as autoridades comunitárias apoiam a mediação como política de proteção da infância.

Na Escócia, os meios alternativos encontram aplicação análoga às da Inglaterra e País de Gales, com a particularidade de existirem centros de mediação familiar gratuitos oferecidos localmente.

No Japão, por fim, as ADR também são plenamente utilizadas, com ênfase na conciliação, mediação e arbitragem, sendo que a mediação e a conciliação são compulsórias em matéria de família.¹⁰⁹

No ano de 2011 o Parlamento Europeu editou relatório a respeito da utilização da mediação pelos países da Europa, a respeito da aplicação da Diretiva de 2008 sobre mediação nos Estados-Membros. Em tal relatório foram mencionados inúmeros benefícios obtidos pelos países com a utilização da mediação, dentre eles a enorme redução de custos e a rapidez de resultados para as partes envolvidas¹¹⁰. No mesmo ano foi editada pesquisa realizada no âmbito da União Europeia a respeito dos custos pelo não uso da mediação, com resultados surpreendentes de redução de custos relacionados a tempo e dinheiro pelo uso da forma consensual, em oposição à adjudicação estatal.¹¹¹

Na esteira de toda a utilização e fomento às formas consensuais, cite-se o recente evento realizado na cidade de São Paulo consistente no “Pacto pela Mediação”. Trata-se de compromisso assinado pela Fiesp (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo), Ciesp (Centro das Indústrias do Estado de São Paulo) e diversas entidades da sociedade civil, como

¹⁰⁸ As referências dessa seção às regras de direito comparado são de MUÑOZ, Helena Soletto, *La mediación en la Unión Europea*, in PARGA, María Otero; MUÑOZ, Helena Soletto (Org.), *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente* 2007, págs. 185-203.

¹⁰⁹ PASSOS, Celia, *Op. Cit.*, p. 95.

¹¹⁰ <<http://www.europarl.europa.eu/RegistreWeb/search/simple.htm?fulltext=media%C3%A7%C3%A3o&year=2011>>, relatório P7_A(2011)0275, referente a sessão de 15/07/2001, acesso em 25/11/2014.

¹¹¹ *Quantifying the cost of not using mediation – a data analysis*, disponível em <<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201105/20110518ATT19592/20110518ATT19592EN.pdf>>, acesso em 25/11/2014.

federações de bancos, institutos de advogados e universidades, no qual os assinantes se comprometem com a utilização da mediação como forma primordial de resolução de seus conflitos, aliada aos demais métodos consensuais, na criação de uma cultura de paz¹¹². A iniciativa nasceu do ilustre professor Kazuo Watanabe, presidente do Conselho de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Ciesp/Fiesp, conhecido fomentador da utilização das formas consensuais no direito brasileiro.

Em que pese não tenha havido a participação da Defensoria Pública no evento e muito embora a utilização das formas consensuais seja decorrente de disposição legal para a instituição, sugeriu-se a adesão ao compromisso com a finalidade simbólica de firmar posição no sentido da importância da arbitragem para a instituição. Dessa forma, pretende-se que a Defensoria Pública assine o compromisso, dando ainda mais visibilidade à utilização da mediação no Brasil.

Com relação à arbitragem, embora não seja o objeto principal do presente estudo, também possui histórico antigo de utilização entre os homens ao redor do mundo. Costuma-se apontá-la como tendo sido a primeira forma de solução heterocompositiva de conflitos utilizada, antes do monopólio da jurisdição estatal, e há passagens de sua utilização já na antiguidade, cerca de 3.000 anos antes de Cristo. Menciona-se o recurso à arbitragem para a solução de disputas, inclusive, na mitologia grega, entre os Deuses do Olimpo.¹¹³

Desde então o instituto é aplicado entre nós, sendo que nas últimas décadas, depois da aprovação da Lei 9.307/96 e o definitivo julgamento de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, vem se tornando cada vez mais popular, principalmente para a resolução de conflitos surgidos de contratos empresariais.

Tem-se, assim, que a prática das formas consensuais de resolução de conflitos tem expressão mundial e observou forte crescimento nas últimas décadas, principalmente em decorrência da sua aplicação e efetividade na resolução dos conflitos de interesses.

4.3 O papel do Judiciário na aplicação dos meios consensuais – Resolução 125 do CNJ

A discussão da possibilidade de utilização dos meios consensuais de resolução de conflito no âmbito do próprio Judiciário, como se viu, não é nova. Em nosso país, um dos

¹¹² <<http://www.fiesp.com.br/noticias/fiesp-ciesp-entidades-e-empresas-assinam-pacto-pela-mediacao/>>, acesso em 03/12/2014.

¹¹³ CAHALI, Francisco José, *Curso de arbitragem*, p. 29.

primeiros a considerar o assunto uma necessidade, em vistas à efetividade da prestação jurisdicional, foi Kazuo Watanabe, para quem se fazia premente a instituição de uma política pública para o tratamento adequado dos conflitos de interesses.¹¹⁴

Para tanto, entendeu-se necessário não somente que se admitisse a utilização dos meios de maneira incidental aos processos já em andamento, com a suspensão do feito enquanto as partes entabulavam o ajuste, mas também fora dele, com o reconhecimento estatal do acordo formulado. Além disso, em hipóteses de manifestação de vontade de submeter-se à arbitragem, por exemplo, na presença de convenção de arbitragem, a parte é impedida de ingressar em juízo para discutir o objeto do litígio, sendo que se reconhece à outra parte o direito de ver instaurado o processo arbitral.¹¹⁵

Por outro lado, não é imprescindível que o Poder Judiciário exerça o controle sobre a utilização e as formas de resolução de conflitos alternativas à jurisdição estatal, ao contrário. Sabe-se que o excesso de regulamentação acaba por engessar determinada atividade, sendo que o mercado certamente se encarrega da regulação necessária ao seu funcionamento, assim como hoje ocorre com a arbitragem.

A legislação trouxe as premissas e diretrizes básicas na utilização do meio de resolução de controvérsias e os regulamentos das câmaras arbitrais espalhadas pelo país se encarrega do restante da regulamentação necessária para a instauração da arbitragem. A disseminação do instituto e o aumento do número de instituições capazes de oferecer o serviço torna o campo autorregulatório, de modo que as próprias partes escolhem a instituição que melhor lhes aprouver e aprovam ou não o resultado final. A tendência, portanto, é que somente os bons prestadores de serviço permaneçam em atividade.

Da mesma forma, embora se possa contar, sem sombra de dúvidas, com serviços de mediação e conciliação oferecidos pelo Judiciário, antes ou depois do ajuizamento efetivo de ações judiciais, não se deve restringir a oferta de tais meios ao Estado. Tampouco se parece necessária a regulamentação estrita da utilização dos meios consensuais, sendo certo que o estabelecimento de diretrizes mínimas já é suficiente para a autorregulação pelo mercado.

De outra parte, o Poder Judiciário tem penetração profunda na sociedade como um todo e continua sendo o meio preferencial para a resolução dos conflitos, de modo que a utilização dos meios consensuais em sua estrutura tem função educativa e divulgadora. Atribui-se ao Judiciário importância na criação de uma cultura nacional mais pacificadora e menos adjudicadora.

¹¹⁴ Op.Cit.

¹¹⁵ Assim dispõem os artigos 7º, da Lei 9.307/06 e 267, VII e 301, IX, do Código de Processo Civil.

Assim, embora não se possa pretender centralizar no poder estatal a utilização das formas consensuais, o que não é sequer desejável (já que produzirá o resultado oposto ao que se pretende, com as partes obrigatoriamente ajuizando demandas para obter a composição amigável), é importante que eles também se verifiquem nos processos adjudicados, inclusive na esteira do que se disse sobre utilização do meio mais adequado à resolução das controvérsias. Isso porque “*é atribuída ao Poder Judiciário a função de garantir o acesso à justiça, como prestador de serviço público essencial à sociedade, indispensável à cidadania, necessário à solidificação da democracia e imprescindível ao Estado de Direito*” (CAHALI, p. 45).¹¹⁶

Foi com vistas à necessária e urgente criação de uma cultura de paz no país que o Ministro Cezar Peluso, em seu discurso de posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, manifestou preocupação com a sobrecarga insuportável de processos e discorreu sobre a necessidade de uma política pública menos ortodoxa do Poder Judiciário em relação ao tratamento dos conflitos de interesse.¹¹⁷

Ao se desenvolver esse conceito de “abandono de fórmulas exclusivamente positivadas”, de fato, o que se propõe é a implementação no nosso ordenamento jurídico-processual de mecanismos processuais e pré-processuais que efetivamente complementem o sistema instrumental visando o melhor atingimento de seus escopos fundamentais ou, até mesmo, que atinjam metas não pretendidas diretamente no processo heterocompositivo judicial.¹¹⁸

Na visão de Fernanda Levy, Helena Mandelbaum, Sandra Bayer, Tania Almeida, Adolfo Braga Neto e Marco Lorencini, a Resolução 125 altera o paradigma das demais formas de resolução de controvérsia, que deixam de ser vistas apenas como “formas alternativas” para ganharem o status de “métodos consensuais de resolução de conflitos”, parceiros da resolução judicial no tratamento dos desentendimentos e das lides.¹¹⁹

A Resolução é, portanto, produto de uma construção que prega a mudança de mentalidade relacionada à solução dos litígios pelo Poder Judiciário, que agora é o centro de tratamento adequado dos conflitos de interesse, em atenção à natureza e peculiaridade destes (art. 1º da Resolução).

¹¹⁶ CAHALI, Francisco José, Op.Cit., p. 45.

¹¹⁷ LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta; A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça: Origem, Objetivos, Parâmetros e Diretrizes para a Implantação Concreta, in Conciliação e Mediação: Estruturação..., p. 229.

¹¹⁸ Manual de Mediação Judicial, *Ministério da Justiça*, 2013, disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/manual_mediacao_judicial_4ed.pdf>, acesso em 15/05/2014.

¹¹⁹ In Resolução 125 do CNJ – *Leitura comentada*, disponível em <<http://www.foname.com.br/wp-content/uploads/2011/10/MEDIACAO-CNJ-RESOLUCAO-GUIA-PRATICO-final.pdf>>, acesso em 15/05/2014.

Em seus considerandos, ressaltou-se que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do sistema de justiça. Além disso, estabeleceu-se, sem margem para dúvidas, que o acesso à justiça, como direito constitucional fundamental, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa.

Afirmou-se, ainda, que havia necessidade de consolidação e implementação de política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento de mecanismos consensuais de resolução de litígios e que tais meios são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios.

Considerou-se, ainda, a necessidade de sistematizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos, para assegurar a boa execução da agora política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses.

Para a consecução de tal finalidade, criou-se uma rede institucional, com regras bem definidas para a implantação e funcionamento do que se chamou de *Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania* na estrutura do Poder Judiciário. Ainda farão parte de tal rede, nos termos do art. 5º da Resolução, entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino. Vê-se que a rede considera a importância da participação do Judiciário na adoção dos meios consensuais, mas admite a inclusão de outras entidades colaborativas.

A Resolução criou, no âmbito de cada Tribunal de Justiça dos Estados, o que denominou *Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos*, de observância obrigatória por todos os Tribunais e compostos por magistrados (da ativa ou aposentados) e servidores.

É por meio de tais Núcleos que cada Tribunal instalará os chamados *Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania*, conhecidos na atualidade como CEJUSCs. Esses centros são os órgãos operacionais da política de tratamento adequado dos conflitos de interesse preconizado pela Resolução, em unidades destacadas do Tribunal respectivo, responsáveis pela administração dos procedimentos de conciliação e mediação.

No seu art. 10 a normativa dispõe que a competência de tais centros não se restringe à atuação na fase processual dos litígios, mas também em dar tratamento pré-processual aos conflitos. Assim, embora se trate de órgão da estrutura do Poder Judiciário, não necessariamente é preciso ingressar-se com demanda judicial para que se possa fazer uso de tal sistema consensual de resolução de litígios, o que se coaduna com a moderna visão a

respeito do Judiciário e do efetivo acesso à Justiça, como se desenvolveu anteriormente no presente trabalho.

Esse sistema pré-processual, nos termos do Anexo II da Resolução em comento, somente pode ser admitido em casos que versem sobre direitos disponíveis em matéria cível, de família, previdenciária e da competência dos Juizados Especiais. O interessado procura pessoalmente os Centros e a outra parte é convidada para a sessão de conciliação ou mediação e, caso haja acordo, ele será homologado pelo juízo. Se não houver acordo, as partes serão orientadas a buscar, se o caso, o ajuizamento da demanda no juízo competente.

É de se salientar que, pela própria natureza da atuação pré-processual dos CEJUSCs, a participação das partes nas sessões de mediação ou conciliação se dará sem representação de advogado. Sem dúvida, cabe sempre a orientação por profissional do Direito se a parte assim o desejar e for de seu interesse obter informações sobre as possíveis consequências jurídicas do acordo, mas não haverá interferência do advogado no ajuste, que pressupõe o contato apenas das partes com o conciliador/mediador.

Admite-se, também, que as demandas já em andamento sejam levadas aos *Centros* para tentativa de composição amigável, com a indicação de utilização de composição ou mediação. A iniciativa para tal remessa pode ser das partes, por meio dos procuradores, do membro do Ministério Público oficiante ou mesmo do magistrado. De qualquer forma os autos retornarão ao juízo de origem, que homologará o acordo caso ele tenha sido realizado, ou dará prosseguimento ao feito caso as partes assim o desejem.

Em relação aos conciliadores e mediadores, a Resolução exige curso de capacitação, nos moldes que apregoa, para que possam realizar a função nos *Centros Judiciários*. Exige-se, ainda, que os servidores destacados para os *Centros* recebam capacitação específica, já que devem possuir conhecimento suficiente para o correto encaminhamento da demanda para cada modalidade de resolução de conflito e permitir que façam as partes uma opção consciente.¹²⁰

A Resolução traz, por fim, um Código de Ética para os profissionais atuantes nos *Centros*, que fixa padrões de comportamento ético e posturas exigidas no desempenho das funções.

Francisco José Cahali destaca os aspectos mais relevantes da codificação em relação à ética: São apontados os princípios fundamentais da atuação dos conciliadores e mediadores: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência, autonomia e respeito à ordem pública e às leis vigentes; são apresentadas regras de procedimento, que

¹²⁰ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta, *Mediação Judicial...*, p. 119.

permitem o envolvimento das partes com a necessidade de que os mediadores e conciliadores, enquanto nesta posição, estejam totalmente desvinculados de sua profissão de origem, destinando-se tão somente à prática dos atos necessários para o bom aproveitamento da sessão.¹²¹

Dessa forma, com a promulgação da Resolução 125 e a efetiva implantação da sua estrutura de tratamento adequado dos conflitos de interesses¹²², o Poder Judiciário se aproxima da atuação ideal, tendente à pacificação social com justiça e adequação da resposta a cada conflito que lhe é posto.

4.4 Vantagens e críticas em relação à adoção das soluções consensuais

Não se pode deixar de apreciar as dúvidas recorrentes quando se mencionam os benefícios da utilização de meios alternativos à jurisdição estatal, para a resolução de conflitos. É comum que se divulgue a existência dos métodos consensuais como uma resposta à sobrecarga do Judiciário, como uma panaceia para a resolução de todos os problemas da sentença judicial, mas não se pode analisar a utilização dos ADRs com uma visão tão romântica.

É preciso que se analisem também os aspectos contrários à tomada de soluções consensuais, bem como eventuais excessos que são praticados em nome da busca irrefletida e desenfreada de uma composição amigável.

A opção pela cultura de paz, embutida nas ideias de quem defende a utilização dos meios consensuais, também resulta da busca pela evolução da sociedade rumo à uma cultura mais participativa. As vantagens gerais da adoção de tais mecanismos são de várias ordens: obtenção de resultados rápidos, confiáveis, econômicos; ampliação de opções às partes em conflito e aperfeiçoamento do sistema de justiça, tendo em vista a redução dos números de processos que resulta naturalmente da correta utilização dos meios consensuais.¹²³

Diz-se, ainda, que a composição amigável das partes, seja resultante de uma conciliação, ou de um processo de mediação, empodera os envolvidos para o tratamento dos

¹²¹ Op. Cit., p. 52.

¹²² Sabe-se que a estrutura prevista na Resolução já conta com implantação total em várias comarcas, mas ainda há diversos lugares que somente contam com iniciativas pontuais do Judiciário local ou de instituições parceiras para a implementação da política adequada de resolução de conflitos, como é o caso da comarca de Santos/SP, que não conta com um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, ao menos até o mês de agosto de 2014.

¹²³ TARTUCE, Fernanda, Op.Cit., p. 201.

próprios problemas, o que é de grande importância, principalmente em relação às relações continuadas, já que em situações dessa natureza conflitos voltam a surgir, se não trabalhados na sua essência. O processo judicial resolve apenas a lide exposta, levada ao conhecimento do juiz, falhando em considerar a lide real, o que realmente motivou as partes a buscarem uma solução.

Embora haja muitos defensores da utilização dos métodos consensuais, também são tecidas inúmeras críticas à adoção de tais procedimentos em substituição à sentença judicial.

Um dos argumentos utilizados pelos contrários aos ADRs seria a privatização da justiça, que ocorreria com a resolução dos conflitos pelas próprias partes, retirando do Estado uma de suas funções essenciais e deixando as partes em situação desprivilegiada. Ademais, o fomento para a opção pelos meios consensuais seria resultante de um esforço do mercado no sentido dessa privatização da justiça, de modo que o Judiciário interviesse menos nas relações entre as pessoas, em clara visão neoliberal.

Não se desconhece, com tal propósito, o Documento Técnico 319/96 do Banco Mundial, intitulado *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma*, que traz recomendações a respeito do Poder Judiciário e das formas de resolução de conflitos.

Da leitura de tal documento¹²⁴vê-se que a intenção inequívoca do Bird, como não poderia deixar de ser, é que o Poder Judiciário seja eficaz e funcional como elemento relevante ao desenvolvimento econômico, para, de forma previsível, garantir os direitos individuais e a propriedade, gerando segurança jurídica para o mercado.

Nessa medida, o documento sugere a necessidade de reformas nos sistemas judiciários dos países mencionados de forma a fomentar a utilização dos meios consensuais de resolução de conflito. Por óbvio, diante da natureza da atuação do Banco Mundial, o que pretende com essa opção pelas vias alternativas à jurisdição estatal não é o empoderamento das partes, ou a efetiva pacificação social, mas apenas que se evite a busca pelo Judiciário, com seu conseqüente enfraquecimento. As três principais vertentes da reforma do Judiciário propostas pelo documento são: o controle externo do Judiciário, a prevalência jurisprudencial na cúpula do Judiciário e a criação de mecanismos consensuais de resolução de conflitos. Todas desaguam no último intuito do documento: a limitação da base da magistratura, pela verticalização do Poder Judiciário, como forma de facilitar a implantação da estrutura

¹²⁴ Disponível em <<http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf>>, acesso em 05/08/2014.

neoliberal, a sobredeterminação econômica que a crise do capitalismo impõe aos países periféricos.¹²⁵

A utilização das formas consensuais explicitada no texto tem fundamento expresso na minimização da morosidade e corrupção do sistema, mas em nenhum momento demonstra pretender atacar as supostas causas dessa morosidade. Pretende-se, também, uma maior previsibilidade no que concerne às decisões tomadas, em relação às sentenças judiciais. O documento diz ainda que um dos fatores que deve ser levado em conta pelas partes que pretendem adotar as formas consensuais pode ser a percepção da possibilidade de uma derrota processual no sistema formal.

O documento aponta, ainda, a seguinte assertiva: “os programas de reforma do Judiciário devem rever as custas processuais determinando se são suficientemente altas ao ponto de deter demandas frívolas...”. Parece-nos evidente que o Banco Mundial não se preocupa com o acesso à justiça ou qualquer outro fundamento relevante para a busca do Poder Judiciário, mas sim que ele se detenha apenas de demandas que tenham relação com os interesses do mercado, e possam decidi-las de maneira mais uniforme.

É inegável que um Judiciário capaz de dar previsibilidade aos conflitos de interesse gerados pelo mercado, enfraquecido, pois menos procurado, e capaz de garantir o direito de propriedade e o desenvolvimento econômico, é o que interessa ao Banco Mundial. Por isso, nenhuma surpresa a intenção manifestada no documento mencionado, que aponta as razões pelas quais caberia uma reforma no sistema judiciário nos países apontados, de maneira a deixa-los mais conforme as necessidades do mercado.

De outra parte, há quem se posicione de maneira contrária às soluções consensuais por considerar que elas sejam opções pobres em relação ao Judiciário, ente destinado exclusivamente para a resolução de conflitos de interesses. Dentre os contrários, recebe maior destaque Owen Fiss, americano que publicou seu “*Against Settlement*” em 1984¹²⁶ e se posiciona de maneira inflexiva ao lado da jurisdição estatal sempre.

O autor argumenta que para os defensores dos chamados ADRs o processo seria pior em relação ao acordo porque a ideia de um terceiro exercitando seu poder enquanto decide as disputas das partes não seria o ideal. Aponta, contudo, que a realização de um acordo não pode ser vista, de maneira geral, como preferível a um julgamento, tampouco que deva ser

¹²⁵ MELO FILHO, Hugo Cavalcanti, *In A Reforma do Poder Judiciário Brasileiro: Motivações, Quadro Atual E Perspectivas*, Revista CEJ, Brasília, n. 21, p. 79-86, abr/jun 2003.

¹²⁶ *Yale Law Journal*, Volume 93, Number 6, May 1984.

institucionalizado de maneira indiscriminada. Para ele, a autocomposição seria uma técnica problemática e reducionista.

Isso porque, em sua concepção, o acordo é frequentemente fruto de coação, de modo que a questão fica resolvida, mas a justiça não é feita no caso concreto. A ideia de resolução de disputas que admite a utilização dos ADRs pressupõe que exista uma igualdade entre as partes que contendem quando, em verdade, o acordo é também um resultado dos recursos de que a parte dispõe para financiar o litígio, e essa distribuição é, muitas vezes, desigual.

Segundo afirma, a disparidade de recursos das partes pode influenciar o acordo de três formas: a parte mais pobre pode ser menos capaz de obter informações sobre o possível resultado do processo e as desvantagens do acordo; ele pode precisar do dinheiro que pede em juízo e, por isso, aceitar o acordo como uma forma de acelerar o pagamento; ou ele pode fazer o acordo por não ter condições financeiras de levar o processo até o fim. Para o autor, uma diferença crítica entre a sentença judicial e o acordo é que o acordo aceita as desigualdades entre as partes como um componente legítimo do procedimento, enquanto um processo como um julgamento adjudicado luta para corrigir tais desigualdades.

Prossegue afirmando que os defensores dos meios consensuais entendem que o acordo é um substituto perfeito para uma sentença, porque tem o mesmo propósito, que é obter a paz entre as partes, com menos custos para elas e a sociedade como um todo. Porém, para ele o processo judicial usa recursos públicos e funcionários concursados, com poderes conferidos por lei. Na sua visão, o trabalho dessas pessoas não é maximizar os proveitos das partes, nem assegurar a pacificação social, mas dar força aos valores trazidos na constituição e legislação, da garantia de direitos e aplicação do ordenamento. Para ele, ser contra o acordo é somente sugerir que quando as partes transacionam a sociedade ganha menos do que aparenta, e por um preço que não sabe que está pagando, já que podem transacionar sem fazer justiça.

O processo judicial seria, na sua visão, um arranjo institucional para o uso do poder estatal de modo a transformar a realidade, de maneira a torná-la mais próxima dos nossos ideais – as pessoas procurariam o Judiciário porque dele necessitam, não porque possuiriam algum desvio de personalidade ou tendência ao litigar.

Os argumentos do autor, embora contundentes, não são suficientes para gerar o desprestígio das formas consensuais de resolução de controvérsias, principalmente porque assentados em premissas que, ao menos em nosso sistema jurídico, estão longe de corresponder à realidade.

Primeiramente, é de se ver que a submissão da questão em litígio à decisão judicial estatal nem sempre é sinônimo de obtenção de justiça. A simples aplicação da lei ao caso concreto, em muitas situações, é por si só fator gerador de desigualdades. Ademais, o juiz só poderá decidir a lide nos limites em que foi proposta, não podendo decidir a questão a favor do autor, de natureza diversa do pedido, e nem condenar o réu em quantia superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Desse modo, se a justiça da decisão depender da análise de fatores externos à questão colocada não se fará justiça com a sentença, que provavelmente somente eternizará a disputa de poder entre as partes. É por demais idílico acreditar que a sentença judicial, por observar o Direito posto, é capaz de realizar a justiça no caso concreto e imaginar que uma solução consentida jamais conseguiria tal desiderato.

Não se pode negar que dentre os motivos para a realização de um acordo, não estejam aqueles não desejáveis apontados por Owen Fiss, como a necessidade de dinheiro em tempo breve, ou a falta de condições financeiras para manter uma ação judicial até o fim. A diferença é que o sistema brasileiro admite, em hipóteses muito mais alargadas, o acesso à justiça de forma gratuita, inclusive por meio de instituições destinadas à população carente, de modo que as hipóteses de acordo com essa preocupação se tornam mais restritas.

Por outro lado, até mesmo na pendência de um processo judicial finalidades outras podem estar presentes, a “macular” a pureza da decisão estatal. O processo judicial pode ser visto como um jogo e, como tal, com jogadas e riscos calculados de ambos os lados, distantes da absoluta eficiência descrita pelo estudo. Nas palavras de Sidnei Agostinho Beneti:

Só a idolatria estatal, alimentada pela nociva ingenuidade científica ou pelo preconceito ideológico impermeável à razão, podem sustentar a crença de que o julgamento jurisdicional realizado pelo Estado seja sempre justo e de que somente esse julgamento seja apto à realização da Justiça no caso concreto. O risco da injustiça, contra o qual se luta com todas as forças, contudo, sempre existe. Ressaltou Miguel Reale que "seria ingênuo pensar que há soluções políticas ou jurídicas totalmente isentas de risco".¹²⁷(BENETI, 2002)

A ideia de que um processo sempre traz justiça ignora as nuances da realidade social existente em todas as disputas, principalmente aquelas levadas ao Judiciário. Entre aquele que detém razão de maneira extrema de dúvidas, ao lado de quem está o Direito (nos casos em que a situação é cristalina e as posições facilmente detectáveis), e a outra parte, há uma miríade de fatos e normas incidentes, o que pode inclusive levar a decisões conflitantes dentro do próprio sistema de justiça. Admitir que a decisão judicial é sempre boa e dá à quem de

¹²⁷ In “*Resolução Alternativa de Conflitos (ADR) e Constitucionalidade*, Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 5, n. 9, jan/jun, 2002.

direito o que lhe compete, como se os fatos concretos fossem tão pretos e brancos, quer nos parecer desconhecimento da realidade.

Ademais, o risco de manutenção das desigualdades durante a utilização de meios consensuais, ou de que tais desigualdades levem a um acordo prejudicial ao interesse de uma das partes, realmente existe. Contudo, o que se propõe é a utilização séria e refletida de tais meios, de modo a que tais desigualdades sejam levadas em consideração e não possam redundar em acordo prejudicial ao mais fraco. Por isso se defende a realização de capacitação dos terceiros intervenientes nos meios consensuais, para que se possam minorar as possibilidades de um acordo não refletido ou que não leve em consideração fatores discriminantes na prática, o que acaba por gerar desconfiança no sistema.

De outra parte, a utilização de um meio não litigioso de maneira bem conduzida pode neutralizar eventuais desigualdades, de modo a conduzir um acordo destinado a atender às necessidades das partes e pacificar com justiça.

A respeito do assunto, Marc Galanter¹²⁸, em novo estudo, aponta a dificuldade de se mensurar a qualidade de um resultado de processo de resolução de disputas. Afirma que as pessoas normalmente afirmam que um acordo é benéfico em relação ao processo porque as partes exercem seu senso de responsabilidade e tendem a dar cumprimento de maneira mais efetiva ao que acordaram, ainda que não haja a coação e o peso direto de uma decisão estatal. Argumenta, contudo, que a própria comparação deste tipo é difícil porque a vida real não oferece casos iguais em todas as circunstâncias e que pudessem ser adequadamente comparados – não há um equivalente jurídico às pesquisas com gêmeos idênticos. Não haveria, dessa forma, como considerar um meio como superior aos demais.

O autor cataloga os argumentos de superioridade das formas consensuais de resolução de conflitos, mencionando que são considerados superiores porque levam em conta os interesses das partes; garantem maior satisfação a elas e às suas necessidades; geram economia de recursos pessoais e públicos. Além disso, seus resultados seriam superiores pelos seguintes argumentos: a solução consensual envolve um comprometimento das partes maior do que uma solução adjudicada, pois revela uma posição intermediária entre o que pediu e o que obteve; as partes conhecem melhor os fatos, as relações anteriores e as suas próprias preferências; os acordos envolvem uma maior variedade de resultados possível, soluções

¹²⁸ “Compared to What? Assessing the Quality of Dispute Processing,” *Denver University Law Review*, 66(3):xi-xiv (1989).

intermediárias e construídas “a gosto do freguês”, dentre outros efeitos superiores, como o efeito educativo nos outros atores sociais.

Para ele, contudo, nenhum desses motivos é bom de maneira isolada, de modo que a opção pelo acordo deve ser refletida e a busca dos operadores do direito deve ser no sentido de obter um acordo ótimo, utilizando-se bem de todos os meios postos à disposição e com conhecimento de todas as variáveis incidentes no caso concreto.

Dos argumentos lançados no artigo, que levou em consideração inúmeros estudos publicados à época em relação às ADRs, interessante nos deter em algumas análises. Segundo aponta, um número significativo de acordantes não está satisfeito com o acordo feito, o que desmontaria o argumento de satisfação das partes. Pesquisas demonstravam que as partes que mais estão satisfeitas com os acordos são os empresários, altos executivos e administradores de risco, em relação aos processos que são levados a julgamento. Outro estudo mostrava que as partes que chegaram a um acordo de maneira mediada (guiada por um terceiro) demonstraram mais satisfação do que as que tiveram seu conflito adjudicado (o autor aponta o fato de que tais pessoas não chegaram a um acordo por elas mesmas, mas receberam auxílio de terceira pessoa para que chegassem a ele – talvez por isso a satisfação maior).

Pode-se concluir, portanto, que a presença de um terceiro facilitador qualificado, ou de qualquer maneira interveniente na disputa, pode gerar maior satisfação às partes em relação ao resultado obtido e, além disso, minimizar a possibilidade de realização de um acordo ruim ou prejudicial aos interesses da parte.

O autor se manifesta de maneira desconfiada em relação à suposta satisfação das necessidades das partes, apontando que tais necessidades, na prática, são de difícil, senão impossível, descoberta. Ademais, novamente se utiliza da dificuldade fática de comparação de resultados para concluir que não há como evidenciar a superioridade de um acordo em relação à economia de recursos das partes.

Referido estudo acaba por concluir que não há como mensurar, de forma qualitativa, o resultado de um ou de outro meio de resolução de disputa, de maneira isolada. Para ele, um acordo não é intrinsecamente bom ou ruim, não mais do que a decisão adjudicada é boa ou má, de modo que os ADRs não possuiriam nenhuma característica geral que nos levasse a evitá-los, tampouco recomendá-los de maneira geral e irrestrita.

A conclusão de tal estudo não poderia ser outra: um resultado obtido por meios consensuais de resolução de disputa não é sempre, de maneira intrínseca, preferível à sentença judicial, à decisão adjudicada. Há inúmeros motivos pelos quais em determinadas situações

um acordo simplesmente não será a melhor opção: desde a absoluta falta de vontade da parte em se comprometer com a tomada de decisão, mesmo com a intervenção de um terceiro; uma situação de desigualdade gritante que gere inegável prejuízo a uma das partes numa decisão consentida; situações de urgência e que demandem uma decisão dotada de poder coercitivo de modo a tutelar grave violação de direitos; dentre outras que, pela própria natureza, façam necessária a intervenção estatal para a efetiva pacificação social.

Em determinados conflitos, como os decorrentes de relações familiares, é inegável que o surgimento das disputas e suas características, principalmente a continuidade dos vínculos, trazem elementos que recomendam e justificam a adoção de meios consensuais para a resolução dessas disputas. Isso porque, nessas circunstâncias, uma solução dialogada tende a considerar melhor as posições dos envolvidos e ser construída nas bases expostas do relacionamento, de modo que há a tendência natural de observância do quanto decidido em conjunto.

Uma sentença judicial que simplesmente atribua a guarda de uma criança ao pai, ou à mãe, com fundamento em estudo social unidimensional e elaborado de maneira pontual em um único dia, certamente falhará em considerar o espectro de fatores que influenciaram o litígio. Nessas situações, uma solução adjudicada parece ser mais pobre em relação a uma forma consensual, mais adequada a esse tipo de disputa. Contudo, nem mesmo dentre as situações em que mais se utilizam os meios não litigiosos pode-se falar de maneira absoluta da preferência de um ou de outro meio para resolver a controvérsia.

A utilização dos meios consensuais de resolução de disputas não é para todas as hipóteses, nem deve ser buscada de maneira irrefreada. Nunca se poderá admitir, nem parece ser o que se pretende, a substituição da jurisdição estatal pelos modos consensuais de resolução de disputas. Nas palavras de Carlos Alberto de Salles, *não há razão de ordem prática ou jurídica, em todo caso, para permitir a afirmação da precedência das formas judiciais sobre as demais (...), mas apenas uma dentre várias formas de solucionar as disputas surgidas na sociedade*¹²⁹.

Cabe falar-se em meio *adequado*, para cada caso concreto, à resolução da controvérsia surgida. Referida adequação não se dá em nível abstrato, mas depende da análise dos elementos do conflito e da relação das partes em disputa, para que se possa falar em efetividade.

¹²⁹ *Op. Cit.*, p. 792.

4.5 Meios consensuais em espécie – principais formas no direito brasileiro

Embora se saiba da existência de várias formas alternativas à jurisdição estatal para a resolução dos conflitos em nosso país, como a negociação, por exemplo, tendo-se em vista o restrito objeto deste trabalho pretende-se dar ênfase apenas às modalidades a seguir expostas.

4.5.1 Arbitragem

É uma forma de heterocomposição de litígios ao lado da jurisdição estatal, pela qual as partes, em comum acordo, estabelecem que um terceiro ou colegiado terá poderes para solucionar a controvérsia entre eles, sem a intervenção estatal. Essa decisão tem a mesma eficácia de uma sentença judicial e se impõe aos litigantes.

Uma das principais vantagens na utilização da arbitragem é a possibilidade de escolha do árbitro de acordo com a vontade das partes, que podem optar por pessoa especializada no objeto do litígio.

Feita a opção pela utilização da arbitragem por meio da convenção arbitral (que pode ser uma cláusula contratual ou compromisso à parte), as partes devem levá-la a efeito, de modo que a existência da convenção de arbitragem é causa impeditiva do ajuizamento de demanda judicial com o mesmo objeto. Além disso, uma parte pode instituir de maneira forçada a arbitragem, ainda que a outra assim se oponha na presença de convenção de arbitragem¹³⁰.

Ainda que no Brasil a opção primordial para a resolução dos litígios seja a adjudicação estatal, na atualidade a utilização da arbitragem tem crescido bastante, principalmente na resolução de conflitos nascidos de relações contratuais. Há inúmeras Câmaras de Arbitragem em funcionamento, mormente no Estado de São Paulo, e as pessoas têm cada vez mais tido confiança nos serviços prestados pelos árbitros. As características mais buscadas na arbitragem são a especialização do árbitro ou painel de árbitros, e a rapidez no julgamento, com prazos bem definidos, bem como possibilidade de adoção de um calendário expresso a respeito do andamento do feito.

¹³⁰ CAHALI, Francisco José, *Op.Cit.*, p. 85 e ss.

Todavia, a arbitragem possui limitações de matéria, de modo que não pode ser utilizada para a resolução de qualquer conflito. A sua lei de regência (Lei 9.307/96) dispõe, em seu artigo 1º: “*As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”.

Tal limitação impede, de maneira geral, a utilização livre da arbitragem para a resolução de qualquer conflito de interesse, já que em direito de família quase todos os assuntos discutíveis e regulamentados pelo Direito estão no rol dos direitos indisponíveis. Em vista do objeto restrito do presente estudo e das discussões a respeito do seu cabimento para os conflitos de família, restringir-se-á a análise das formas de composição consensuais mais utilizadas em direito de família, quais sejam, mediação e conciliação.

Conforme Cahali, “*De maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família (em especial ao estado das pessoas, tais como filiação, pátrio poder, casamento, alimentos), aquelas atinentes ao direito de sucessão...*”.¹³¹

Em que pese tal posicionamento, hoje é possível admitir-se a utilização da arbitragem ao menos em alguns aspectos do direito das famílias e das sucessões, como aquelas relativas exclusivamente ao patrimônio.

Se, embora o conflito tenha nascido em decorrência de uma relação familiar, a única questão pendente de resolução seja alguma relacionada ao patrimônio e, portanto, absolutamente disponível (não havendo, por óbvio, bens ou parcela de patrimônio pertencentes a menores ou incapazes), não há razão para evitar que as partes optem por submeterem-se à arbitragem para resolverem a disputa patrimonial¹³².

Seria possível, por outro lado, que os herdeiros às voltas com conflitos nascidos de situação decorrente da partilha dos bens deixados pelo sucessor possam convencionar a realização de arbitragem para a solução dos impasses.

Pode-se, ainda, vislumbrar a possibilidade de que o próprio autor da herança faça testamento impondo aos herdeiros que resolvam conflitos surgidos da partilha por arbitragem, em posição brilhantemente defendida por Francisco José Cahali (desde que a convenção de arbitragem seja imposta sobre a parte disponível do patrimônio ou em face de herdeiros facultativos, em vista da restrição operada pela legítima).

¹³¹ *Op. Cit.*, p. 39.

¹³² A posição é defendida inclusive na última versão do seu Curso de Arbitragem, de 2014, em que o ilustre professor esclarece: “A vantagem em relação ao processo judicial é expressiva, ou melhor, extraordinária! A práxis de aproximadamente 20 anos no contencioso nos mostra que uma partilha litigiosa tem previsão, na cidade de São Paulo, para se prolongar por 10 anos, entre perícias, levantamentos, julgamentos e recursos. Aliás, diria que a demora é tamanha a ponto de os envolvidos, na maioria das vezes, desistirem de buscar seus direitos, conformando-se com soluções negociadas, ainda que extremamente desvantajosas”. *Op. Cit.*, p. 396/397.

Necessário é vencer preconceitos e trazer a cultura da arbitragem também ao direito das sucessões. Em uma rápida alimentação da criatividade, podemos cogitar em instauração do juízo arbitral para solucionar desde conflitos pontuais na gestão dos bens, como a própria partilha. Quando diante de direitos patrimoniais disponíveis (partes maiores, capazes) os herdeiros podem, em comum acordo, levar toda espécie de conflito ao juízo arbitral.(...)

Há possibilidade, ainda, de inclusão da convenção arbitral no contrato de convivência entre os companheiros. É o caso das partes admitirem a união em determinado período, mas litigarem sobre a divisão do patrimônio (exclusão de bens sub-rogados, avaliação e a própria partilha). Nesta situação, pode-se utilizar da arbitragem para, de uma forma rápida, segura e técnica, resolver-se a questão patrimonial.¹³³

Por outro lado, não há nenhum impedimento, de ordem teórica ou legal, para a utilização da arbitragem pela Defensoria Pública, nas matérias autorizadas pela lei. As dificuldades que se verificam são de ordem prática e organizacional, como a impossibilidade de acesso da população carente diante dos custos, em regra elevados, para a instauração do procedimento arbitral, e o número ainda incipiente de Defensores, ao menos no Estado de São Paulo, capazes de dar vazão a esse novo ramo de atuação.

Seria possível, ainda que em tese, que se criasse uma instituição arbitral no âmbito interno da Defensoria Pública, com árbitros Defensores Públicos, a fim de que se disponibilizasse à população carente, também o acesso a essa forma de resolução de conflitos diversa da jurisdição estatal.

Há iniciativas esparsas em Defensorias Públicas estaduais na utilização da arbitragem institucional, como se verifica em Minas Gerais, estado que já contabiliza iniciativas pontuais de utilização da arbitragem para resolução de conflitos entre usuários do serviço¹³⁴. Contudo, a Defensoria local aprovou recente resolução que pretende a sistematização da arbitragem no âmbito interno, para regulamentar sua utilização de maneira geral pela Defensoria Pública¹³⁵.

¹³³ Entrevista concedida para o Boletim do IBDFAM n° 52, ano 8, set/out 2008, a respeito do estudo “*Ensaio sobre a Arbitragem Testamentária no Brasil com paradigma no Direito Espanhol*”, Revista de Mediação e Arbitragem n° 17, Ano 5, abril-junho de 2008, Coord. Prof. Arnoldo Wald, Ed. Revista dos Tribunais, p.54.

¹³⁴ Infelizmente, a única notícia veiculando prática recente em arbitragem pela Defensoria Pública de Minas Gerais não foi propriamente uma decisão arbitral que tenha colocado fim a uma demanda, mas sim uma mera homologação de acordo, que poderia ter sido obtida pelo Defensor Público, ainda que não investido na função de árbitro. De acordo com a notícia veiculada no *link* a seguir, as partes usuárias do serviço concordaram em nomear um Defensor Público como árbitro da questão em litígio mas, ao final, acabaram por chegar a uma conciliação, sendo que o defensor apenas homologou o acordo obtido. Dessa forma, ainda não há histórico de decisão arbitral propriamente dita que de fato tenha sido proferida por Defensor Público. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-14/defensoria-publica-mg-primeira-sentenca-arbitral>>, acesso em 24-10-2014.

¹³⁵ <<http://www.defensoria.mg.gov.br/comissao-encarregada-dos-estudos-sobre-aplicacao-da-arbitragem-na-dp-mg-realiza-reuniao/>>, acesso em 24-10-2014.

Porém, como na prática ainda não ocorre tal intervenção, e tendo em vista que o objeto do presente estudo resume-se à análise do papel da Defensoria Pública na adoção dos meios consensuais de resolução de conflito no direito de família, passemos às demais formas de resolução não adjudicada de conflitos existentes em nosso sistema.

4.5.2 Mediação

É o método pelo qual um terceiro, neutro em relação às partes e com treinamento especial, realiza a intermediação da comunicação entre eles, atuando na raiz do conflito surgido. Sua intenção primordial não é propriamente conferir uma resposta ao conflito, mas trabalhar as suas causas e consequências.

Fernanda Tartuce define a mediação como “atividade de facilitar a comunicação ente as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual.”¹³⁶

Entende-se indicada para as situações de conflito em que haja um vínculo continuado entre os indivíduos envolvidos, já que tem como objeto a análise abrangente da situação conflituosa, não pretendendo apenas dar-lhe um fim. Interessa-se a mediação em resgatar a qualidade da comunicação das partes, mais do que a busca de um acordo entre elas.

Dessa forma, uma mediação pode se considerar bem-sucedida ainda que as partes em conflito não tenham conseguido resolver o conflito que as levou ao procedimento em primeiro lugar, desde que tenha havido transformação na relação em decorrência da mediação, e que as partes tenham desenvolvido novas formas de comunicação, de modo a prevenir o surgimento de outras disputas.

Pode soar estranho, até mesmo às partes, em um primeiro momento, submeter-se à mediação para, ao final, consumidos tempo e recursos, ainda ser necessária a solução adjudicada (por arbitragem ou processo judicial). Mas, para os profissionais da área, e para aqueles que se submeteram ao procedimento, há o reconhecimento do efeito positivo da mediação, na interrelação e na forma como o conflito será a partir de então conduzido. O “tratamento” gera, no mínimo, a conscientização das posições, a redução do desgaste emocional, o arrefecimento da animosidade e o respeito às divergências. Este resultado, mesmo sem impacto imediato na decisão do litígio, cria até a expectativa de cumprimento espontâneo da solução que, voluntariamente, não foi exitosa, mas resultou da intervenção do terceiro/mediador. Ademais, pela mudança de postura frente ao conflito, as portas da autocomposição

¹³⁶ *Op. Cit.*, p. 208.

estarão sempre mais abertas, talvez aguardando apenas o amadurecimento dos envolvidos que, por sua vez, só o tempo traz.¹³⁷ (CAHALI, p. 59).

Dessa forma, a palavra-chave na mediação é: transformação. O método é instrumento de transformação dos conflitos e dos personagens envolvidos.

Mais será dito no capítulo apropriado do presente trabalho, que tratará do assunto de maneira mais detalhada.

4.5.3 Conciliação

Ao contrário da mediação, que é o método que visa à transformação da comunicação das partes e não necessariamente que cheguem a um acordo, na conciliação há a intervenção de um terceiro facilitador que tem como única finalidade a composição do conflito.

Embora com passagem obrigatória pela análise do conflito, o objetivo primordial da conciliação é a solução do problema, o alcance de um acordo razoável para colocar fim ao litígio.

Trata-se do método autocomposivo mais adequado para os conflitos de características objetivas, nos quais as partes não necessariamente manterão relação posterior ao litígio, sem convivência ou vínculo pessoal anterior a ser preservado. Embora se possa falar de conciliação em conflitos pontuais nascidos de relações permanentes, a técnica não leva em consideração a relação continuada, tendo como foco a solução do conflito posto.

A técnica da conciliação leva a que as partes transacionem com o objeto do litígio, cada qual abrindo mão de parte do que pretendia ganhar com uma resposta heterocomposta, com a finalidade de evitá-la e pacificar o conflito. Não tem, portanto, envolvimento com qualquer lide remanescente.

Sendo essas as principais características da conciliação, mais se falará no capítulo oportuno, a seguir.

4.5.4 Avaliação neutra de terceiro

¹³⁷ CAHALI, Francisco José, *Op.Cit.*, p. 59.

Embora não seja forma ainda utilizada no sistema brasileiro, foi mencionada expressamente no projeto do novo Código de Processo Civil, de modo que merece breve análise.

Trata-se de método de resolução de conflitos no qual um terceiro neutro (avaliador) avalia a disputa na sua fase, de forma confidencial, a fim de auxiliar as partes a definir seus problemas e possibilidades em caso de decisão a ser tomada da forma heterocomposta, aumentando o empenho das partes para chegarem a um acordo.

O avaliador ouve os argumentos das partes a respeito dos fundamentos fáticos e jurídicos que sustentam suas teses e emite um parecer, afirmando qual seria, em sua opinião, uma solução possível para o caso. Esses esclarecimentos podem servir como solução para o caso, se aceita pelas partes, ou podem consistir em pano de fundo para a continuação das tratativas a respeito de um acordo.¹³⁸

A intervenção do terceiro avaliador, especialista no assunto discutido, tem a finalidade de auxiliar as partes, de maneira geral, em relação à causa, tanto de maneira a facilitar eventual negociação para um acordo, como para planejar e prever o andamento de processo judicial, se o caso.

¹³⁸ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta, *Mediação Judicial*, p. 16.

5 Mediação e seus aspectos primordiais

Como se introduziu, mediação é um método que consiste na facilitação da comunicação entre as partes envolvidas num conflito, a fim de que possam protagonizar uma solução consensual para ele ou, ao menos, abrir novos canais de diálogo, de modo a facilitar a convivência e minorar a possibilidade de surgimento de novos conflitos que não consigam resolver.

Historicamente, a mediação é identificada desde os tempos mais remotos em várias culturas, e tem tido aplicação principalmente no âmbito familiar, em diversas tribos e comunidades ao redor do mundo. Alguns remetem sua origem à Bíblia, outros aduzem ser a técnica anterior até mesmo à história escrita, sobretudo na amplitude de conceito de intervenção de um terceiro neutro ao conflito.¹³⁹

Interessante traçar breve panorama da utilização da mediação e suas escolas ao redor do mundo. Nos Estados Unidos, país de tradição na aplicação dos meios consensuais de resolução de disputas, a adoção de tais métodos encontra raízes já na cultura dos povos nativos, fortemente ligada a uma cultura de paz e ideia de justiça que se considerava sagrada, destinada a lidar com as questões subjacentes aos conflitos e reconstruir as relações entre as pessoas em disputa.¹⁴⁰

Embora tal cultura tenha tido importância curial no desenvolvimento da arbitragem em solo norte-americano, ao final do Século XVII viu-se um declínio na utilização de tal método, que somente voltou ao palco das grandes formas de resolução de disputas com o desenvolvimento da justiça comunitária e a resolução de conflitos trabalhistas, na história americana recente, por volta dos anos 70, como resultado do movimento mundial de acesso à justiça. Aponta-se que em 1971 o estado de Ohio estabeleceu um programa de mediação para disputas entre os cidadãos, utilizando estudantes de direito como mediadores, em questões que envolviam pequenos crimes. Foi somente em 1976, com a *Pound Conference*¹⁴¹, contudo, que a mediação passou a ser sistematicamente estudada e aplicada no país.

¹³⁹ FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda, Introdução histórica e modelos de mediação, in Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem, p. 175.

¹⁴⁰ Idem, p. 177.

¹⁴¹ *Pound Conference* é uma tradicional conferência norte-americana historicamente realizada para o estudo das causas de insatisfação popular com a administração da justiça.

Naquele ano, Frank Sander, professor de Harvard, apresentou seu famoso discurso “Variedades de Processos de Resolução de Disputas”, no qual veiculou a ideia do Tribunal Multiportas, já referido, pelo qual a adjudicação judicial seria apenas uma das formas de resolver conflitos, ao lado da mediação, conciliação e arbitragem. Atribui-se à essa conferência o atual estado da arte da mediação no mundo, pela sua importância no estudo dos métodos adequados de resolução de disputas, sendo que depois dela diversas iniciativas do setor público e privado passaram a direcionar os conflitos para os meios não adjudicatórios.¹⁴²

A partir daí viu-se florescer a utilização da mediação comunitária, familiar (tornada obrigatória em alguns estados americanos), e passou-se a discutir a aplicação da mediação também ao direito penal, com a chamada justiça restaurativa. Nos anos 80 diversas disciplinas ligadas à utilização das formas consensuais foram inseridas nas grades curriculares das faculdades tradicionais dos Estados Unidos. Em 1983 foi fundado o Programa de Negociação da Harvard Law School, reunindo acadêmicos de diversas áreas do conhecimento (incluindo o próprio Frank Sander e outros importantes estudiosos do tema como Roger Fisher, William Ury e Lawrence Susskind) para dar enfoque à negociação para solução de disputas.

Pela facilidade do idioma, rapidamente a mediação desenvolve-se também na Austrália e no Canadá, sendo que também a partir da década de 80 floresceram técnicas de interdisciplinaridade em Quebec. Passados alguns anos, aprovou-se a lei 95-125 de 08 de fevereiro de 1995, relativa à organização das jurisdições e ao processo civil, penal e administrativo, que disciplina em capítulo inaugural “A Conciliação e a Mediação Judiciária”.¹⁴³

Águida Arruda Barbosa expõe que a contribuição da França para o desenvolvimento da mediação está na estruturação do pensamento que a acolhe, ou seja, o pensamento binário é substituído pelo pensamento ternário. O pensar binário seria a expressão da lógica clássica, do pensar cartesiano, que se limita a uma única alternativa: certo ou errado, bom ou mal, culpado ou inocente.

Já o pensamento ternário vem estruturado em diversas alternativas, ou seja, entre culpado ou inocente há uma gama de diversas possibilidades, em virtude das diferenças dos protagonistas. Esta visão constitui-se em outra maneira de conceituar a escala axiomática de

¹⁴² FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda, Op. Cit., p. 178/179.

¹⁴³ BARBOSA, Águida Arruda, *História da Mediação Familiar no direito de família comparado e tendências*. Disponível em <www.bvs-psi.org.br/local/file/congressos/AnaisPgsIntrod-parteI.pdf>, acesso em 11-10-14.

culpado ou inocente e, segundo a autora, é neste pensamento ternário que repousa o conceito filosófico da mediação.¹⁴⁴

Ensina Fernanda Lourenço Levy que o movimento da mediação pode ser analisado, de acordo com os ensinamentos de Bush e Folger, sob quatro enfoques: a história da transformação, ligada à transformação dos conflitos e das relações pessoais; da justiça social, com relação à mediação comunitária, modo eficaz de ligar os indivíduos à uma sólida estrutura comunitária e formar bases cívicas que acabam por reduzir a ocorrência de conflitos não solucionados; a história da satisfação, ligada à utilização da mediação como poderoso ferramental capaz de satisfazer as necessidades humanas autênticas com redução dos custos financeiros e emocionais envolvidos e, finalmente, a triste história da opressão, pela qual se viu, em algumas oportunidades no decorrer do desenvolvimento da mediação como técnica, seus aspectos negativos, consistentes na sua utilização para confirmar e aumentar desigualdades entre as partes, com a formatação de acordos injustos que favoreceram partes mais fortes, ou na privatização de conflitos em que havia interesse público subjacente.¹⁴⁵

Feita essa breve análise histórica, vê-se que existem, hoje, variadas técnicas de mediação, cada uma destinada a intervir, de maneira específica, na relação entre as partes, mas o núcleo principal de todas elas é a provocação da reflexão nos indivíduos, sempre se baseando na comunicação presente e a que se pretende. Não se impõem decisões, mas sim se facilita a comunicação das partes.¹⁴⁶

Aponta-se que a vantagem principal da mediação é a sua interferência no conflito de maneira ampla, não apenas à questão surgida no momento, de modo que ela visa à preservação dos vínculos entre as partes, em uma perspectiva de futuro. Buscam-se convergências entre os envolvidos que possam harmonizar a discórdia e facilitar a comunicação, com o resgate de objetivos comuns.¹⁴⁷

A mediação parte da premissa de que o conflito é inerente às relações sociais, algo importante para a formação do indivíduo e da coletividade e fruto da convivência. Os impasses são vistos como momentos de reflexão e transformação, de forma que a abordagem do conflito é posta sob o seu ponto de vista positivo.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço, Cláusulas escalonadas – a mediação comercial no contexto da arbitragem, p. 82 e ss.

¹⁴⁶ TARTUCE, Fernanda, Op.Cit, p. 208.

¹⁴⁷ SALES, Lilia Maia de Moraes, Op. Cit., p. 01.

Pode ser utilizada, portanto, para a resolução de qualquer tipo de controvérsia, tendo sido aplicada de maneira bem-sucedida na área empresarial, educacional, comunitária, criminal (com o modelo de justiça restaurativa) e, principalmente, nos conflitos familiares.

O processo de mediação pode se dar de forma independente de um processo judicial, ou ainda na pendência de uma ação ajuizada. Ainda que existente um processo judicial, podem as partes submeter-se a sessões de mediação em instituição privada, informando ao juízo e solicitando a suspensão do feito. Existem, ainda, como já se mencionou em decorrência da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, Centros de Mediação no âmbito do Judiciário, para o qual podem ser encaminhadas as partes que assim o desejarem.

Embora se costume tratar a mediação como forma de resolução de conflitos e seja essa a sua utilidade essencial no nosso sistema, sua intervenção pode ser muito mais ampla do que isso, pois pode de fato transformar o conflito existente. O procedimento é centrado nas relações, não no problema, e não visa à adoção de uma solução imediata para a discórdia aparente, mas sim a construção de uma solução dialogada, avaliando-se o contexto em que surgiu o conflito, de modo a evitar a ocorrência de novas disputas semelhantes.¹⁴⁸

5.1 Princípios da mediação

Como técnica desenvolvida para facilitar a comunicação entre as partes e possibilitar que elas mesmas resolvam seus conflitos de interesse, a mediação possui princípios básicos, aplicáveis a todas as espécies da técnica. São os principais:

- *Liberdade e poder de decisão das partes*: os envolvidos na mediação devem aderir à sua utilização de maneira voluntária, sem que estejam sofrendo nenhum tipo de coação ou ameaça. Devem estar conscientes dos objetivos do procedimento e que não estão obrigados a entabular acordos ou assinar qualquer documento ao final. As partes são protagonistas do procedimento, sendo que cabe a elas a definição sobre o encaminhamento da controvérsia, que pode ser um acordo ou não.

Nas lições de Maria Celina Bodin de Moraes temos que a liberdade individual é o poder sobre si mesmo, e a possibilidade de realizar uma escolha de acordo com seus próprios princípios e vontades. Se a parte tiver discernimento, será capaz de decidir e autonomia para

¹⁴⁸ Idem, p. 19.

isso, a fim de concretizar seu projeto de vida, numa perspectiva de privacidade, intimidade e livre exercício da vida privada.¹⁴⁹

O exercício livre da autonomia, entretanto, pressupõe conhecimento sobre a sua realidade e as opções viáveis e empoderamento para uma decisão livre. Dessa forma, a parte precisa ser efetivamente informada pelo mediador sobre os limites e objetivos da mediação, bem como os possíveis resultados ao final. É prudente ainda, caso o conflito tenha desdobramentos processuais (ou haja ação judicial em andamento), que a parte receba aconselhamento jurídico a respeito de eventual acordo a ser formulado ao final da mediação, a fim de que sua esfera de direitos seja garantida e ela possa, com a informação total sobre o panorama em que se encontra, ter liberdade para chegar à decisão que melhor lhe aprouver.

Deve-se ter o cuidado de obter o consentimento genuíno para a instalação da mediação e sua continuidade. Não se trata de técnica que prescindida da vontade das partes (por isso críticas são tecidas sobre a possibilidade de instituição da mediação obrigatória, como se verá), mas sim dependente da manifestação de vontade de se submeter ao procedimento e nele permanecer. Ainda que com certa resistência inicial, o que é normal, inclusive em se tratando de técnica que não conta com histórico antigo de aplicação de maneira expressiva entre nós, as partes têm que de fato aderir à sua utilização, ou ela de nada servirá para a melhoria nas relações.

O mediador, portanto, não tem nenhum poder decisório, sendo certo que age apenas como facilitador do diálogo, sem induzir nem propor nenhuma decisão – ao contrário da conciliação, não cabe ao mediador propor soluções para o conflito de maneira direta, mas apenas fornecer elementos às partes para que elas mesmas cheguem a uma solução para o impasse, se esta for a vontade delas.

Nas palavras de Fernanda Tartuce, a possibilidade de conceder liberdade às partes para compor seus próprios conflitos e dar-lhes referenciais para tanto, pode:

[...] ser valiosa para o próprio direito. Em uma perspectiva diferenciada, a principal meta da mediação é dar aos participantes a oportunidade de aprender ou de mudar. Com isso, pode-se alcançar uma sorte de evolução moral ou “transformação” por meio do aprimoramento da autonomia (ou “empoderamento”, enquanto capacidade de decidir sobre os problemas da própria vida) e “identificação” (como capacidade de reconhecer e simpatizar com a condição alheia).¹⁵⁰ (TARTUCE, p. 213).

Por isso a liberdade é o princípio mais caro à mediação como forma de resolução de conflitos, pois pressupõe real conhecimento e comprometimento da parte na solução de sua

¹⁴⁹ Na Medida da Pessoa Humana – Estudos de Direito Civil-Constitucional, p. 183 e ss.

¹⁵⁰ *Op. Cit.*, p. 213.

disputa. Depende de mudança de postura e de efetivo empoderamento, a fim de que a parte possa visualizar uma resposta por si mesma para seu conflito e se comprometa a cumprir o que lhe cabe para a transformação da relação conflituosa.

- *Informalidade*: não existem regras rígidas no processo de mediação, nem uma única forma predeterminada. O mediador pode se utilizar de várias técnicas para a facilitação do diálogo entre as partes, podendo conduzir o procedimento de maneira a considerar a situação pessoal dos envolvidos e as condições concretas de sua relação, bem como os motivos que levaram ao conflito posto. A desburocratização do procedimento é um atrativo em si, tornando-o mais amigável, mais flexível e menos hermético do que outras formas de resolução de litígios, mormente a adjudicação estatal.

Tampouco se pode considerar necessária a formalização de eventual ajuste entabulado entre as partes em relação ao objeto do conflito. Embora possa ser necessária uma redução a termo, principalmente em se tratando de mediação realizada no bojo de um processo judicial, e inclusive com vistas à possibilidade de maior segurança às partes com relação ao cumprimento do ajustado, não há nenhuma exigência de que assim o seja. Dessa forma, se ao final do procedimento as partes apenas concordem com algumas mudanças de postura e se de fato houver alteração na comunicação entre eles, a mediação pode ser encerrada sem nenhuma formalidade.

A exigência de formalização do acordo, por vezes fruto de orientação jurídica de advogados e Defensores Públicos que representem as partes, pode ela mesma ser um entrave à efetiva modificação da relação das partes. Isso porque pode gerar a sensação de desconfiança em um dos envolvidos e prejudicar a convivência que pretendem manter, a despeito do sucesso do procedimento em si. Caberia ao mediador, se o caso, avaliar a real necessidade de formalização de ajuste e, caso contrário, trabalhar a relação entre eles para que tal não seja necessário, se uma das partes assim não o desejar, sopesando também seus motivos para tanto.

É do caso concreto e das necessidades das partes, bem como dos desdobramentos materiais do litígio, que se verificará a viabilidade, ou não, de formalização de eventual acordo entabulado em decorrência do processo de mediação, com possível participação de advogados envolvidos na demanda.

- *Participação de terceiro imparcial*: o mediador deve atuar, de maneira absolutamente imparcial, de modo a não privilegiar nem prejudicar nenhuma parte durante o desenvolvimento dos trabalhos. A imparcialidade garante a igualdade de posições dos envolvidos, a fim de evitar que um se sobreponha ao outro, em jogo de poder que prejudica a

facilitação da comunicação e pode acirrar o conflito existente. A igualdade de oportunidade do diálogo é, portanto, imprescindível para o sucesso do procedimento e depende do distanciamento do mediador.

A neutralidade do mediador em relação às partes e ao conflito também evita que ele induza ou instigue os envolvidos à busca de uma ou outra solução ou caminho para a situação posta, permitindo que eles mesmos investiguem qual o melhor resultado para o impasse.

- *Não-competitividade*: a mediação não incentiva a competição, ao contrário, tem a finalidade de derrubar a visão única de perde/ganha, em ordem a preservar a relação de forma colaborativa. Não há perdedores ou ganhadores, mas a busca da satisfação coletiva e retomada da comunicação entre os disputantes.

Nesse sentido, as conversações entre as partes devem transcorrer de maneira cordial, sem exaltação de ânimos, em clima de cooperação que possibilite uma comunicação eficiente.

Tal característica vem ao encontro da mudança de mentalidade proposta e muitas vezes ventilada no presente trabalho, pela qual os sujeitos da lide devem se conscientizar sobre a necessidade de substituir a beligerância pela cooperação na busca de um objetivo comum, que é a pacificação do conflito de forma justa e com menor dispêndio de tempo e dinheiro.¹⁵¹

- *Confidencialidade*: todo o procedimento de mediação é sigiloso, a fim de que as partes se sintam confortáveis no desenrolar das conversas. Não se fará relatório específico das conversas entabuladas, mas somente, se necessário, relato do comparecimento das partes às sessões e dos frutos de tal trabalho (se houve de fato evolução da comunicação, se as partes manifestaram interesse em composição do conflito etc).

5.2 Objetivos da mediação

Dentre os principais objetivos da mediação apontados pela doutrina pode-se destacar os seguintes:

¹⁵¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, “O Plano Piloto de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública” Separata da Revista dos Tribunais, ano 93, v. 820, fevereiro de 2004, p. 11 a 49.

- *Solução dos conflitos*: embora seja o seu objetivo mais evidente no quadro de resolução de conflitos, onde se coloca como alternativa à jurisdição estatal, não se pode dizer que a mediação não obteve sucesso caso a composição não seja possível no caso concreto.

Se as partes, desde o princípio, manifestarem a intenção de submeter-se à mediação com a finalidade única de chegarem a um acordo, é bem provável que ele ocorra, já que o primeiro grande passo está dado: o comprometimento dos envolvidos e a cooperação para a busca de um resultado final conjunto.

Para tanto, contudo, é imprescindível que se discuta o conflito real existente entre os disputantes, de modo que não apenas o conflito posto seja averiguado, mas as razões para o seu surgimento e eventuais outros conflitos existentes.

- *Restabelecimento da comunicação entre as partes*: uma vez que o procedimento visa o empoderamento das partes e a sua participação de fato nos assuntos referentes aos seus conflitos de interesse, importantíssimo que se facilite a comunicação entre os envolvidos, porque é somente através dela que as disputas poderão ser resolvidas.

Dessa forma, antes ainda da busca da solução do conflito de maneira primordial, é preciso que se restabeleça a comunicação entre as partes, transformando o conflito e gerando uma mudança de atitude mútua. Diante do resgate da responsabilidade e comprometimento, a resolução do conflito pode ocorrer de forma natural e duradoura, já que as partes compreenderam os mecanismos envolvidos no seu nascimento e de fato se envolveram na sua resolução.

- *Preservação do relacionamento entre as partes*: tendo-se em vista que a mediação é indicada principalmente para as situações de conflito em que haja vínculos que se protrairão no tempo e merecem ser mantidos pela parte, apesar da disputa pontual, tem-se que um dos seus objetivos principais só pode ser justamente a preservação desses vínculos.

Nesse sentido Mauro Cappelletti afirma:

Nos casos em que o conflito não passa de um episódio em uma 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.
¹⁵² (CAPPELLETTI, p. 90).

As técnicas utilizadas na mediação podem alterar a dinâmica de funcionamento das relações conflituosas, de modo a trabalhá-las e evitar o seu esgarçamento, inevitável com a sucessiva ocorrência de conflitos. O mediador, como interventor neutro, é capaz de apontar os

¹⁵² Os métodos alternativos de resolução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça, p. 90.

comportamentos das partes que geram a situação de conflito e, assim, permitir que as partes transformem suas ações, de modo a preservar seus vínculos.

Objetiva-se, ainda, a prevenção da má administração dos conflitos, já que a preservação das relações impõe que se reconheça a provável existência de novos litígios entre as partes e deve oferecer-lhes o instrumental necessário para propiciar o diálogo e a administração dos próprios conflitos.

Para tanto, contudo, é preciso que as partes, voluntariamente, se comprometam à manutenção do vínculo e melhoria da convivência. Embora tal comprometimento possa ser construído no decorrer da mediação, se ele não se verificar a mediação pode perder sua força e se tornar ineficaz.

- *Prevenção de conflitos*: a mediação pode também funcionar como processo educativo, por meio do qual as partes aprendem técnicas de comunicação capazes de evitar a ocorrência futura de conflitos, evitando o acirramento da litigiosidade.

A mudança de comportamento das partes tem repercussão na sua relação conflituosa e, ainda, na sociedade como um todo, já que a nova perspectiva será aplicada em todas as suas relações interpessoais, com potencial para propiciar mudanças em outras interações sociais. Nasce a possibilidade de autocomposição de eventuais outros conflitos surgidos, já que a parte se empodera e adquire ferramenta que lhe auxilie na construção de uma comunicação não-violenta, permitindo evitar conflitos insolúveis.

Tem-se que a mediação é uma ferramenta muito eficiente para evitar a ocorrência da litigância remanescente, que é a existência de um conflito de interesses não trabalhado, porque não era o conflito principal resolvido. Como o processo reconstrói a comunicação e pretende trazer à análise todos os conflitos existentes entre as partes, aparentes e reais, não há aspecto divergente que não possa ser trabalhado. Tal abordagem acaba por gerar maior efetividade na resolução do conflito, já que permite que toda a sua essência seja trabalhada, assim como possibilita uma mudança de mentalidade dos contendores de modo a agirem em conjunto, em parceria, de forma a evitar o nascimento de outros litígios.

- *Inclusão social*: trata-se de importantíssimo objetivo da mediação, imprescindível principalmente nas relações verificadas na população carente, usuária dos serviços da Defensoria Pública. Estimula a participação do cidadão na resolução do seu próprio conflito de interesses e na condução dos assuntos afetos à sua vida, responsabilizando-o como um componente importante da cultura da paz e da boa convivência social.

A mediação contribui para estimular o sentimento de dignidade nas pessoas que dela se utilizam – em virtude do tratamento cortês e respeitoso que lhes é dispensado -, para que as partes sejam ouvidas atenciosamente, e tenham seus problemas encaminhados de forma célere, principalmente por perceberem que é possível, elas próprias, encontrarem soluções adequadas para seus problemas.

Descobrem que também é possível, por meio do diálogo transformador, criar uma identidade coletiva e dar início à luta por melhores condições de vida e conquista de espaços de discussão onde possam ouvir e ser ouvidas.¹⁵³ (SALES, p. 07-08).

A mediação pode se constituir em espaço de desenvolvimento da cidadania, pelo qual os envolvidos compreendem que podem e devem resolver seus próprios problemas, que possuem discernimento, capacidade e plenas condições para tanto. O procedimento gera o empoderamento, atribuindo às pessoas a responsabilidade, na medida do que lhes cabe, na prevenção de conflitos.

A população carente atendida pela Defensoria Pública, de uma maneira geral, sofre pela ausência do Estado e pela privação de direitos básicos, como saúde, educação e moradia de qualidade. Têm, portanto, de maneira bastante justificada, uma postura reativa em relação à vida de maneira geral, considerando-se e estando à margem da sociedade e da construção formal de Estado.

Ao se verem numa situação de conflito e com acesso suficiente à forma primordial de resolução, que é o Poder Judiciário, essas pessoas tendem a relegar ao juiz a decisão sobre todo e qualquer aspecto de sua controvérsia, abrindo mão da possibilidade de resolução de suas próprias questões. Tal comportamento passa, sem dúvida, pela desvalorização pessoal e sentido de não pertencimento, mas também se constitui numa maneira de se sentir incluído, ao mesmo tempo – a jurisdição parece ser a única forma de intervenção estatal contundente em suas vidas, então melhor que o Estado-juiz decida seu conflito, ainda que de maneira prejudicial aos seus interesses.

Nessa medida, veem-se manifestações como: “o que o juiz decidir, está decidido”, “com ele eu não quero conversa, vou deixar nas mãos do juiz”. Há, ainda, a ideia frequentemente ventilada de que, uma vez ajuizada a demanda, os contatos com a parte contrária, principalmente para tratar de assuntos relacionados ao objeto do litígio, estão absolutamente vedados. Assim, os litigantes simplesmente deixam de se comunicar, relegando à sentença judicial a possibilidade e o poder de decidir sobre os rumos de suas vidas.

¹⁵³ SALES, Lilia Maia de Moraes, *Op. Cit.*, p. 07/08.

Com a mediação, por se tratar de intervenção não pontual e que pressupõe vários encontros, pretende-se desconstruir esse senso comum, de forma a empoderar as partes e inclui-las no processo decisório de suas vidas, fazendo-as perceberem-se capazes e responsáveis, sem que isso se constitua numa exclusão da possibilidade de intervenção estatal.

Nesse sentido, a forma dialética da mediação retira o envolvido no conflito da situação de inércia e afasta qualquer pretensão ao paternalismo do Estado.¹⁵⁴

- *Pacificação social*: a pacificação social é o fim último de qualquer meio de resolução de controvérsia, pois é somente com o término dos conflitos que se pode alcançar a paz. Contudo, na resposta estatal adjudicada nem sempre se alcança a pacificação, sendo que a mediação é método que possui maior potencial para causar a resolução de fato do conflito entre as partes ou, ao menos, transformá-lo, de modo a gerar tranquilidade nos envolvidos.

Caso as partes tenham sido envolvidas de fato na construção de uma solução para seu litígio, tenham sido ouvidas em seus conflitos anteriores e exposto todas as questões subjacentes à demanda posta, as chances de que eventual ajuste seja cumprido e leve à efetiva pacificação são muito maiores do que com a prolação de uma sentença judicial, imposta sem discussão direta com a parte.

Lilia Maia de Moraes Sales aponta que:

“ensina-se a paz quando se resolve e se previne a má administração dos conflitos, quando se busca o diálogo, quando se possibilita a discussão sobre direitos e deveres e sobre responsabilidades, quando se substitui a competição pela cooperação – o perde/ganha pelo ganha/ganha”.¹⁵⁵(SALES, p. 09-10).

5.3 Principais técnicas de mediação

- *Modelo de Harvard*: proveniente dos estudos da famosa universidade norte-americana. Embora naquela universidade tenha-se estudado todas as formas e modalidades de mediação, convencionou-se identificar o modelo com a linha de pensamento que propõe o enfoque em interesses ao invés de posições, e com a teoria da negociação baseada em princípios¹⁵⁶. É tradicionalmente mais voltado à aplicação no mundo corporativo e tem como intenção principal a busca por um acordo (não se diferencia conciliação de mediação no sistema americano), de modo que não corresponde à mediação desenvolvida em nosso

¹⁵⁴ TARTUCE, Fernanda, *Op.Cit.*, p. 228.

¹⁵⁵ *Op. Cit.*, p. 09/10.

¹⁵⁶ FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda, *Op. Cit.*, p. 183.

sistema, que não possui a busca pelo acordo em relação à controvérsia como foco principal do procedimento.

- *Modelo transformativo*: a meta do procedimento não é a solução para o problema posto, mas a transformação das pessoas e das relações, no sentido de conscientização e respeito da posição do outro.¹⁵⁷ O conflito é visto como elemento potencialmente transformador, capaz de permitir o fortalecimento da autodeterminação das partes (a recuperação do próprio poder de administrar seus conflitos – *empowerment*), e o reconhecimento do outro, pela empatia.¹⁵⁸

- *Modelo circular-narrativo*: é utilizado principalmente em conflitos de natureza familiar e também não possui como norte a realização do acordo. Neste modelo a comunicação é o elemento chave e considera o conflito como um descompasso entre as narrativas das partes. Sendo assim, para a melhoria na situação dos envolvidos no conflito, pretende-se a desconstrução das velhas narrativas que deram origem à disputa para a construção de novas narrativas.

Não se pode considerar a utilização dos modelos acima de maneira isolada, exceção feita ao modelo de Harvard que, por visar somente a produção de um acordo, mais se parece com a nossa conciliação, de modo que poderia ser aplicável apenas à esta forma de intervenção no conflito, não à mediação. O mediador pode analisar a conveniência de utilização de cada técnica, de acordo com as características do conflito, ou mesclar as técnicas para a produção do melhor resultado.

5.4 A figura do mediador

Como terceiro imparcial encarregado da difícil tarefa de intervir no conflito de interesses de modo a permitir que as partes cheguem à melhor solução para ele ou, ao menos, modifiquem sua comunicação e transformem suas relações, o mediador precisa estar bem qualificado para a tarefa.

Embora não se exija formação em área do conhecimento específica, é preciso capacitação técnica para atuar como mediador. Deve ser pessoa com condições psicológicas

¹⁵⁷ CAHALI, Francisco José, *Curso de Arbitragem*, p. 65.

¹⁵⁸ LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta, *Op.Cit.*, p. 25.

de superar o antagonismo de posições e, de maneira neutra, facilitar o diálogo, sem sugerir conclusões nem colocar-se diretamente em relação a um aspecto da relação das partes.

Deve dar espaço à interação transformativa das partes, capacitando-as para construir seu próprio caminho de consenso, sem pretender impor-se ou interferir de maneira excessiva nesta construção¹⁵⁹. É preciso, assim, além de treinamento específico, uma certa habilidade inata para o procedimento, que pressupõe a elaboração de perguntas às partes que conduzirão os trabalhos na medida do que se pretende, capacitando-as para se colocarem no lugar do outro e assumirem outra postura em relação à disputa.

Com relação às suas qualidades, destacam-se a *independência*, pela qual se exige que o mediador não possua vínculo de nenhuma espécie com as partes ou com o litígio que gerou a necessidade de intervenção; a *competência* para abordar o conflito e pretender sua transformação, bem como propiciar o diálogo tranquilo entre as partes; *diligência*, de modo a assegurar a qualidade do procedimento e o aproveitamento efetivo pelas partes, na medida do possível.¹⁶⁰

Tais princípios encontram previsão no Código de Ética dos mediadores elaborado pelo Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem e que vem sendo aplicado pela grande maioria dos profissionais da mediação, como norte a guiar a atuação do mediador.¹⁶¹ Ademais, também encontram menção no Código de Ética de conciliadores e mediadores judiciais constante da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça.

5.5 Panorama legislativo – projetos de lei

Não há uma legislação geral tratando sobre a mediação, tampouco menção ao procedimento no Código de Processo Civil vigente¹⁶². Contudo, há pelo menos dois projetos de lei em andamento no Congresso Nacional a respeito do assunto.

O primeiro deles é o Projeto 92/1002¹⁶³, uma versão consensuada das duas casas que teve início com a proposição da Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, com a participação de

¹⁵⁹ TARTUCE, Fernanda, *Op. Cit.*, p. 201.

¹⁶⁰ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço, *Op. Cit.*, p. 85 e ss.

¹⁶¹ Disponível em <http://www.conima.org.br/codigo_etica_med>, acesso em 08-08-2014.

¹⁶² Há algumas menções à mediação na legislação trabalhista, local em que há bastante tradição na utilização de meios alternativos de resolução de conflitos.

¹⁶³ Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158>>. Referido projeto foi aprovado na casa de origem, já com relatório final da Comissão de Constituição e Justiça e acolhido pelo Plenário do Senado.

estudiosos da matéria. Embora louvável a iniciativa de trazer o instituto para o panorama legislativo, que até então o ignorava (e apesar das críticas que se possa fazer à previsão legislativa mesma, capaz de engessar o instituto e trazer regramento inexigível que pode dificultar sua utilização), criticam-se alguns aspectos da proposição. Como exemplo cita-se a confusão entre as figuras do mediador e do conciliador, mencionando a propositura que o mediador conduzirá as partes a um acordo. Aponta-se, ainda, o regramento excessivo, repleto de formalismos e nominalismos que não são necessários para a adoção do procedimento.¹⁶⁴

Outro projeto de lei a respeito do tema é o de nº 7169/2014¹⁶⁵, com origem em projeto do Senado de nº 517 de 2011¹⁶⁶, que visa à regulamentação da mediação de maneira geral e também sua aplicação no âmbito da Administração Pública. Em que pese a excessiva regulamentação, tal como a proposição anterior, o projeto nos parece mais técnico ao analisar a estrutura da mediação e as atribuições do mediador.

Importante ressaltar que em 2012 foi formada Comissão nomeada pelo Senado Federal para a elaboração de Lei de Arbitragem e Mediação, que apresentou mais dois anteprojetos a respeito do assunto, ao lado do já existente (ao lado do projeto nº 517/2011 e agrupados na tramitação estão o PLS 405/3013 e o PLS 434/2013)¹⁶⁷.

Ainda, há o já mencionado Projeto do Novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010), que fixa regime próprio para a conciliação e a mediação em juízo¹⁶⁸.

Outra diferença em relação aos projetos é a menção à mediação obrigatória, que tem gerado infindáveis discussões na comunidade acadêmica. O Projeto 94/2002 estabelece hipóteses de mediação obrigatória, ao passo que o projeto de 2014 aponta que ninguém será obrigado a se submeter a procedimento de mediação.

Embora se saiba da existência da mediação prévia obrigatória em ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, como menciona-se o Japão e a Argentina, a previsão da obrigatoriedade de adoção do processo não se revela adequada às finalidades que a técnica possui em nosso sistema. A voluntariedade, para nós, é elemento essencial à mediação, que só pode ser utilizada caso haja consentimento expresso dos participantes.

¹⁶⁴ TARTUCE, Fernanda, *Op. Cit.*, p. 263.

¹⁶⁵ Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606627>

¹⁶⁶ PL 517/2011.

¹⁶⁷ Disponibilizado como anexo ao final deste trabalho.

¹⁶⁸ Interessante tabela comparativa entre os projetos de Lei referentes à modificação do Código de Processo Civil aprovados pela Câmara e pelo Senado foi elaborada pelo Professor Dr. Francisco José Cahali, com as alterações pertinentes com referência à conciliação, mediação e arbitragem, acessado em 31-10-2014 via <www.cahali.adv.br>, disponibilizado como anexo ao final deste trabalho.

A essência da técnica é a adesão pessoal do envolvido, sendo certo que somente o voluntarismo é capaz de autorizar a efetiva transformação da relação e, com isso, a solução do conflito posto. A resistência à utilização técnica gera a falta de comprometimento, o que torna ineficaz a adoção da mediação, baseada na autonomia da vontade.

Por isso, mesmo nos sistemas em que se menciona a necessidade de mediação prévia obrigatória, tem-se que as partes estão obrigadas a comparecer somente à primeira sessão, no que consiste numa tentativa de modificação da vontade, encarregando-se o mediador de formar o convencimento da parte sobre os benefícios do método.

Contudo, não se pode concordar com tal proceder. Ainda que se considere possível a mudança de opinião e adesão ao procedimento na oportunidade inaugural, sabe-se que a tendência é que a parte se recuse a colaborar, já que não aderiu voluntariamente ao processo. Ademais, a criação de mais uma modalidade obrigatória prévia acabaria por gerar apenas mais uma formalidade processual vazia, e, na visão das partes ainda não modificadas em sua beligerância, mais um atraso na resolução do conflito. Cabe aos profissionais do direito intervenientes no feito, como se mencionou, a orientação das partes e o convencimento a respeito dos benefícios do procedimento, sem que se possa falar em obrigatoriedade.

Afinal, o consenso é essencial para a tentativa de estabelecer um acordo, sendo incompatível com a mediação qualquer tipo de imposição. A inclusão da mediação no sistema judicial e em seus respectivos procedimentos só operará de forma positiva após a criação de uma cultura social sobre o método autocompositivo. O aproveitamento da técnica exige tal requisito subjetivo, sob pena de desvirtuar a mediação, convertendo-a em um mecanismo híbrido ou em mais uma tentativa de conciliação no feito.¹⁶⁹(TARTUCE, p. 243)

As restrições, é bom que se diga, nada têm a ver com eventual direito de ação ou dificuldades para o acesso à justiça, já que é perfeitamente possível vislumbrar-se a criação de uma formalidade como condição para o processo, ao lado de tantas outras já existentes.¹⁷⁰ A inviabilidade se dá no campo da utilidade e eficácia do instituto, que pressupõe o comprometimento dos envolvidos.

Já se disse que o acesso à justiça deve ser residual e que as pessoas devem ser educadas para uma cultura de pacificação, em oposição à cultura demandista e imediatista vigente, e que devem considerar de forma mais contundente a adoção de meios consensuais para a resolução de seus conflitos, que não a adjudicação estatal. Contudo, a forma de

¹⁶⁹ TARTUCE, Fernanda, *Op.Cit.*, p. 243.

¹⁷⁰ Nesse sentido, SALLES, Carlos Alberto de., *Op. Cit.*

obtenção dessa confiança e para o convencimento das partes não pode ser a obrigatoriedade de qualquer procedimento prévio.

Do contrário, como já se verifica com a conciliação, quando ela é agendada sem solicitação das partes em processos em que já se manifestaram de maneira contrária ao acordo, torna-se mais um ato processual desprovido de sentido. As partes não serão convencidas a tanto, sem que tenham sido educadas a respeito da possibilidade antes do ingresso da demanda, por instâncias várias, e principalmente pelo advogado ou Defensor Público que primeiro tiver contato com a disputa.

É o que se pretende com a disseminação da cultura de paz, pela inserção nos cursos de Direito de disciplinas específicas para estudo das formas consensuais de resolução de conflitos, pela edição da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça. Os dispositivos sobre conciliação e sua possibilidade já existem há vários anos, sem que se possa notar que eles, sozinhos, tenham sido capazes de promover modificações na visão das partes em relação ao ganha/perde processual.

Desta feita, não quer parecer que a adoção da mediação prévia como obrigatória via mudança legislativa, ou seja, de cima para baixo, venha a produzir os efeitos desejados – a legislação deve acompanhar as mudanças sociais para que tenha eficácia na sociedade, de forma que o caminho a ser percorrido é o da conscientização, da informação, da disponibilização de iniciativas de qualidade e da gradual instauração de uma nova mentalidade sobre o tratamento adequado dos conflitos.

6 Conciliação e seus aspectos primordiais

Tem em comum com a mediação o fato de ser também um meio de resolução de conflitos no qual se tenta a construção do consenso mediante a intervenção de um terceiro imparcial. Contudo, as semelhanças terminam por aqui, pois as características principais dos institutos são completamente diferentes, apesar da constante confusão que se faz a respeito dos temas.

A conciliação é forma de resolução de disputas indicada especialmente para situações em que as partes não possuam vínculo anterior ou relação continuada (situações de consumo, acidente de trânsito, dentre outros). Não se pretende, com isso, dizer que a conciliação não possa ser utilizada com sucesso em relações continuadas, como as familiares, mas seu âmbito de intervenção é menor e ela não pressupõe a continuidade dos vínculos e, portanto, um entendimento mais duradouro entre as partes.

O conciliador intervém de forma a levar às partes a um acordo, apenas e tão somente. Pela natureza de sua intervenção, pontual e destinada ao fim do litígio, o desenvolvimento da conciliação mostra-se mais rápido e de menor complexidade em relação à mediação, de modo que o conciliador não se aprofunda no conflito e em suas razões. O conciliador efetivamente faz propostas de composição sopesando os interesses manifestados na ocasião e objetivando que as partes reflitam sobre a composição possível e entabulem acordo para resolver a disputa.

Também tem como objetivo propiciar que as partes possam resolver a sua disputa, mediante seu empoderamento, de modo que pressupõe a construção de um canal seguro de diálogo entre elas, ainda que de maneira mais superficial do que a mediação.

Todavia, é de se ver que o objetivo na conciliação não pode ser pura e simplesmente a solução para o processo, de modo a conduzir-se o procedimento a fim de que as partes se sintam pressionadas para o acordo, sem que se tenha uma reflexão sobre o assunto. Deve ser vista como uma oportunidade para que as partes mostrem mais do conflito do que mostrariam no desenvolvimento de uma demanda judicial, esclarecendo seus verdadeiros motivos e interesses. O resultado da conciliação tem que ser mais eficaz do que a sentença judicial seria

as partes precisam estar convencidas disso e se sentirem em condições de tomar tal decisão, papel que incumbe ao conciliador.¹⁷¹

Do mesmo modo como ocorre com a mediação, a conciliação é método que envolve a adesão das partes à sua prática, de forma que não se verifica eficiente a obrigatoriedade de conciliar. Embora se possa mencionar a validade de designação de audiências de tentativas de conciliação em quase todos os procedimentos, como forma de fomentar a composição amigável e apresentar o instituto para as partes, que podem não ter sido orientadas a respeito da possibilidade, a imposição tem limitações que devem ser discutidas, dentre elas a possibilidade de gerar um acordo “*pro-forma*”, somente para levar ao fim o processo judicial, mas sem potencial para a adequada resolução da controvérsia.

Como meio de resolução de conflitos, portanto, o único objetivo da conciliação tem que ser pacificar as partes com justiça. A aplicação correta da conciliação, enquanto pendente demanda adjudicada, alcança também o objetivo de conferir maior credibilidade ao Judiciário, pois possibilita às partes que possam se manifestar em relação ao conflito, apresentar suas versões e posições a respeito dele – o sentimento de que de fato participou de maneira relevante na solução da disputa e teve suas necessidades ouvidas aumenta a efetividade da solução apontada.

De acordo com Deborah Rhode¹⁷², a maioria dos estudos existentes indica que a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o procedimento foi justo. Outra importante conclusão foi no sentido de que alguma participação do jurisdicionado na seleção dos processos a serem utilizados para dirimir suas questões aumenta significativamente essa percepção de justiça. Da mesma forma, a incorporação pelo Estado de mecanismos independentes e paralelos de resolução de disputas aumenta a percepção de confiabilidade (*accountability*) no sistema.

¹⁷¹ Interessante exemplo traz Leslie Shériida Ferraz, in *Juizados Especiais Cíveis e acesso à justiça qualificado: uma análise empírica*, Apud Érica Barbosa e Silva, *Op.Cit.*, p. 175, nota 366, baseado na Escola de Negociação de Harvard: “*Duas crianças brigam por uma laranja, e sua mãe assume a função decisória. Como ela tem pouca informação sobre as necessidades de cada uma das “partes”, determina que a laranja seja dividida ao meio e que cada criança fique com uma metade, certa de que elegera a solução mais justa para ambas. Contudo, ao deixar de investigar as razões pelas quais as crianças desejavam a laranja, ela perdeu a chance de maximizar ou potencializar os resultados da solução do conflito. Com efeito, se houvesse perquirido, descobriria que um de seus filhos queria a laranja para fazer um suco, enquanto o outro apenas queria as cascas para brincar. Nesse caso, cada uma das crianças, ao invés de 50% cada, poderia ter obtido 100% do resultado: uma ficaria com toda a parte interna da laranja e a outra, com as duas cascas. Esse caso ilustra que é possível avançar no espectro do que se considera resultado justo, buscando também a maximização do valor*”.

¹⁷² RHODE, Deborah L., *In the Interest of Justice: Reforming the Legal Profession*, Nova Iorque: Oxford University Press, 2000, Apud Manual de Mediação Judicial, Ministério da Justiça, 2013, disponível em <http://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/Manual_Mediacao_MJ_4ed_Internet.pdf>, acesso em 10/05/2014.

Nota-se, portanto, que o acesso à justiça e à ordem jurídica justa está mais ligado à satisfação do jurisdicionado com o resultado final do processo de resolução de conflito do que com o mero acesso ao poder judiciário, a uma relação jurídica processual ou ao ordenamento jurídico material aplicado ao caso concreto. Sua participação na construção do resultado, desde que não coagida e conduzida de maneira responsável pelo terceiro interventor, tem a possibilidade de pacificar de maneira mais eficaz. Érica Barbosa e Silva aduz que:

Assim como na mediação, deve-se tomar por bem-sucedida não a conciliação que logrou realizar um acordo, mas aquela que ensejou às partes a oportunidade de realmente solucionar o conflito pela sua eficaz transformação. A conciliação pode estender os limites da discussão, atingindo o conflito verídico e incluindo contornos que o juiz não vê, assim como na mediação. Essa é uma das principais contribuições dos meios consensuais no sistema de justiça”.¹⁷³ (SILVA, p. 174).

6.1 Conciliação pré-processual e processual – objetivos e limitações

Em relação à eventual propositura do processo judicial principal, a conciliação pode ser pré-processual (ou extraprocessual) ou processual.

A conciliação pré-processual pode ser realizada pelos órgãos da própria estrutura do Poder Judiciário, especialmente os criados pela estrutura determinada pela Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CEJUSCs), mas pode também ser realizada por outras instituições do sistema de justiça, como a Defensoria Pública, o Ministério Público, os advogados, os Procons, dentre outros.

Na fase extrajudicial a conciliação tem o condão de evitar o maior acirramento da disputa, que chega ao seu grau máximo com o ajuizamento da demanda. Os ânimos ainda não estão tão exaltados, o conflito ainda não foi limitado pelo pedido inicial e, mais ainda, não houve a citação da parte, com o conhecimento da demanda e todo o impacto negativo que isso gera na pessoa citada – não há ninguém que se mostre tranquilo ao receber uma citação dando conhecimento da propositura de uma ação contra si, por mais corriqueiro que seja o objeto.

Embora se possa considerar adequado e eficaz o uso da conciliação antes do ingresso com o processo, nova discussão surge a respeito da possível obrigatoriedade de conciliação de maneira prévia ao ajuizamento de demanda, como já se aventou em relação à mediação. As mesmas razões já expostas para o posicionamento contrário à mediação obrigatória podem ser

¹⁷³ SILVA, Érica Barbosa e, *Op.Cit.*, p. 174.

transpostas para esta discussão, ao menos no atual desenvolvimento da reestruturação do sistema de justiça proposta pela Resolução 125 do CNJ.

A adoção da conciliação pré-processual como etapa obrigatória prévia ao ajuizamento da demanda passa pela modificação cultural dos operadores do Direito, a fim de garantir que tal forma de resolução de controvérsias passe a receber credibilidade total dos jurisdicionados, não uma forma de entenderem que o Judiciário não pretende se ocupar de seu caso. A instituição de mais uma formalidade obrigatória destituída de mudança de mentalidade certamente gerará a ineficácia dos acordos entabulados nessa fase pré-processual e um círculo vicioso de ajuizamento sucessivo de demandas nascidas do mesmo conflito.¹⁷⁴

Por outro lado, a conciliação processual é técnica adequada à efetiva pacificação social, porque a sua utilização responsável possibilita que o conciliador não se limite à análise dos elementos objetivos da demanda, mas sim as razões do conflito real entre as partes. Pode ser conduzida diretamente pelo juiz da causa ou por conciliador capacitado – as características principais do profissional serão mencionadas a seguir.

O Código de Processo Civil restringe a possibilidade de conciliação às causas que possam ser objeto de transação entre as partes, portanto, em relação a direitos disponíveis. Ocorre que, de maneira geral em nosso sistema, a disponibilidade de direitos é a regra, sendo que a indisponibilidade tem referência a espectro menor de direitos.

Diz-se que não admitem transação os direitos relativos à personalidade, tão intimamente ligados à pessoa a ponto de, ao perdê-los, ver-se em situação intolerável pelo ordenamento jurídico¹⁷⁵. Não se poderia, por exemplo, abrir mão de maneira absoluta do direito à integridade física. Contudo, há situações que dizem respeito a direitos em si

¹⁷⁴ “Cabe mencionar que historicamente muitos processualistas renomados, como Zamora Y Castillo, Goldschmidt, Chiovenda, dentre outros, consideravam a conciliação como um mecanismo muito eficiente de resolução de disputas[28] e merecedor de incentivos - sejam estes doutrinários ou legislativos. Todavia dos diversos ensaios e tentativas de implementar mecanismos autocompositivos dentro de sistemas processuais na segunda metade do século XIX e na primeira metade do século XX, não há quaisquer registros fidedignos de bom êxito desses ensaios e tentativas. De fato, há indicações de que, quando a autocomposição é imposta, há perda de sua legitimidade, na medida em que as partes muitas vezes não são estimuladas a comporem seus conflitos e sim coagidas a tanto. Em relação a essa conduta, também denominada de pseudo-autocomposição[29], muito se escreveu para criticá-la. Nesse sentido, vale registro da opinião de Francesco Carnelutti segundo o qual "infelizmente, a experiência tem demonstrado, sem embargo, que não poucas vezes [a autocomposição] se degenera em insistências excessivas e inoportunas de juízes preocupados bem mais em eliminar o processo que em conseguir a paz justa entre as partes.” AZEVEDO, André Gomma de, Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados” in Estudos de Arbitragem e Mediação, Vol.3, disponível em< <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/autocomposicao-e-processos-construtivos-uma-breve-analise-de-projetos-piloto-de-mediacao-forense-e-alguns-de-seus-resultados>>, acesso em 10-08-2014.

¹⁷⁵ Ver, a respeito, PERLINGIERI, Pietro, “*O Direito Civil na Legalidade Constitucional*”, p. 811 e ss.

considerados indisponíveis, mas que podem ter partes deles convencionadas sem que se verifique a disponibilidade do todo.

Muitas questões de direito de família, por exemplo, envolvem essa dicotomia. É diferente falar-se em abrir mão da possibilidade de cobrança de valores relativos à obrigação alimentar paterno-filial, de falar-se em perdoar parte de dívida já existente. Abrir mão do direito ao nome não pode corresponder à opção por não adoção do nome do outro no casamento; assim como não se pode considerar renúncia à paternidade a atribuição de um regime de visitas restrito diante das condições pessoais do genitor.

É difícil agrupar, de antemão, direitos que seriam de impossível conciliação de outros que podem ser objetos de ajuste. Ademais, para o fim de pacificação com justiça, não é incomum que as partes transacionem a respeito de aspectos de suas relações que, num primeiro momento, não deveriam estar sendo transacionados. Por exemplo, as partes podem convencionar, num esforço de facilitação de convivência, que o filho comum será retirado da casa materna pelo pai, somente se em companhia da avó paterna. Tal restrição de exercício da liberdade de direitos do genitor pode ser justificada em algum caso concreto e pode ser o foco de conflito existente entre eles e que, pela mera menção no acordo entabulado, deixa de existir, gerando a busca da pacificação social.

Para viabilizar a realização de um acordo consciente, aponta-se como necessária a observância do princípio da decisão informada¹⁷⁶. Tal princípio estabelece como condição de legitimidade para a autocomposição a plena consciência das partes quanto aos seus direitos e a realidade fática na qual se encontram. Nesse sentido, somente será legítima a resolução de uma disputa por meio de autocomposição, se as partes, ao eventualmente renunciarem a um direito, tiverem plena consciência quanto à existência desse seu direito subjetivo.

Tal qual em relação à mediação, ao invés de ater-se à disponibilidade ou indisponibilidade de direitos de maneira excessivamente formal, é preciso estar atento às situações em que, de fato, não há espaço para a construção de um consenso entre as partes, em que a manifestação jurisdicional estatal é imprescindível.

Relações excessivamente desiguais, por exemplo, em que haja um forte desequilíbrio entre as partes, provenientes de poderio econômico ou de outra natureza, são apontadas como

¹⁷⁶ ALMEIDA, Fábio Portela, *A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa*, In: AZEVEDO, A. G. Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. Vol 2. Disponível em <<http://www.arcs.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/a-teoria-dos-jogos-uma-fundamentacao-teorica-dos-metodos-de-resolucao-de-disputa>>, acesso em 11-08-2014.

hipóteses em que o uso da conciliação é limitado¹⁷⁷. Todavia, se a intervenção do conciliador devidamente capacitado se der de maneira a minimizar as diferenças na relação de poder entre os envolvidos, é possível que o consenso surgido seja fruto da real vontade refletida, e não decorrência de medos ou sentimentos de inferioridade. Se assim não fosse, em situações como os conflitos decorrentes das relações de trabalho, em que há desigualdade de posições em todas as relações, a conciliação seria impossível, o que está longe de corresponder à verdade.

Para tanto, Érica Barbosa e Silva aponta ser necessária a aplicação com mais afinco da técnica do empoderamento (*empowerment*), que visa a propiciar que a intervenção do conciliador leve ao equilíbrio intersubjetivo e à diminuição da disparidade entre as partes¹⁷⁸. O conciliador direciona a sessão de conciliação, na medida que as limitações temporais e materiais do método o permitem, para que as partes tomem consciência de seu envolvimento com a solução do litígio, bem como de seus sentimentos, necessidades, valores e direitos em relação à demanda, além de que compreendam as razões pelas quais determinadas soluções satisfazem ou não seus interesses. Envolve, ainda, nos casos em que a desigualdade é de valores intrínsecos, não necessariamente de poder, a compreensão da posição da parte adversa em relação à sua, permitindo que a parte se coloque no lugar do outro, criando soluções que considerem os interesses e limitações mútuos.

Para tanto, mostra-se imprescindível a adoção do chamado “teste de realidade”, pelo qual o conciliador deve assegurar, ao final do procedimento, que as partes compreendam perfeitamente suas posições e papéis em relação ao acordado, o que gera o comprometimento com o seu cumprimento.¹⁷⁹

Em resumo, cabe ao conciliador a percepção acerca da existência de alguma desigualdade de posições entre as partes e a tomada de providências para neutralizar as disparidades e propiciar um acordo efetivo. Por essa razão a função deve ser exercida por quem detenha capacitação específica, não apenas bons propósitos e espírito apaziguador.

A intervenção do conciliador não se revela apenas uma forma de buscar um acordo a qualquer custo, como se tem visto na prática na atuação de alguns conciliadores e, até mesmo,

¹⁷⁷ Há diversas situações em que a conciliação deve não necessariamente ser evitada, a critério do conciliador, mas conduzida com cuidado especial: eventual risco de perecimento de direito; situações de existência de violência doméstica com ou sem concessão de medida protetiva para a vítima; pessoa analfabeta em relação à leitura de eventual acordo formulado (recomenda-se a presença de pessoa da confiança do usuário), assim como deficientes visuais ou auditivos; se a parte interessada for interditada ou menor, é imprescindível que seu curador ou guardião esteja participando da conciliação e seja de fato quem se responsabilize pelo acordo eventualmente entabulado. http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/documentos/cam/composicao_extrajudicial.pdf

¹⁷⁸ *Op. Cit.*, p. 218.

¹⁷⁹ O chamado teste de realidade encontra previsão direta no Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais editado pelo Conselho Nacional de Justiça como anexo à Resolução 125, em seu Art. 2º, §4.

magistrados. Uma composição obtida em relação desigual, que não leve em consideração as necessidades e expectativas das partes, ou que tenha sido obtida por coação, direta ou indireta (com ameaças sobre o possível julgamento desfavorável da demanda, por exemplo), pacifica ainda menos do que uma sentença judicial, pois pretensamente trouxe o envolvimento das partes para a solução. Em tais situações, além de não haver validação das posições dos envolvidos, há o sentimento de desvalorização e de falta de confiança na decisão supostamente construída, o que gera o descontentamento com o resultado e o provável não cumprimento do quanto acordado, sendo que o conflito real se mantém intacto.

6.2 A figura do conciliador

O conciliador é o terceiro interventor no conflito, devendo comportar-se de modo imparcial e neutro, de modo a oferecer soluções viáveis e propiciar o diálogo, mas sem impor suas opiniões ou entendimentos aos contendores. As qualidades essenciais do conciliador são as mesmas do mediador, já vistas.

Importante frisar que, nas palavras de Érica Barbosa e Silva:

ao realizar sua função, o conciliador se destaca da sua profissão originária e atua numa área exclusiva, especificamente relacionada com o tratamento dos conflitos. Ele não aponta as melhores saídas jurídicas, como faria um advogado. Também não decide, como o juiz ou explora os conflitos intrapsíquicos, como o psicólogo. Move-se, sem dúvida, numa nova área de atuação, inclusive que requer formação específica, cujas disciplinas versam sobre a tipologia dos conflitos e as diversas formas de resolução(...) O conciliador deve exercer a função de facilitador da comunicação, favorecendo a resolução do conflito pela investigação de suas razões, ampliando os recursos possíveis e servindo como agente da realidade.¹⁸⁰ (SILVA, p. 283-284).

Em razão da seriedade da intervenção do conciliador nas demandas, para que se possa de fato obter a conciliação e a resolução do conflito posto, o Conselho Nacional de Justiça, na Resolução 125, fixou requisitos mínimos a serem observados nos cursos de formação de conciliadores, para que possam se apresentar corretamente como tais na função relevante para o sistema de justiça. Ao contrário do que ocorre com a função de mediador, que em decorrência de sua intervenção mais profunda é geralmente exercida por quem se capacita a contento para tanto, há, dentre os que se denominam conciliadores, alguns

¹⁸⁰ Érica Barbosa e Silva, *Op.Cit.*, p. 283 e 284.

“aventureiros”, que acabam por prejudicar a nobreza do instituto e vilipendiar a função conciliatória na busca de uma solução adequada para os conflitos.

Embora sem necessidade de formação profissional específica, no entanto, a capacitação é imprescindível para o correto desenvolvimento da função.

O conciliador tem potencial para propiciar uma conciliação em situação na qual ela se mostrava quase impossível, podendo vencer eventual resistência inicial das partes, mas também pode prejudicar a construção de um consenso ou gerar situação que torne a conciliação uma pior saída para os envolvidos.

Dentre os comportamentos reprováveis que não podem ser praticados pelo conciliador está a demonstração de parcialidade. As partes, naturalmente, buscam na figura do conciliador a validação de suas posições, de modo que estão a todo tempo buscando convencê-lo para que fique do seu lado, como é natural em qualquer disputa. Ainda que se veja em situação de fragilidade emocional de uma das partes, ou diante de uma injustiça, o conciliador não pode posicionar-se de maneira a voltar-se contra uma das partes em conflito, ou perde a confiança necessária e qualquer acordo produzido nessa circunstância não será legítimo.

Tem-se, portanto, que o conciliador deve intervir o suficiente para conduzir o método sem induzir as partes e tomando cuidado com seus próprios sentimentos, que se demonstrados de forma contundente podem invalidar o resultado obtido ou, ainda, impossibilitar o acordo. Seu dever é compreender a realidade das partes para a resolução dos seus problemas, não impor as suas verdades ao conflito posto.

Tampouco deve o conciliador empregar métodos de intimidação e pressão para a obtenção do acordo. Argumentos no sentido da demora do processo, caso o consenso não seja obtido, intimidações acerca da situação da outra parte, caso o acordo não seja obtido, com indução de culpa, ou até mesmo insistência excessiva na conciliação, com enorme dispêndio de tempo e que leve os envolvidos à exaustão, devem ser evitados. Por vezes, na busca da resolução rápida do processo e em mais um número de conciliação obtida, o conciliador pode se arvorar em pressões de diversas naturezas, que por óbvio não conduzirão a um acordo satisfatório.

Não se pode pretender convencer as partes ao acordo exclusivamente pela demora ou inefetividade da sentença judicial, embora tais situações possam ser, de fato, consideradas para a opção pela resolução amigável da contenda. É muito diferente expor às partes as possibilidades e prejuízos com eventual prosseguimento da demanda (ou ajuizamento, em

caso de conciliação pré-processual) para que elas próprias façam seu juízo de valor e, se considerarem benéfico, optem pela solução consensual, do que exercer pressão para que o ajuste seja entabulado.

Tais pressões retiram a legitimidade do método por deixar as partes sem opção, já que compreendem que para elas não existe a possibilidade de ter seu conflito decidido pelo Judiciário ou que há enorme prejuízo em tal proceder – a aparência é de que não há escolha, afinal. Não havendo escolha, o consenso não é melhor do que uma sentença e certamente não contará com a aderência das partes e satisfação com o resultado. Já se disse que a opinião sobre a justeza do resultado tem a ver com a participação das partes, com o fato de se sentirem ouvidas e de terem realmente participado na solução do litígio.

O conciliador pode, ao contrário do que se espera do mediador, fazer sugestões de ajustes que serão considerados pelas partes, opondo suas opiniões e fazendo contrapropostas, de maneira que se vá construindo o consenso. O que não deve é impor tal sugestão, com induções de variadas ordens.

A busca, na conciliação, é pela configuração de um tratamento colaborativo ao conflito, de acordo com os ensinamentos de Morton Deutsch¹⁸¹, pressupondo que as partes partilhem o interesse unido de alcançar uma solução mutuamente satisfatória. A conciliação muda a estratégia de tratamento do conflito, favorecendo soluções criativas e integrativas que não seriam contempladas pela solução adjudicada do litígio. Cabe ao conciliador tentar criar essa motivação nas partes, romper a cultura do ganha-perde e auxiliar na construção de um resultado consentido razoável e que satisfaça os envolvidos.

¹⁸¹ *A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos*, In *Estudos de Arbitragem e Mediação*, Vol.3, disponível em <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/a-resolucao-do-conflito>>, acesso em 10-08-2014.

7 Aplicação dos meios consensuais em direito de família e suas especificidades

Embora se possa dizer que as formas consensuais de resolução de conflito são aplicáveis, úteis e recomendáveis em todas as espécies de disputa, é em direito de família que se encontra a maior gama de situações que se beneficiam com a utilização de tais formas de resolver os conflitos surgidos. Pode-se dizer que, na maioria das situações, as formas consensuais são os meios mais adequados para a resolução dos conflitos familiares e a obtenção da paz social.

Família é uma estrutura social na qual nascem e vivem os homens, na qual desenvolvem suas aptidões, seus afetos, e se constitui num centro de realização das personalidades das pessoas, o local em que são acolhidas e podem exercer livremente suas opções de vida, em busca da felicidade.

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

“No âmbito familiar vão se suceder os fatos mais elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a morte. No entanto, além de atividades de cunho natural, biológico, psicológico, filosófico..., também é a família o terreno fecundo para fenômenos culturais, tais como as escolhas profissionais e afetivas, além das vivências dos problemas e sucessos.”¹⁸²(FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.38)

É o grupamento humano com características especiais, portanto, sobre o qual se funde toda a sociedade moderna, como dispõe o art. 226 da Constituição Federal, ao afirmar que a família é a base da sociedade. Embora hoje se considere a família, na visão funcionalizada, não como uma instituição em si, mas sim como centro de realização de seus membros (e mereça proteção nessa medida, não como ente abstrato), ainda tem papel fundante nas relações sociais.

As constituições familiares se alteraram de maneira relevante nas últimas décadas, no Brasil e no mundo. A família, antes fundada no matrimônio, com aval da igreja, realizado entre homem e mulher, e seus filhos, sofreu profunda transformação, a ponto de ser considerada a unidade de pessoas por vínculos de afeto destinada à plena realização dos seus membros, com fundamento no respeito às suas dignidades e desenvolvida pela solidariedade recíproca dos seus membros¹⁸³. Hoje se reconhece como família o grupamento constituído por apenas um dos pais e seus filhos, por casais homoafetivos, com ou sem filhos, por casais não

¹⁸² FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Vol. 6 – Famílias*, Editora JusPodivm, 5ª Edição, 2013, p. 38.

¹⁸³ TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*, p. 289 e ss.

unidos pelo vínculo do casamento, por familiares de diversas linhas e origens, com suas nomenclaturas especialmente desenvolvidas (anaparental, reconstituída, pluriparental, mosaico, dentre outras). Em verdade, pouco importa a nomenclatura utilizada, qualquer formação familiar merece reconhecimento e respeito da sociedade e do Direito.¹⁸⁴

É a família moderna, portanto, espaço democrático de livre exercício da personalidade. Por ser plural e admitir múltiplas relações em seu bojo, hoje parte dos autores que estudam o tema falam em “Direito das Famílias”, com a finalidade de englobar a pluralidade de entidades inseridas no conceito, todas merecedoras da tutela estatal.

Isso porque, embora seja o centro de realização dos seus membros, unida por vínculos de afeto (características especiais que as diferenciam de qualquer unidade de pessoas regulada pelo Direito), no âmbito familiar também ocorrem conflitos, como todo grupamento humano.

E ao contrário do que ocorre nas demais interações sociais reguladas pelo ordenamento jurídico, a abordagem do conflito surgido nas famílias deve levar em consideração tais elementos especializadores para que seja efetiva. A relação jurídica familiar envolve sentimentos de afeto de maneira profunda, que influenciam todos os aspectos dos conflitos surgidos e que, portanto, não podem ser deixados de lado na intervenção para a resolução do problema.

O Direito de Família trabalha, então, com o aspecto mais privado da vida das pessoas e o mais importante, impregnado de seus valores mais profundos. É ramo especial do direito que não pode ficar restrito aos formalismos das leis reguladoras, pois permeado de sentimentos (positivos e negativos) que influenciam o comportamento de seus membros e também devem influenciar a resposta aos conflitos surgidos nas relações familiares.

É porque a liberdade, em regra assegurada para o desenvolvimento da personalidade, não pressupõe a existência de pensamentos e valores únicos no seio familiar. Da manifestação livre da pessoa podem surgir disputas entre seus membros, que muitas vezes superam os limites das relações familiares e pressupõe intervenção de pessoas estranhas ao seio familiar para a sua resolução.

Malvina Ester Muszkat afirma:

¹⁸⁴ “O pluralismo das entidades familiares, por conseguinte, tende ao reconhecimento e à efetiva proteção, pelo Estado, das múltiplas possibilidades de arranjos familiares. E, como visto, é preciso ressaltar que o rol da previsão constitucional não é taxativo, estando protegida toda e qualquer entidade familiar, fundada no afeto, esteja, ou não, contemplada expressamente na previsão legal”. FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson, Op. Cit, p. 88.

Toda família funciona como uma unidade social contraditória em que os recursos, os direitos, as obrigações e os interesses competitivos se confundem. Além dos conflitos por divergências de opiniões, de ideias, de crenças ou de poder, ocorrem os conflitos decorrentes da disputa pelos afetos. Sua dinâmica e organização se baseiam na distribuição dos afetos, o que tende a criar um complexo dinamismo de competições e disputas motivadas pelo desejo de conquista de espaços que garantam o amor, o reconhecimento e a proteção uns dos outros, necessidades básicas da condição humana. Trata-se de disputas naturais que estimulam, entretanto, sentimentos ambivalentes de amor/ódio, aliança/competição, proteção/domínio entre todos os seus membros.¹⁸⁵ (MUSZKAT, p. 25)

Na resolução de tais disputas, inegável que as características especiais das formações familiares devem ser levadas em consideração quando da opção pela forma mais adequada de resolução do conflito. Nessa medida, existe um movimento que defende a intervenção mínima do Estado nas relações familiares, justamente considerando a especialidade da família em comparação a outras formações sociais e valorizando-se a autonomia privada.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald são defensores da tese apontada, no sentido de que:

“[...] toda e qualquer ingerência estatal somente será legítima e justificável quando tiver como fundamento a proteção dos sujeitos de direito, notadamente daqueles vulneráveis, como a criança e o adolescente, bem como a pessoa idosa. Trata-se, destarte, de simples projeção da autonomia privada como pedra e toque das relações regidas pelo Direito Civil como um todo, como corolário do reconhecimento da liberdade de atuação do titular no campo privado. Em sendo assim, o Estado somente deverá atuar nas relações privadas para assegurar garantias mínimas, fundamentais ao titular”.¹⁸⁶ (FARIAS; ROSENVALD, p. 157-158).

Na esteira de tal entendimento, pode-se dizer que até mesmo a forma de resolução de disputas surgidas no âmbito familiar deve ser a que menos interferência externa traga às relações, por suas características especiais. Assim, de maneira geral e, obviamente, considerando a necessidade de intervenções judiciais específicas para situações sérias e urgentes, os meios mais adequados para a resolução dos conflitos familiares são as formas consensuais.

Repise-se: ainda que sejam construídas, em regra, sobre vínculos de afeto, conflitos sérios podem surgir nos seios familiares, em situações que ameaçam a dignidade, a tranquilidade e até a integridade física de seus membros. Em tais ocorrências, quando se verificar urgência e seriedade, sempre haverá a possibilidade de se utilizar a tutela de urgência estatal para fazer cessar os atos de violência física ou patrimonial que coloquem em risco os

¹⁸⁵ Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência, p. 25.

¹⁸⁶ *Op.Cit.*, p. 157/158.

membros da família. A atuação dos meios consensuais pressupõe a inocorrência de risco relevante a quem quer que seja.¹⁸⁷

As características das relações familiares tornam a intervenção judiciária estatal pouco eficaz, na maioria das vezes. Águida Arruda Barbosa aponta que é comum encontrar pessoas que não se consideravam satisfeitas pela resposta judicial, sentindo-se agredidas pela falta de oportunidade do exercício da palavra, sem um encaminhamento para retomar suas vidas. Saem da demanda judicial, portanto, mais impotentes do que ingressaram, porque a distribuição da justiça não levou em conta o ser humano em sofrimento.¹⁸⁸

Inúmeras situações familiares são fontes de conflito, fontes estas que se constituem em possibilidades inesgotáveis de novos conflitos, que vão se sucedendo no tempo até que cheguem a um ponto que não possa mais ser solucionado pelas partes, requerendo resposta externa. Analisando situação de família formada por casal conjugal com filhos, Águida Arruda Barbosa expõe ocorrências capazes de serem sementes de disputas familiares: a própria convivência marital, com desligamento da família de origem; o nascimento dos filhos e da função parental; a adolescência dos filhos, que coincide com a crise da meia idade dos casais; a saída dos filhos do convívio doméstico e o adoecimento ou morte dos pais, com a obrigação e consciência do cuidado com a geração ascendente.¹⁸⁹

Tais pontos de vulnerabilidade não são abordados pelo Poder Judiciário na solução de uma demanda, embora cada um deles detenha potencial para a instauração de um conflito, por si só. A falta de enfrentamento direto do conflito não elaborado pelos entes centrais da família gera, além da insuficiência da resposta estatal, a multiplicação dos conflitos vivenciados.

A insigne autora em comento aponta, também, que conflitos não elaborados são transmitidos de uma geração para a outra, como um padrão de relacionamento, de forma que as pessoas podem trazer em si padrões de disputa já observados em relações de sua família, não trabalhados. Desta feita, qualquer forma de resolução de disputas que não analise tais nuances das relações familiares está fadada ao fracasso.

¹⁸⁷ Tal afirmação não exclui a possibilidade de utilização dos meios consensuais de maneira independente. Por exemplo, numa situação de violência doméstica, em que o Judiciário garante a integridade física da mulher com a concessão das medidas de proteção previstas na legislação específica, nada impede que as partes possam realizar conciliação para acordarem o valor pago de pensão alimentícia aos filhos. Também não há impedimento (ao contrário, tudo recomenda) a que as partes possam, com segurança, submeterem-se a sessões de mediação para trabalharem outros aspectos de sua relação, podendo decidir com segurança todas as questões pendentes.

¹⁸⁸ BARBOSA, Águida Arruda, *Construção dos Fundamentos Teóricos e Práticos do Código de Família Brasileiro*, Tese de doutorado, USP, 2007, p. 21.

¹⁸⁹ *Op. Cit.*, p. 59.

Com relação à mediação, especificamente, conquanto ela seja técnica que possa ser aplicada com sucesso em diversas espécies de conflito de interesse, é no campo do direito de família que sua aplicação encontra maior eficácia, maior potencial para modificar as relações e promover a implantação de uma pacificação.

Em todas as espécies de ação do espectro familiar as partes se beneficiam da intervenção de um mediador. A possibilidade de trabalhar de forma profunda o conflito e de fato interferir nas dinâmicas familiares, a fim de que haja melhoria na comunicação de seus membros e se alcance a felicidade, torna a mediação quase necessária para a resolução de qualquer conflito.

Se os vínculos entre os membros da família já estão de tal forma esgarçados que já não conseguem mais conversar sequer para darem vazão aos conflitos que surgem dessas relações, algo precisa ser reconstruído. Uma sentença judicial que decida um dos conflitos surgidos e de maneira pontual não tem o condão de alterar de maneira substancial o panorama da convivência.

Nas palavras de Liane Maria Busnello Thomé:

[...] a mediação familiar, em especial nas separações e nos divórcios, se apresenta como um processo de gestão de conflitos no qual os membros da família demandam ou aceitam a intervenção confidencial e imparcial do mediador familiar, cujo papel é leva-los a encontrar por si próprios as bases de um acordo durável e mutuamente aceito, levando em conta as necessidades de cada um e particularmente, e também numa conduta de corresponsabilidade acerca das necessidades dos filhos.¹⁹⁰ (THOMÉ, p. 120).

O principal benefício que a mediação pode trazer aos conflitos familiares é a retomada da boa comunicação, direta, não violenta, que é o que primeiro se perde com a ruptura das relações. Aberto o caminho do diálogo respeitoso, as partes reaprendem a se comunicar e aceitar a fala do outro, possibilitando o autogerenciamento da crise atual e de outras que possam surgir eventualmente.

Podem-se estabelecer caminhos entre o sistema familiar, o sistema jurídico e o meio social, demonstrando-se ser uma prática muito útil no exercício da cidadania, mediante a compreensão das responsabilidades, deveres, direitos e desenvolvimento da autonomia da vontade de cada pessoa, humana. Os padrões aprendidos na mediação familiar podem ser transportados para outras esferas de relação da pessoa, pois possuem forte componente transformador de comportamentos.

¹⁹⁰ Dignidade da pessoa humana e mediação familiar, p. 120.

Por meio das técnicas utilizadas pelos mediadores competentes, as partes são ensinadas a dar outro enfoque para sua relação com o outro e, no caso da existência de filhos, são trazidas à realidade dos prejuízos trazidos pela falta de comunicação entre os pais para o desenvolvimento saudável dos filhos. Os sentimentos negativos nascidos da convivência e ruptura das relações amorosas, muitas vezes não trabalhados por um ou ambos os envolvidos, vão contaminando as interações e prejudicando sobremaneira o convívio. Quando o conflito eclode, os seus verdadeiros motivos já estão totalmente enraizados nos corações magoados dos envolvidos.

Assim, por exemplo, uma demanda de alimentos para um filho comum pode ocultar uma profunda mágoa pela separação repentina e já constituição de nova família pelo homem. Se apenas a ação de alimentos for resolvida, ainda que se chegue a um acordo sobre os valores a serem pagos, certamente outros conflitos irão eclodir, já que os sentimentos não foram trabalhados na sua integralidade: novas ações para majorar a pensão, repercussão no exercício do direito de visitas, dentre outros.

Exige-se sensibilidade extra do operador do direito que trabalha diretamente com o direito de família, a fim de propiciar que as partes tenham seus sentimentos validados no encaminhamento de suas demandas. É preciso que se saiba que há perdas e frustrações decorrentes do rompimento de laços sempre presente nas discussões judiciais, pois há o fim de projetos pessoais profundamente desejados. Salutar, portanto, um aporte multidisciplinar no tratamento dessas disputas, com elementos da psicanálise, psicologia, assistência social e sociologia, todas as ciências visando a melhor forma de propiciar a melhora nas relações, tendo em vista a realidade atual das partes.¹⁹¹

Não se pretende trazer para o campo do Direito, necessariamente, a análise de situações que não lhe competem, como o trabalhar dos sentimentos das pessoas. Contudo, a modificação das relações possui impacto inegável no mundo jurídico, pois é nele que desaguam todas as relações não resolvidas, uma vez que o Judiciário é a forma preferencial de resolução de conflitos ainda verificada em nosso país. Assim, o potencial transformador da mediação possibilita, a um só tempo, a obtenção da efetiva pacificação social, fim último do direito e meta da sociedade como um todo, e a prevenção de novos litígios, permitindo que o Judiciário seja chamado a intervir nas relações que realmente dependem de sua manifestação de força e poder coativo.

Nas palavras de Águida Arruda Barbosa:

¹⁹¹ TARTUCE, Fernanda, *Op.Cit.*, p. 279.

A essência da prestação jurisdicional para conflitos familiares está no conhecimento disciplinar e na formação especializada. A atividade do Estado realiza-se pela comunicação entre humanos, pela escuta que, tecnicamente, concretiza-se pela predominância do princípio da oralidade, dando voz ao sujeito de direito. Esta atuação, bem conduzida e com sentido, poderá promover o restabelecimento do desvio de função e de papéis no sistema familiar. Esta é a origem do conflito que chega ao Judiciário, cujos efeitos são avassaladores, de um modo geral, mas a restauração na ordem dos papéis familiares é muito simples, desde que conte com a atuação competente de um profissional especializado, com formação interdisciplinar.¹⁹²(BARBOSA, p.106-107)

Busca-se o rompimento da ideia de culpa, de expiação de um responsável único pelos atos que se consideram danosos para o relacionamento familiar, procurando-se programar um novo padrão de conduta, com a conscientização das responsabilidades mútuas. Tal proceder visa não somente o passado e a análise do conflito atual, mas principalmente o futuro e a viabilidade da convivência pacífica.¹⁹³

A experiência prática na Defensoria Pública tem demonstrado que há enormes benefícios na aplicação da mediação nos conflitos familiares, como se demonstrará no tópico específico, sendo que a utilização do centro de mediação em conflitos do Fórum de Santos tem sido exitosa na sua tarefa de pacificar as relações familiares. A maioria dos indivíduos submetidos à mediação manifesta seu contentamento com o procedimento e denota melhoras na comunicação e nas relações familiares, ainda que não se tenha obtido a resolução do conflito que os encaminhou ao processo de mediação.

Porém, deve-se ter em mente que a mediação não resolve todas as disputas. Há situações em que as partes recusam-se sistematicamente a manter qualquer contato com a parte contrária, porque o vínculo já foi definitivamente rompido. Há, ainda, pessoas que não pretendem resolver seus conflitos, pois querem apenas soluções rápidas e pontuais que não se aprofundem na relação, que não consideram problemática. Há, por fim, pessoas que veem nas brigas judiciais intermináveis uma forma de manutenção do vínculo doentio com a parte contrária e se alimentam dos processos, de modo que nenhum acordo ou intervenção é capaz de satisfazê-las¹⁹⁴. Por isso, levando-se em conta ainda que a mediação pressupõe a aderência e compromisso das partes, não se pode pretender aplica-la a todo e qualquer conflito familiar.

Da mesma forma como ocorre com a mediação, também a conciliação encontra campo ideal de aplicação no direito de família. A realização da conciliação em direito de família, entretanto, possui uma triste particularidade que revela a necessidade de um olhar

¹⁹² *Construção dos fundamentos teóricos e práticos...*, p. 106/107.

¹⁹³ CAHALI, Francisco José, *Op.Cit.*, p. 68.

¹⁹⁴ BERNO, Rosely, *Justiça Emocional*. In: Anais do III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica. Disponível em <http://www.mackenzie.br/psico_3congresso_ibero-americano.html>, acesso em 08-08-2014.

mais atento quando da sua prática. É que a maioria dos processos judiciais de direito de família se resolve em conciliação e isso nem sempre se traduz num maior envolvimento e comprometimento das partes com a solução da disputa.

Caetano Lagrasta Neto afirma que por muito tempo os tribunais estaduais, assim como os juízes cíveis, “desprezam a judicatura de família, como sendo uma justiça inferior e rápida, que não necessita do labor da sentença e que, portanto, se resolve na audiência, com os acordos”.¹⁹⁵ Assim, construiu-se a ideia de que a justiça de família não deve ser levada à sentença, mas sempre resolvida no consenso das partes, que deve ser obtido em qualquer circunstância.

A obtenção sem qualquer critério de um falso consenso leva à proliferação de ações judiciais “filhotes”, pois a intervenção do conciliador, juiz ou não, não foi suficiente para pacificar o conflito de forma efetiva, mas apenas e tão-somente resolver seu próprio problema, “retirar o processo da frente”.

Ainda se veem, na prática, audiências *pró-forma*, em que as partes são constrangidas ao acordo e sequer ouvidas em suas necessidades. Saem da audiência descontentes e desanimadas, sem a percepção de ter sido feita justiça; mas para o Judiciário contabilizou-se mais um número positivo, uma conciliação bem-sucedida a mais, uma sentença a menos.

Por isso, quando se fala em fomentar a utilização de métodos consensuais de resolução de conflitos, de mudança de mentalidade e construção de cultura de paz, tal modificação no estado de coisas tem que ser paulatina e responsável, observando-se os fundamentos da jurisdição e seus objetivos, de modo a obter pacificação social, e não números vazios.

A utilização refletida da conciliação, com aplicação de técnicas corretas e realizada por profissionais capacitados tem enorme potencial de pacificar as relações familiares. Principalmente porque amplia o diálogo dos envolvidos e pode trazer à discussão questões que não seriam analisadas quando da prolação de eventual sentença de mérito.

Como já se disse, não é incomum, na prática, deparar-se com demanda de alimentos ajuizada por genitora que, em verdade, pretendia apenas que o filho pudesse ter contato com o pai no fórum, de maneira a sensibilizá-lo para o exercício das visitas. Ou o ajuizamento de ação de guarda pelo genitor que, em verdade, pretendia reduzir o valor da pensão paga ao filho, que vinha lhe onerando de forma excessiva. Ou, ainda, a propositura de ação de exoneração de alimentos pelo pai em face da filha que deixou de frequentar a faculdade,

¹⁹⁵ A conciliação judicial: avanços, retrocessos, esperança, In *Conciliação e Mediação: estruturação...*, p. 100.

sendo que sua real intenção era convencê-la a retomar os estudos, que ele continuaria pagando de bom grado.

Os conflitos familiares são, em regra, marcados pela falta de diálogo ou pela absoluta ineficiência da comunicação, agravada pela interferência dos sentimentos dos membros das famílias e de suas necessidades não satisfeitas. Assim, construído um espaço de diálogo com real escuta das posições dos envolvidos, o consenso eventualmente obtido será forte e consentâneo com as necessidades e expectativas de todos.

Cabe ao Judiciário e aos centros de conciliação, portanto, atentar para a responsabilidade envolvida na prática do instituto, de modo a lutar pela obtenção do consenso real, pacificador e eficiente para a implantação da cultura de paz.

8 Defensoria Pública e meios alternativos de resolução de conflitos

8.1 Papel institucional da Defensoria Pública e panorama da instituição - possibilidades de atuação

A Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição cidadã por trazer direitos e garantias individuais expressivos depois de um período de ditadura militar, definiu como objetivos fundamentais da república a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; bem como a promoção do bem de todos (artigo 3º da CF/88).

A fim de atender a esses objetivos, o artigo 5º, inciso LXXIV, da Carta Magna de 1988, dispôs que a assistência jurídica integral e gratuita é um direito fundamental dos necessitados. Por sua vez, a Defensoria Pública, por mandamento constitucional, foi a Instituição destinada a prestar esse serviço (artigo 134 da CF/88).

A Defensoria Pública é, portanto, instituição permanente e essencial ao sistema de justiça, sendo expressão e instrumento do regime democrático¹⁹⁶. Tem a incumbência constitucional, nos termos do artigo 134 da Constituição Federal, de prestar orientação jurídica, promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos das pessoas carentes de recursos.

Importante destacar, em relação ao assunto, diferença na normativa atual, alinhada à alteração constitucional, que dispõe a atuação da Defensoria Pública como “*assistência jurídica integral e gratuita*”, em oposição à “*assistência judiciária*”, consubstanciada na previsão legislativa contida na Lei 1.060/50, conhecida como “Lei da Justiça Gratuita”.

Desde 1947 as Constituições Federais trazem menção à prestação, pelo Estado, do serviço de *assistência judiciária gratuita*, mas sem especificação sobre quem prestaria o serviço e no que consistiria. Aprovada a Lei 1.060/50, restringe-se a ideia de assistência judiciária à mera gratuidade de justiça àqueles que não possuíssem condições de pagar as custas do processo judicial.

¹⁹⁶ Redação recentemente alterada, pela Emenda Constitucional nº 80/2014.

Contudo, pelo viés constitucional, *assistência judiciária* seria a possibilidade de se acessar diretamente o sistema judiciário por quem não detém condições de pagar pelos serviços de um advogado. Nesse sentido José Moacyr Doretto Nascimento leciona:

A “assistência judiciária” versa apenas sobre a instrumentalização da dedução da pretensão jurídica no sistema atual, partindo da premissa que, via de regra, o jurisdicionado não possui capacidade postulatória como eflúvio natural da simples cidadania ou nascimento com vida. Isto é, a assistência judiciária refere-se à concessão de profissional que irá postular em juízo em nome da parte processual.¹⁹⁷ (NASCIMENTO, p. 219)

A alteração na expressão constitucional, portanto, longe de ser mera formalística ou modificação desprovida de sentido, trouxe profunda transformação de sentido, que culmina com a fixação de conteúdo de atuação da Defensoria Pública. *Assistência jurídica* é conceito muito mais amplo do que *assistência judiciária*, que pressupõe, apenas e tão-somente, uma forma de acesso ao Poder Judiciário, por meio de profissionais capacitados para tal finalidade.

Por outro lado, a assistência jurídica engloba o acesso ao Judiciário, nas situações em que se faça necessário, e também a aplicação de outras formas de resolução de disputas ou, ainda, atuação extrajudicial integral com a finalidade de preservação de direitos do usuário.

Nesse sentido, as leis regentes da Defensoria Pública vieram acolher e estabilizar a previsão constitucional, ampliando sobremaneira a atuação da instituição para a promoção do acesso à justiça (*assistência jurídica*) dos necessitados.

Em âmbito nacional, a Lei Orgânica da Defensoria Pública é a Lei Complementar nº 80/94 (recente e relevantemente alterada pela Lei Complementar 132/09), ao passo que a normativa estadual em São Paulo é a Lei Complementar Estadual 988/06.

Seus objetivos institucionais são a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; a afirmação do Estado Democrático de Direito; a prevalência e efetividade dos direitos humanos e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (artigo 3º LC 80/94). Ao lado dos objetivos da instituição encontram-se seus princípios institucionais: unidade, indivisibilidade e independência funcional de seus membros (artigo 134, §4º, da CF/88).

Importante ressaltar que a recente alteração da redação do artigo 134 da Constituição Federal, levada a efeito pela EC 80/2014, alçou a Defensoria Pública a patamar ainda mais relevante dentro do sistema de justiça, uma vez que qualificou a instituição de “expressão e

¹⁹⁷ In *A Defensoria Pública e a Lei de Assistência Judiciária: Releitura Constitucional da Gratuidade Processual*, in *Temas Aprofundados da Defensoria Pública*, Volume 2, p. 219.

instrumento do regime democrático”¹⁹⁸. A definição de “expressão e instrumento do regime democrático”¹⁹⁹ reforça a ideia de que a Defensoria Pública, como instrumento de efetivação de direitos humanos, possibilita que a população marginalizada e vulnerável tome ciência de seus direitos, reivindique-os e exerça, assim, a sua cidadania, participando efetivamente na construção de uma democracia participativa.

A instituição possui a relevante missão de levar a justiça aos que dela mais necessitam, aos excluídos e marginalizados. Considera-se que a Defensoria Pública não se resume a um serviço de assistência, mas sim de mudança de realidade, de promoção social, de distribuição de justiça.

Maria Tereza Sadek afirma:

As possibilidades de superação da exclusão passam necessariamente por políticas voltadas para a efetivação dos direitos. Não se trata de sensibilizar para a caridade, mas para a construção da cidadania. Na caridade o que se propõe é a beneficência, que envolve a generosidade do superior em relação ao inferior. Na construção da cidadania, ao contrário, o que está em jogo é o direito e não o favor; é a igualdade e não uma relação de assimetria²⁰⁰. (SADEK, P. 14)

Interessante analisar o relevante papel da instituição no que se chama “Empoderamento Legal dos Pobres” (*“Legal empowerment of the Poor”*), desenvolvido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), pelo qual se afirma que as pessoas vivendo na pobreza, em regra, não logram dela escapar porque se encontram permanentemente excluídas da jurisdição estatal. A garantia de acesso à ordem jurídica justa aos mais necessitados seria um mecanismo de empoderamento que permitiria certa mobilidade social²⁰¹.

Os defensores públicos são, portanto, agentes de inclusão, cabendo a eles a difícil tarefa de dar voz e visibilidade aos marginalizados, trazendo-os para o sistema de justiça. Boaventura de Sousa Santos aponta:

¹⁹⁸ Cabe traçar um paralelo entre a redação anterior do artigo e a redação depois da Emenda:

Antes: A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV;

Depois: A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

¹⁹⁹ A expressão já era mencionada na Lei Complementar Federal nº 80/94, em seu artigo 1º, depois da alteração promovida pela Lei Complementar 132/09.

²⁰⁰ Prefácio “Defensoria Pública: um agente de igualdade”, in *Uma Nova Defensoria Pública pede Passagem – reflexões sobre a Lei Complementar 132/09*, p. xiv.

²⁰¹ CAROTTI, Andréa Sepúlveda Brito, *Propostas para uma atuação estratégica da Defensoria Pública orientada à redução da pobreza*, in *Uma Nova Defensoria Pública pede Passagem*, p. 84.

Dentre as instituições do sistema de justiça, a Defensoria Pública é a que melhores condições tem de contribuir para desvelar a procura judicial suprimida. Em outras palavras, se tivesse que responder à pergunta sobre qual o contributo da Defensoria para uma revolução democrática da justiça, diria que caberia aos defensores realizar o que tenho designado sociologia das ausências, reconhecendo e afirmando os direitos daqueles cidadãos intimidados e impotentes, cuja procura judicial e conhecimento dos direitos são suprimidos e activamente reproduzidos como não existentes, quando na verdade são quotidianamente esmagados pela linguagem esotérica das profissões jurídicas, pela presença arrogante e pela maneira cerimonial de vestir das autoridades estatais, pelos edifícios ostentosos e secretarias labirínticas dos tribunais, etc.²⁰² (SANTOS, 2009).

Ressalte-se que o conceito de necessitado para a atuação da Defensoria Pública não se reduz aos economicamente hipossuficientes, mas pode ser alargado para inúmeras situações de vulnerabilidade, social ou pontual, que justifiquem a intervenção da instituição.²⁰³

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2903, da Paraíba, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, teceu os seguintes comentários acerca da importância da Defensoria Pública no que tange à concretização de direitos dos necessitados:

A Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, qualifica-se como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que são titulares as pessoas carentes e necessitadas. É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo inconsequente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas - carentes e desassistidas -, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado. De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam - além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares - também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República.²⁰⁴ (MELLO, 2005).

É bem verdade que a Defensoria Pública, apesar da enorme importância social e constitucional, não está totalmente estruturada em vários Estados da Federação. São Paulo,

²⁰² Apadep em Notícias Ano I, nº 07, Jan/Fev 2009, disponível em <<http://content.yudu.com/Library/A154yl/APADEPemNotciasJanei/resources/7.htm>>

²⁰³ A respeito do assunto, veja-se a Deliberação nº 89/2008 do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que traça os parâmetros para a definição do hipossuficiente com o fim de analisar a viabilidade de atendimento pela Instituição Paulista: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=2485&idModulo=5010>>

²⁰⁴ STF. ADI 2903 PB. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Tribunal Pleno. Julgamento: 01/12/2005. DJE-177

por exemplo, somente criou sua Defensoria em 2006²⁰⁵, 18 anos após o comando constitucional, mas ainda vários anos antes do Paraná e de Santa Catarina, recém-criadas. A relevância da instituição pode ser verificada da constatação de que segundo o Censo de 2010 do IBGE, 60,70% da população brasileira vive com menos de 1 (um) salário mínimo *per capita* - a população atendida pela Defensoria Pública, portanto, abarca mais da metade da população nacional²⁰⁶.

Em que pese tal relevância e potencial de atuação, a assistência pela Defensoria Pública ainda não é garantida em assustadores 72% das comarcas – ou seja, em 72% dos locais que possuem ao menos um juiz, a população em condições de vulnerabilidade não tem seu direito de acesso gratuito à justiça garantido por um defensor público²⁰⁷. Nesses locais, comumente a OAB presta serviços de assistência judiciária, assim como algumas faculdades de direito, ONGs e profissionais *pro bono*. Contudo, tendo-se em vista que a Defensoria Pública é a instituição com atribuição constitucional exclusiva para a defesa dos necessitados e que sua atuação envolve muito mais do que a assistência judiciária, a população sofre inegável prejuízo com o déficit de Defensores Públicos e as deficiências verificadas nas Defensorias já instaladas.

Por essa razão aprovou-se a mencionada Emenda Constitucional n° 80/14, resultado da chamada “PEC das Comarcas” ou “PEC Defensoria Para Todos” que, além de alterar a redação do “caput” do artigo 134, ainda estabeleceu comando nas disposições transitórias ordenando que os Estados da Federação instalem Defensorias Públicas em todas as suas comarcas, no prazo de 8 (oito) anos²⁰⁸.

²⁰⁵ Não se pode deixar de apontar, entretanto, que muito embora a Defensoria Pública em São Paulo somente tenha sido criada formalmente em 2006, desde 1947 o Estado de São Paulo realizava os serviços de prestação de assistência judiciária gratuita à população carente por meio da Procuradoria do Estado e seu órgão Procuradoria de Assistência Judiciária, instituída pelo Decreto-Lei 17.330 de 1947 (disponível em <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto.lei/1947/decreto.lei-17330-27.06.1947.html>>). Dessa forma, antes da criação da instituição com atribuição exclusiva para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita o serviço era prestado em São Paulo por Procuradores do Estado integrantes do órgão mencionado. Importante destacar, ainda, que com a criação da Defensoria Pública facultou-se aos Procuradores do Estado atuantes na Procuradoria de Assistência Judiciária a opção por permanecer na atividade e transferir-se para a Defensoria Pública. Na ocasião, 87 procuradores assim optaram e hoje são Defensores Públicos.

²⁰⁶ Considerando-se a média de rendimentos mensais que em regra é critério de atendimento pela instituição – em São Paulo a renda familiar tem que corresponder a até (três) salários mínimos para que a pessoa seja atendida.

²⁰⁷ <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdefensores>

²⁰⁸ "Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no *caput* deste artigo.

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional."

Embora já houvesse menção nas leis orgânicas federal e estadual da Defensoria Pública acerca da possibilidade de atuação com os meios consensuais ou extrajudiciais de resolução de conflitos, a Emenda Constitucional 80/14 expressamente alçou tal possibilidade como função institucional constitucional, em clara declaração de princípios acerca da importância atual da utilização de métodos extrajudiciais para a resolução de conflitos, ao lado da jurisdição estatal.

A menção expressa no texto constitucional retira qualquer papel secundário da atuação extrajudicial e fortalece a aplicação de métodos e programas consensuais no âmbito da instituição. No sentido da educação em direitos, ainda, leva ao conhecimento da população em geral a importância do tema, retirando da atuação judicial a ideia de paradigma e passa a ser paralelo a esta, em cumprimento da missão constitucional de prestação de assistência jurídica integral e gratuita.

Como já se mencionou, não é incomum o pensamento de que os métodos consensuais de resolução de conflito são menores do que a jurisdição estatal, menos importantes e menos sérios, de modo que a população em geral, principalmente a carente, público atendido pela Defensoria Pública, tem a tendência de rejeitá-los. A exclusão em que vivem gera a expectativa de resposta estatal como solução única para seus problemas, aliada à falta de empoderamento para o tratamento de seus próprios conflitos.

Neste momento, a menção constitucional possui o relevantíssimo papel de educar para o novo, proceder à tão esperada mudança de mentalidade, firmando posição acerca da importância da utilização dos meios consensuais, ao lado da jurisdição estatal, como forma de acesso adequado à justiça efetiva.

8.2 Normativa federal e estadual

A Lei Complementar 80/94, Lei Orgânica da Defensoria Nacional, elenca, dentre as funções institucionais da Defensoria Pública, as seguintes:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;

II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos;

III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico;

IV – prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições;

(...)

No mesmo sentido, a Lei Complementar Estadual 988/06 dispõe o seguinte:

Artigo 3º - A Defensoria Pública do Estado, no desempenho de suas funções, terá como fundamentos de atuação a prevenção dos conflitos e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalidade, e a redução das desigualdades sociais e regionais.

(...)

Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

I - prestar aos necessitados orientação permanente sobre seus direitos e garantias;

II - informar, conscientizar e motivar a população carente, inclusive por intermédio dos diferentes meios de comunicação, a respeito de seus direitos e garantias fundamentais;

(...)

V - prestar atendimento interdisciplinar;

VI - promover:

a) a mediação e conciliação extrajudicial entre as partes em conflito de interesses;

A implementação de tais medidas no âmbito da Defensoria Pública, contudo, enfrenta enormes desafios, que vão desde cultura de judicialização, passando pelo papel dos defensores públicos na solução de conflitos, até a busca por condições materiais e de pessoal necessárias à sua efetivação – questão que se mostra especialmente sensível em uma instituição que ainda carece, em grande parte do país, de carreira de apoio própria e de orçamento que permita exercer com eficiência as suas funções.

Entretanto, o que importa é notar que as normativas federal e estadual regentes da instituição dispõem como sendo dever prioritário do Defensor Público a atuação extrajudicial, por meio da utilização de formas de resolução de controvérsias alternativas à jurisdição estatal.

A redação do inciso II do artigo 4º da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública exposta acima não é original e decorreu da alteração de relevo perpetrada pela Lei Complementar 132/09 que modificou várias premissas de atuação da instituição. A modificação legislativa contribuiu para a construção de um novo paradigma na atuação da Defensoria Pública, na esteira das três ondas do movimento universal de acesso à justiça proposto por Cappelletti.

Tal reforma teve origem no processo de reforma do Judiciário, que visava a mudança da sua estrutura, a alteração da legislação processual para garantia de racionalização e simplificação dos procedimentos e a busca de padronização de boas práticas de gestão nas instituições de justiça²⁰⁹.

A Secretaria de Reforma do Judiciário, órgão criado no âmbito do Ministério da Justiça para os estudos a respeito da reforma do Judiciário, instituiu comissão encarregada de estudar e elaborar propostas para o fortalecimento das Defensorias Públicas no âmbito dos Estados. No entanto, a proposta de alteração da Lei Complementar 80/94 não foi aprovada na época da emenda de reforma do Judiciário, em 2004, mas somente em 2009, resultando na Lei Complementar 132.

Dentre diversas outras inovações, a nova legislação fez inserir na Lei Complementar 80 uma “parte geral”, aplicável à Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Estados, destacando-se o art. 4º, mencionado, que reformulou as funções institucionais. Houve previsão expressa de busca de forma prioritária da desjudicialização dos conflitos, com a utilização de meios consensuais de resolução de controvérsias, educação em direitos e atuação interdisciplinar. Todas essas medidas visam o incremento da efetividade da intervenção da Defensoria Pública, que deixa de ter apenas atuação com viés processual.²¹⁰

Renato Campos Pinto de Vitto afirma:

Para além de se resolverem apenas os processos judiciais, a Defensoria Pública passa a ter como missão a pacificação e administração dos conflitos, além de se agregar um conteúdo pedagógico e preventivo a partir da política de educação em direito²¹¹. (VITTO, p. 220).

A preferência de utilização de tais meios pela Defensoria Pública não significa que aos pobres se garantiria apenas o Judiciário num segundo momento, sendo que ele seria apenas acessível àqueles que podem pagar. Esse entendimento acabaria por impedir o acesso ao Judiciário, criando uma “justiça de segunda categoria” para a população já marcada pela exclusão social.

²⁰⁹ VITTO, Renato Campos Pinto de; *O uso dos meios alternativos de resolução de conflitos e a atuação interprofissional da Defensoria Pública: o novo enfoque do acesso à justiça na LC 132/2009*, In Uma Nova Defensoria Pública pede passagem, p. 285 e ss.

²¹⁰ Como exemplo da atuação em educação em direitos visando à aplicação dos meios adequados de resolução de conflitos, cite-se a edição da cartilha “Ensinar, prevenir, conciliar: Defensores Públicos pela garantia extrajudicial dos direitos” efetuada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos, em parceria com o Ministério da Justiça e o Conselho Nacional dos Defensores Públicos Gerais. A cartilha é destinada a ser distribuída para a população atendida pela Instituição e, de forma didática e com ilustrações, orienta sobre o papel da Instituição na aplicação dos métodos extrajudiciais de resolução de conflito e os aponta como alternativas à jurisdição estatal. Disponível em <http://www.anadep.org.br/wtksite/Cartilha_Final_Web.pdf>, acesso em 13-10-2014.

²¹¹ *Op Cit.*, p. 220.

Por outro lado, com a absorção pela Defensoria Pública de demanda antes invisível, bem como pela percepção gerada pela educação em direitos, certamente haveria colapso do Judiciário se todas essas novas demandas fossem judicializadas. Dessa forma, garantida a inafastabilidade da jurisdição estatal, a novel legislação determina, com todas as letras, que ela deve ser subsidiária em relação às tentativas de formas extrajudiciais de composição, prévias.

A aplicação da mediação no âmbito da Defensoria Pública já ocorre há algum tempo, sendo que, pelo menos, seis unidades da federação se valem de programa alternativo de mediação – Bahia, São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Pará e Distrito Federal²¹². Já a conciliação, que não demanda capacitação profunda do aplicador e procedimento mais complexo, é utilizada de forma mais ampla pela Defensoria Pública, embora somente sete estados da federação afirmem utilizá-la em molde de programa permanente.

Com a mudança legislativa, a previsão que antes parecia ser um mero referencial de atuação, passa a se tornar dever da Instituição. Assim, é obrigação da Defensoria Pública, em toda e qualquer disputa que envolva direito que possa ser objeto de transação, proceder à tentativa de composição amigável antes do encaminhamento para o Judiciário. A menção à palavra “prioritária” não deixa dúvidas: a utilização dos métodos consensuais deve ser prévia e preferente em relação ao ajuizamento de demandas; sempre que possível.

Para Renato Campos Pinto de Vitto, a decisão de remeter o caso diretamente para o Judiciário saiu do âmbito da discricionariedade do Defensor, já que a Lei Complementar 132/09 previu que a conciliação será sempre adotada como forma preferencial. Assim, a jurisdição passa a ser subsidiária, sendo dever da instituição, não havendo fato impeditivo, a tentativa de composição extrajudicial.²¹³

Embora ainda não tenha havido regulamentação interna de tal legislação, não há impedimento para que ela seja aplicada aos casos que chegam ao conhecimento do Defensor.

Frise-se que já se discute, internamente, em atenção ao Relatório do mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais de solução e administração de conflitos do Ministério da Justiça (2005), a instituição de uma política interna de composição extrajudicial de conflitos²¹⁴. A discussão vem sendo travada, desde 2011, no âmbito da

²¹² III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, Ministério da Justiça, 2009, disponível em <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/III%20Diagn%C3%B3stico%20Defensoria%20P%C3%BAblica%20no%20Brasil.pdf>>

²¹³ *Op. Cit.*, p. 231.

²¹⁴ As informações aqui citadas foram obtidas no procedimento interno que corre perante o Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e que, por ainda não estar encerrado, permanecem no âmbito interno,

Comissão de Estudos Interdisciplinares da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, órgão técnico destinado a deliberar sobre questões de natureza interdisciplinar na instituição. Embora ainda pendente de regulamentação, interessante trazer à baila algumas das discussões surgidas no percurso do procedimento interno mencionado. A comissão deu origem ao procedimento a fim de provocar a aprovação de normativa interna, indo ao encontro do que determinou a Lei Complementar 132/09 ao alterar a Lei Complementar 80/94, para a criação de uma política de composição extrajudicial.

Ainda que se reconheça que a utilização dos meios consensuais de resolução de controvérsias sempre tenha sido uma realidade no âmbito das Defensorias Públicas nacionais, o que também ocorre em São Paulo desde a sua instituição (em 2006), a proposta visava a que fosse regulamentada a forma de atuação como um todo, não relegando a atuação e seus moldes apenas a iniciativas locais e individuais de Defensores Públicos e unidades.

Isso porque, sem regramento interno, cada unidade da Defensoria acaba por conduzir a questão da forma que entender mais apropriada, ainda que considere a imprescindível prioridade dada aos métodos consensuais pela legislação. Como exemplo, há unidades como São José do Rio Preto/SP em que os Defensores Públicos se organizaram e criaram método de aplicação de formas consensuais no âmbito interno da unidade, com encaminhamento do usuário ao serviço assim que o Defensor recebe o feito no atendimento inicial – chamado de triagem -, vislumbrando ser hipótese em que cabível a composição amigável. De outra parte, há unidades, como Santos/SP, em que a iniciativa de composição é menos organizada, de modo que passa pelo crivo e intenção de cada Defensor a submissão da situação aos métodos extrajudiciais de forma prévia.

A proposta de regramento, portanto, pretende sanar tais omissões e uniformizar a aplicação dos métodos não litigiosos no Estado. Durante as discussões (que ainda estão em andamento no âmbito da comissão) a preocupação principal teve duas naturezas: a garantia da voluntariedade das partes, evitando-se a criação de uma instância administrativa obrigatória, aliada à observância da independência funcional do Defensor natural.

A Comissão Interdisciplinar mencionada, como a natureza do nome já permite verificar, é composta por Defensores Públicos e agentes de Defensoria psicólogos e assistentes sociais (melhor explicitados em suas funções no item a seguir). Por conta da riqueza de pontos de vista diferenciados, as discussões sobre o tema surgidas na comissão são

interessantes e levam em consideração aspectos diversos da adoção da política interna de composição extrajudicial.

Do ponto de vista dos Defensores Públicos com formação mais estritamente jurídica e preocupações relevantes relacionadas ao direito do usuário, as premissas principais para a aprovação da normativa interna seriam: a) que a criação da política interna de composição extrajudicial seja construída sobre a premissa de um acesso à justiça de forma ampla e adequada ao caso concreto; b) que não vise a que a Instituição substitua o Judiciário na atividade decisória do litígio; c) que se volte à preservação do direito em si que a parte pretende obter ou conservar. A análise pressupõe, ainda, que caberia ao Defensor Público que primeiro tiver contato com o caso narrado pelo usuário a verificação do cabimento ou não da utilização de formas consensuais prévias ao encaminhamento judicial da questão.

Por outro lado, a visão dos agentes de Defensoria Pública (psicólogos e assistentes sociais) preocupa-se com a necessária observância da voluntariedade das partes em submeterem-se aos métodos compositivos extrajudiciais, mais do que com o encaminhamento heterônomo do Defensor Público interveniente. Em tal ponto de vista, o encaminhamento pode gerar prejuízo à efetividade do processo autocompositivo, já que sem voluntariedade das partes não há negociação legítima, e também prejuízo ao processo em si, já que a decisão nas mãos unicamente do Defensor pode redundar no não encaminhamento à composição amigável de demandas que seriam potencialmente resolvidas por tal método.

Entende-se que o usuário precisa ser devidamente orientado a respeito da existência de possibilidade de tais métodos, no *princípio da decisão informada* já comentado, cabendo a ele a escolha sobre a utilização ou não. Veja-se que nada impede que a Defensoria Pública, no exercício de sua função institucional de educação e orientação em direitos, tente o convencimento da parte, com informações a respeito do assunto e das possibilidades, vantagens e desvantagens da utilização dos métodos extrajudiciais. Tal orientação já pode ser suficiente para conduzir à voluntariedade de utilização dos meios compositivos prévios à adjudicação estatal, já que muitas vezes a recusa encontra fundamento no desconhecimento sobre os métodos. Assim, estar-se-ia observando a voluntariedade das partes, mediante informação prévia, e garantindo-se a adequação e efetividade da solução consentida eventualmente obtida.

Por fim, os agentes de Defensoria veem que a intenção da criação de uma política interna de composição extrajudicial é justamente evitar que a decisão de composição amigável ou não fique a cargo do Defensor responsável pelo atendimento, como ocorre hoje,

com exclusão de acesso de diversas pessoas ao método por particularidades de cada atendimento. Para tal análise, contudo, a verificação técnica prévia do Defensor Público gera a delegação de responsabilidade sobre o problema ao saber técnico do defensor, que tem como ponto de partida a análise da situação já sob o ponto de vista jurídico.

Entendem, em contraposição, que o que a resolução autocompositiva de conflitos oferece é uma alternativa que seria anterior à submissão do interesse dos usuários à decisão técnica do Defensor, de modo que o serviço não deveria estar submetido à sua análise, mas sim apresentado em todos os casos em que seja aplicável, como alternativa à tradução do conflito em demanda jurídica. Tal compreensão subverte a lógica de trabalho na instituição, focada na interpretação das situações dada pelo Defensor Público, mas parece ir ao encontro da atuação prioritária em composição amigável de conflitos.

Nesse sentido, o ponto de vista dos agentes de Defensoria Pública conclui que, como organização de política institucional interna criada em decorrência de previsão legislativa expressa (de atuação prioritária), a opção pela utilização dos métodos consensuais não estaria no âmbito da independência funcional do Defensor Público, mas seria imposição legal, sempre que o problema puder ser levado às vias compositivas. Entenda-se que as exceções vistas, jurídicas ou fáticas (risco de perecimento do direito, situação de violência, dentre outras) continuam, em regra, sendo impedimentos para a composição, o que não significa que ela não possa ser tentada, de maneira responsável e bem conduzida pelos intervenientes.

As premissas consideradas pelos agentes de Defensoria Pública para a aplicação da política interna de composição extrajudicial de conflitos, portanto, seriam: a) que se garanta a voluntariedade das partes para o início de uma tentativa de resolução autocompositiva do conflito; b) que o oferecimento do serviço de conciliação ao usuário se pautar pelo princípio da decisão informada; c) como corolário, que o conhecimento técnico do trabalho autocompositivo abranja mediadores, conciliadores e todos os demais atores do sistema de atendimento inicial da Defensoria Pública; d) que o trabalho de conciliação ou mediação seja oferecido em todos os casos em que a resolução autocompositiva é aplicável.

Vê-se, portanto, que as duas visões técnicas se complementam, de modo que as discussões caminham para a aprovação de uma normativa interna que seja embasada nas premissas mencionadas, considerando-se a relevância de instituição de uma política que não seja vinculada apenas ao entendimento do Defensor responsável, mas que possa se traduzir em atuação institucional destinada a efetivar de forma prioritária o acesso à ordem jurídica justa pelos métodos alternativos à jurisdição estatal.

Como fundamento comum às questões debatidas, destaca-se ainda que o fomento de resoluções autocompositivas de conflito ultrapassa o mero oferecimento de um serviço especializado, demandando também uma atuação de educação em direitos. Trata-se de grande desafio trabalhar no sentido de uma responsabilização das pessoas para a resolução de seus conflitos porque não se trata de fenômeno espontâneo, principalmente em um contexto sócio-histórico no qual o ideal de conhecimento e Verdade centra-se na figura do especialista (que, por sua condição especial, teria o poder de “escolher melhor”) e para uma população (na qual estamos todos incluídos) cuja cultura de desigualdades econômicas, injustiças sociais e políticas paternalistas nos acostumaram a modelos decisórios hierárquicos e verticais. (...)

Mais do que garantir a legitimidade dos resultados deve-se enfrentar o desafio de intervenção na cultura, ao menos naquilo em que a missão institucional impele às Defensorias Públicas realizar.²¹⁵(FRANCO; KOHARA, 2012).

8.2.1 Os Centros de Atendimento Multidisciplinar

A Legislação Orgânica Federal da Defensoria Pública passou a dispor, em 2009, com as reformas levadas a efeito pela Lei Complementar 132/09, que dentre as funções institucionais da Defensoria Pública estão a prestação de atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições.

Todavia, a Lei Complementar Estadual 988/06, que organizou a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, já trazia a previsão a respeito do atendimento interdisciplinar desde a sua aprovação, como se vê de seu artigo 5º:

Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

(...)

V - prestar atendimento interdisciplinar;

²¹⁵ FRANCO, Ricardo César; KOHARA, Paulo Keishi Ichimura; *Entre a Lei e a Voluntariedade: O Modelo Institucional de Resolução Extrajudicial de Conflitos em Defensorias Públicas*, Revista da Defensoria Pública, Ano 5, n.1, 2012, disponível em <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/7artigo.revista2012.pdf>>, acesso em 10-08-2014.

Entendeu-se imprescindível equipar a Defensoria Pública de São Paulo com órgão destinado ao atendimento interdisciplinar, como forma de dar cumprimento ao comando constitucional ordenador da prestação de assistência jurídica integral – que se preste, portanto, à abordagem completa do problema trazido pelo usuário em seu atendimento, bem como à prevenção de surgimento de novas situações prejudiciais e, ainda, à educação e orientação em direitos.

A normatização dos serviços de atendimento multidisciplinar pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo é iniciativa pioneira, não se tendo notícia de nenhuma atividade congênere nas Defensorias Públicas do Brasil. A legislação orientou a criação dos chamados Centros de Atendimento Multidisciplinar no âmbito da instituição paulista, que seriam os responsáveis pela prestação do atendimento interdisciplinar. Dispõe o que segue:

Dos Centros de Atendimento Multidisciplinar

Artigo 69 - Compete aos Centros de Atendimento Multidisciplinar assessorar os Defensores Públicos nas áreas relacionadas às suas atribuições.

Artigo 70 - Para o desempenho de suas atribuições, os Centros de Atendimento Multidisciplinar poderão contar com profissionais e estagiários das áreas de psicologia, serviço social, engenharia, sociologia, estatística, economia, ciências contábeis e direito, dentre outras.

Parágrafo único - Os estagiários, auxiliares dos profissionais do Centro de Atendimento Multidisciplinar, serão submetidos a seleção e regime estabelecido por deliberação do Conselho Superior.

Artigo 71 - Os Centros de Atendimento Multidisciplinar serão coordenados por Defensores Públicos designados pelo Defensor Público-Geral do Estado.

Dispõe, ainda, em seu artigo 48:

Artigo 48 - As Defensorias Públicas Regionais e a Defensoria Pública da Capital serão capacitadas com ao menos 1 (um) Centro de Atendimento Multidisciplinar, visando ao assessoramento técnico e interdisciplinar para o desempenho das atribuições da instituição, assegurada a instalação, em toda comarca ou órgão jurisdicional dentro de sua área de atuação, de local apropriado ao atendimento dos Defensores Públicos.

Embora a previsão legislativa existisse desde a criação da Defensoria Pública de São Paulo, foi somente em 2010 que se regulamentou a criação efetiva dos Centros, conhecidos internamente como CAM, pela Deliberação 187/2010 do Conselho Superior da Defensoria Pública. Inicialmente, a previsão abrange apenas a fixação de atribuições dos agentes de Defensoria Pública (nome dado aos servidores atuantes nos Centros de Atendimento Multidisciplinar) psicólogos e assistentes sociais, que atualmente são os únicos a prestar auxílio aos Defensores.

Os agentes de Defensoria Pública são órgãos auxiliares à prestação da atividade-fim da Defensoria, ou seja, da prestação de assistência jurídica integral, gratuita e efetiva aos necessitados. Atuam em sua área de formação, mas submetidos à normativa interna e principiologia próprias da Defensoria Pública.

A finalidade primordial da intervenção multidisciplinar na Defensoria é dar o encaminhamento devido às situações que escapam da alçada estritamente jurídica. A pretensão de integralidade do atendimento só se mostra coerente quando se permite a intervenção de outras disciplinas nas situações trazidas pelos interessados.

Há problemas, por exemplo, estritamente decorrentes de situação de extrema miséria, em que não se vislumbra a possibilidade de intervenção judicial ou jurídica de nenhuma forma, mas sim acompanhamento pela rede de assistência social do município. Assim também em situações envolvendo saúde que se resolvem com meros encaminhamentos, ou quando se faz necessário o acompanhamento pelo assistente social de processo judicial com desdobramentos de assistência – elaboração de laudos, estudos técnicos e pareceres.

Da mesma forma, há pessoas que necessitam de atendimento psicológico especializado e que não trazem questões que possam ser resolvidas pela intervenção jurídica do Defensor Público, ou que passam por situações no decorrer de processos judiciais que se beneficiariam de um acompanhamento por psicólogo. Por essas razões a atuação dos agentes dá-se de maneira complementar aos Defensores Públicos na prestação de sua atividade-fim, com a finalidade de tratar de maneira efetiva as situações postas sob a análise da instituição.

A deliberação mencionada elenca as atribuições dos agentes de Defensoria assistentes sociais e psicólogos, com relação ao tópico do presente:

Artigo 5º. São atribuições gerais dos Agentes de Defensoria dos Centros de Atendimento Multidisciplinar, respeitada a respectiva área do conhecimento:

(...)

VII – fomentar estratégias alternativas de composições de conflitos na comunidade;

VIII - Atuar como conciliador, facilitador e mediador;

(...)

Parágrafo único. A Escola da Defensoria Pública deverá oferecer, periodicamente, curso de formação para a atuação na facilitação de composições consensuais de conflitos.

Dessa forma, são os agentes de Defensoria Pública integrantes dos Centros de Atendimento Multidisciplinar aqueles que, por força de lei, detêm a atribuição interna de

funcionar como conciliadores, facilitadores e mediadores no âmbito da Defensoria. Para tanto, serão capacitados pela Escola da Defensoria Pública.

Veja-se que a previsão não exclui a participação de Defensores Públicos na aplicação dos métodos consensuais de composição de litígios, mas torna os agentes servidores específicos e capacitados para a função.

Cada unidade da Defensoria Pública paulista deve, necessariamente, contar com ao menos um psicólogo e um assistente social em seus quadros e eles serão coordenados por um Defensor Público, que se responsabilizará pela coordenação regional dos agentes (a cada Regional correspondem algumas unidades, centros administrativos autônomos)²¹⁶. Hoje, quase todas as unidades do Estado de São Paulo já contam com seus quadros completos.

Atualmente os agentes estão sendo capacitados para atuarem como mediadores, sendo que já obtiveram capacitação específica para atuarem como conciliadores. Na prática, portanto, ainda não há aplicação institucional da mediação de forma organizada, já que ainda não se encerrou o ciclo de capacitação em mediação aos servidores – as iniciativas individuais decorrem de capacitação autônoma de agentes especializados, não de política institucional.

Embora já tenha havido a capacitação dos agentes em conciliação, a falta de normativa clara relega às unidades a organização para aplicação de um tratamento autocompositivo aos conflitos de interesses. Ademais, como ocorre com diversas instituições, inclusive e principalmente com o Judiciário, o problema do volume de casos que afloram na Defensoria Pública todos os dias é um entrave à aplicação efetiva da autocomposição de forma organizada em âmbito institucional.

Com somente dois agentes psicossociais por regional, em regra, que, além das atribuições de conciliação e mediação, ainda detêm competência para o atendimento individual, mediante encaminhamento pelos Defensores Públicos, há uma enorme dificuldade de implantação atual da política de resolução extrajudicial centralizada nessas figuras. Dessa forma, a efetiva instituição de uma política interna organizada passa pela reordenação das atribuições dos agentes psicossociais e, possivelmente, aumento do número de profissionais por unidade.

Sem embargo, parte da função de promover formas adequadas de tratamento aos litígios, mormente a conciliação, pode ser assumida pelos Defensores Públicos. Parte dos profissionais tende a evitar o envolvimento direto na condução da conciliação por receio de desdobramentos internos a respeito da atuação ética (por exemplo, caso a conciliação reste

²¹⁶ A Regional de Santos da Defensoria Pública, por exemplo, é formada pelas unidades de Santos, São Vicente, Praia Grande e Guarujá.

infrutífera, quem seria atendido pela Defensoria Pública ao final das intervenções). A organização da atuação extrajudicial deve trazer soluções para tais entraves, de forma a garantir maior segurança aos participantes das tratativas.

Na prática da unidade Santos/SP, realidade mais próxima, o que ocorre é que não há forma previamente ajustada de encaminhamento das controvérsias para formas consensuais, sendo que as iniciativas decorrem do entendimento do Defensor que primeiro tem contato com o caso no atendimento inicial. Caso ele entenda viável, a conciliação (método mais aplicado na prática, principalmente em decorrência da ainda pendente capacitação em mediação dos agentes psicossociais) pode encaminhar o caso para os agentes que realizarão a conciliação, ou ainda pode, ele mesmo, convocar as partes à sua presença para obter a composição.

Se a composição for obtida, redige-se um termo que será, na maioria das vezes, submetido à homologação do juízo – com a finalidade única de gerar título executivo judicial. Não se ignora a atribuição de natureza de título executivo extrajudicial aos acordos entabulados por Defensores Públicos (artigo 585, II, do Código de Processo Civil)²¹⁷, mas dificuldades de ordem organizacional impedem que os acordos permaneçam, como regra, sem a chancela do Judiciário.²¹⁸

Não obstante as dificuldades de ordem prática, há localidades que conseguem se organizar de modo a arquivar os procedimentos em que houve acordo possível, com a finalidade de propiciar eventual execução judicial em caso de descumprimento, quando se fizer necessária a observância de medidas de coerção. É o caso de São José do Rio Preto/SP, que consegue ter estrutura física adequada para o armazenamento dos acordos.

Com relação à eventual execução dos acordos, não cumpridos, assinados pelo membro da Defensoria Pública, há precedentes judiciais autorizando que, em caso de acordo de alimentos, seja ajuizada execução pelo rito prisional do art. 733 do Código de Processo Civil mesmo nessas situações²¹⁹. Embora haja também decisões em sentido contrário,

²¹⁷ Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;

²¹⁸ Para tanto, seria preciso que no âmbito interno da Defensoria houvesse um cartório destinado ao armazenamento dos títulos executivos decorrentes de composições obtidas, para fins de acesso a eles caso seja necessário iniciar fase executiva, em caso de descumprimento do acordado. Uma vez que essa ainda não é a realidade da instituição de maneira geral e visando evitar a impossibilidade de acesso ao acordo entabulado e, com isso, prejuízo às partes e perda da eficiência do método, a tendência é o pedido de homologação dos acordos, apesar do contrassenso existente em tal procedimento.

²¹⁹ “Alimentos. Execução por coação pessoal. Fixada a obrigação por acordo, tal dá ensejo à cobrança pela via executiva. Desimporta a natureza do débito alimentar, espécie ou sede em que foi fixado: sejam alimentos provisórios, provisionais ou definitivos, tenham sido definidos por sentença definitiva, por decisão interlocutória,

internamente sustenta-se a possibilidade de tal execução, já tendo sido aprovada tese institucional a autorizar o ajuizamento de tais medidas pelos Defensores Públicos²²⁰.

Ademais, depois do seu primeiro ano de funcionamento o Centro de Atendimento Multidisciplinar organizou suas estatísticas internas, incluindo os números relacionados à utilização de métodos de composição extrajudicial de conflitos, e os divulgou internamente.

Os dados dão conta do atendimento, em todo o Estado, de cerca de 5 (cinco) mil casos, sendo que desse total 37% das intervenções solicitadas foram para tentativa de composição amigável entre as partes.²²¹ Ressalte-se que esse número não se refere ao total de tentativas de composição amigável nas unidades da Defensoria Pública, mas somente àquelas em que se entendeu conveniente a intervenção do agente de Defensoria local.

Desse total de intervenções para tentativa de construção de consenso, 38% se referiam à área de direito de família (em comparação com 26% da área cível, 14% de problemas sem ação judicial viável, 13% da infância e juventude e 6% criminal).

Com relação à forma de encaminhamento para as sessões de tentativa de composição, tinha-se que, em alguns lugares, ela era direta; em duas localidades (São José do Rio Preto/SP e Marília/SP) definidas por tema (demandas com temática específica eram sempre encaminhadas, como os divórcios, por exemplo); em outros lugares sempre dependente de decisão técnica do Defensor quanto à melhor alternativa para o caso (como Araraquara/SP) e, na regra geral, por anuência da parte após questionamento do Defensor, estagiário de Direito ou Oficial de Atendimento que tenha tido contato com o interessado.

Dos números totais de agendamentos para sessões de tentativa de composição amigável, 68% das partes se apresentaram, sendo que 32% dos agendamentos contaram com pelo menos uma ausência. Quando as partes se fizeram presentes, no geral do Estado 73,52% dos casos terminaram em conciliação frutífera, restando 26,47% sem composição possível. Os números não analisam o encaminhamento dado aos casos em que não houve conciliação, mas a regra é de ajuizamento da demanda correspondente, quando se verifica viável.

Divididas por temática, os números demonstram que a maior parte das tentativas de conciliação, em matéria de direito de família, (que já são a maior parte dos encaminhamentos)

ou estipulados em acordo, podem ser cobrados por qualquer das modalidades legais (arts. 732,733 ou 734 do CPC)” (TJRS, Apelação Cível nº 70005476023, j. em 19.02.2003.

²²⁰ Tese Institucional de Direito de Família nº11/09, disponível em <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=5146>>, acesso em 24-10-2014.

²²¹ Como já se mencionou, embora o número total não diferencie, tem-se que a imensa maioria desses atendimentos se refere a conciliações, já que os agentes ainda não foram capacitados internamente para a mediação e a iniciativa pontual em algumas unidades depende da capacitação externa dos agentes respectivos.

foram objeto de composição. Dos 1070 casos analisados no período, 581 foram objeto de composição amigável, 154 não obtiveram consenso e 335 não foram levados a termo pela ausência de uma ou de ambas as partes.

Embora o número de ausências seja expressivo, na unidade de Santos/SP as ausências às convocações para as sessões de tentativa de composição foram de 7% do total, um dos números mais baixos de todo o Estado. Além disso, no período a unidade contou com o percentual de 78% de acordos entabulados nas sessões em que as partes estavam presentes, número maior do que a média do Estado.

Uma das preocupações ainda existentes entre os agentes psicossociais quanto à realização de tentativas de composição extrajudicial, a par da necessária capacitação e atualização constantes, é a sistematização das hipóteses em que as sessões não devem ser realizadas, como forma de garantia da lisura do resultado final e da segurança dos agentes e das pessoas envolvidas. Para tanto, a Defensoria lançou uma cartilha destinada aos servidores que participam ativamente de tais sessões, com linguagem informal e não necessariamente técnica, a fim de que pudesse sanar eventuais dúvidas e dar segurança às atitudes tomadas, antes de eventual regulamentação interna.²²²

Interessante destacar, em tal cartilha, a divisão dos conflitos a serem levados às sessões de tentativa de composição amigável em três níveis:

Nível 1: As partes estão, plenamente, de acordo; já conversaram e concordam com os termos a serem elaborados, sejam para divórcio, alimentos, guarda, regime de convivência (visitas) ou outras demandas → a assistência se concentraria nas questões técnicas jurídicas, como a redução à termo e elaboração do acordo. Neste caso, parece não haver a necessidade de intervenção de equipe multi/interdisciplinar;

Nível 2: As partes ainda não alcançaram o consenso, mas existe a possibilidade (declarada por uma ou demais partes) de serem convidadas a comparecerem a uma tentativa de mediação/conciliação, reunindo condições para negociação → a intervenção de equipes multi/interdisciplinares poderia ocorrer após uma primeira tentativa de acordo conduzida por profissionais da área do Direito. Restando infrutífera esta primeira tentativa e sendo identificados aspectos psicológicos, familiares, relacionais, sociais, e entre outros a serem manejados por profissionais especializados, o caso poderá ser encaminhado para atendimento junto às equipes multi/interdisciplinares para mais uma sessão visando o acordo;

Nível 3: As partes ainda não alcançaram o consenso e existe no cerne dos conflitos fatores complicadores que, eventualmente, possam ser abordados durante uma ou

²²²

mais sessões de mediação/conciliação por um profissional especializado com formação, por exemplo, em Psicologia → tem-se a percepção de que o manejo, já na primeira sessão, de aspectos psicológicos, familiares, relacionais, sociais, entre outros, poderá contribuir no processo conciliatório e na, eventual, negociação dos termos a serem acordados (Por exemplo: casos de disputas acirradas de guarda; dificuldades na fixação do regime de convivência; dificuldades na prestação de assistência aos pais ou familiares idosos; dificuldades no exercício da curatela, entre outros). Além disso, podem se caracterizar pela necessidade de acolhimento emocional inicial, até mesmo para criação das condições favoráveis ao início do processo de negociação dos termos (Por exemplo: pedidos de divórcios que não envolvam de médio a elevado nível de violência doméstica; cuidadores de idosos extremamente desgastados, entre outros). Geralmente, são casos que poderão se beneficiar de procedimentos extrajudiciais que visem à solução do conflito e a pacificação das relações por meio do diálogo. Geralmente, são litígios que, em uma primeira análise, não cessarão somente com uma decisão judicial e que poderão se beneficiar da intervenção de outras abordagens que não a, estritamente, do Direito²²³.

É de se mencionar, ainda, que embora se tenha tratado até aqui da utilização dos meios consensuais de forma prévia ao eventual ajuizamento de qualquer demanda, nada impede que os Defensores ou os agentes psicossociais (ou ambos) realizem, nas instalações da Defensoria Pública, tentativas de composição amigável enquanto pendente ação judicial. Eventual acordo entabulado nessas condições, com a participação do advogado da parte contrária, se houver profissional atuante²²⁴, será levado à homologação do juízo.

Tem-se, portanto, que apesar de já ser uma realidade, a aplicação de técnicas extrajudiciais de resolução de conflitos não encontra uniformidade no âmbito interno da instituição – ora vê-se a intervenção plena dos agentes psicossociais em toda e qualquer tentativa de composição, ora as sessões são feitas por Defensores ou estagiários, ora há funcionamento de um setor de conciliação na unidade, formado por agentes psicossociais e Defensores, atuando em escala para as sessões de composição. Cada Regional possui características próprias de atuação e não há um instrumental pré-determinado para utilização nas sessões, embora já haja início de regulamentação de parâmetros e organização mínima para uma política interna de composição amigável de conflitos.

²²³ Esta última menção ao nível do conflito, efetuada de maneira informal em cartilha para a circulação interna entre os agentes, parece-nos se identificar com questões que se beneficiariam mais de uma mediação do que propriamente de uma conciliação, pela natureza dos conflitos e das relações colocadas.

²²⁴ Em causas de direito de família, mormente entre a população atendida pela Defensoria e partes contrárias nos processos, não é incomum que a parte compareça desacompanhada de advogado. Nessas circunstâncias, a responsabilidade de quem conduz a sessão é ainda maior, já que deve se assegurar que a parte desassistida esteja em plenas condições de compreender o teor do que se pretende e esteja disposta a cumprir aquilo a que se determinou.

8.3 Experiências de destaque na utilização dos meios consensuais em conflitos metaindividuais

Utilizam-se as técnicas de resolução não litigiosa de controvérsia extrajudicial de maneira mais expressiva dentre os casos individuais, que são em maior número acompanhados pela Defensoria Pública de São Paulo. Porém, admite-se e se estimula a utilização das formas consensuais também na hipótese de conflitos metaindividuais²²⁵.

Identifica-se que o início da aplicação dos meios consensuais para resolver conflitos metaindividuais deu-se nos Estados Unidos da América, em casos como os atentados de 11 de setembro de 2001, em que o Governo estabeleceu um procedimento especial e voluntário para as indenizações, criando um fundo para custear os acordos. Destina-se, principalmente, para situações de acidentes, em que haja um grande número de vítimas e o governo, ou uma grande empresa, como potenciais responsáveis pelas indenizações, em tese, devidas.

Renato Campos Pinto de Vitto aponta que: *“Por tal modelo, busca-se prover uma alternativa de composição especialmente desenhada para um conflito coletivo específico, o que pode agregar um alto grau de eficácia para a intervenção, sobretudo em casos de calamidades e tragédias”*²²⁶. Características essenciais dos programas de resolução de conflitos metaindividuais são a voluntariedade (a vítima opta pela adesão), o tratamento igualitário entre todos os atendidos e a transparência do procedimento de negociação com o responsável pela indenização.

Em pelo menos três casos emblemáticos, a Defensoria Pública teve atuação relevante e com sucesso, evitando-se o ajuizamento de diversas demandas e levando pacificação efetiva aos envolvidos.

Caso metrô

Em 11 de janeiro de 2007 aconteceu um acidente durante a execução de obras de construção de novas linhas do metrô da cidade de São Paulo. Por razões ainda desconhecidas, o asfalto cedeu e abriu-se uma enorme cratera, que engoliu cinco caminhões e sete transeuntes, além de abalar as estruturas das edificações próximas. Havia cerca de 78 casas

²²⁵ A nomenclatura se refere a conflitos que envolvem mais de um indivíduo, um grupo de pessoas, não adentrando a discussão a respeito das espécies de conflitos metaindividuais, que podem se constituir em coletivos, difusos ou individuais homogêneos.

²²⁶ *Op. Cit.*, p. 225.

nas proximidades e seus moradores foram obrigados a deixar suas residências, contabilizando-se 180 desalojados.

A partir desta data, a Defensoria Pública de São Paulo interveio na questão, esclarecendo às vítimas desalojadas sobre os seus direitos. Nos dias seguintes ao acidente, várias reuniões foram agendadas com a participação das empresas construtoras, seguradoras, a Companhia do Metropolitano de São Paulo e o Governo do Estado de São Paulo, para fixação dos parâmetros de indenização para as vítimas e familiares – considerando-se a heterogeneidade dos vitimados. As sessões de conciliação foram realizadas em local disponibilizado pelo Governo do Estado, com o apoio logístico de servidores públicos estaduais e fornecimento de equipamento para lavratura de eventuais termos de acordo.

A extensão do dano para cálculo das indenizações foi determinada por peritos engenheiros do CREA-SP, que vistoriaram os imóveis. Admitiu-se também a produção de prova documental extrajudicial para a verificação de outros danos emergentes ou lucros cessantes que foram levados em consideração para a formatação dos acordos.

“A Defensoria Pública fez, de forma individualizada, a análise da situação financeira dos interessados, passando então a atuar como representante de 65 famílias das 78 envolvidas, nas sessões de conciliação. Em tal universo logrou-se firmar 61 acordos de indenização: 32 com inquilinos, 28 com proprietários e 1 que beneficiou familiares de uma vítima fatal, em favor de 145 pessoas. Apenas 4 casos, portanto, não foram solucionados no âmbito extrajudicial”²²⁷. (VITTO, p. 227).

Os acordos foram firmados nas sessões extrajudiciais de conciliação, no prazo de seis meses, sendo que as indenizações abarcaram os danos materiais e os danos morais decorrentes do acidente. A iniciativa foi tida como exemplar e pioneira no país, reconhecida como melhor prática na 5ª edição do prêmio Innovare²²⁸, na categoria Defensoria Pública.

²²⁷ DE VITTO, Renato Campos Pinto, *Op.Cit.*, p. 227.

²²⁸ Defensoria Pública de SP receberá Prêmio Innovare pela sua atuação em favor de prejudicados pelo acidente do metrô - Veículo: Portal DPE/SP, Data: 4/12/2008:

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo receberá o Prêmio Innovare pela sua atuação na obtenção de indenizações extrajudiciais para familiares de vítimas e moradores desalojados em razão do acidente nas obras do metrô ocorrido em janeiro de 2007 em São Paulo. O Prêmio Innovare: Justiça do Século XXI foi criado para identificar, premiar e divulgar práticas inovadoras do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia que estejam contribuindo para a modernização dos serviços da Justiça. Nessa quinta edição o prêmio teve como tema JUSTIÇA PARA TODOS – democratização do acesso à justiça e meios alternativos para resolução de conflitos.

A atuação realizada pela Defensoria garantiu assistência jurídica gratuita a familiares de vítimas, proprietários e inquilinos que sofreram danos materiais e morais em razão do acidente nas obras da linha amarela do metrô e que não tinham condições de pagar um advogado para negociar as indenizações. A Defensoria atuou em 60% dos pedidos de indenização referentes ao acidente. Foram fechados 61 acordos de indenização, entre 24 de janeiro e 23 de agosto de 2007, beneficiando, ao todo, 145 pessoas (veja mais Defensoria atuou em 61 acordos de indenização relacionados ao acidente do metrô).

A prática foi inovadora na medida em que foi elaborado um meio extrajudicial e célere para obtenção de indenização para um grande número de pessoas em razão de um mesmo acidente. Os parâmetros indenizatórios

Caso TAM

Outro caso de atuação da Defensoria Pública, com meios extrajudiciais de resolução de conflitos coletivos, foi o do acidente do voo TAM JJ-3054, em 17 de julho de 2007. O avião que saiu de Porto Alegre com destino a São Paulo não conseguiu fazer a aterrissagem no aeroporto de Congonhas, vindo a ultrapassar a pista e chocar-se contra o depósito da companhia aérea localizado do outro lado da avenida que passa próxima ao aeroporto – não bastasse a colisão em si, ao lado do depósito havia um posto de gasolina, o que ocasionou um incêndio.

Morreram 199 pessoas, entre passageiros, funcionários da companhia aérea e transeuntes. Diante da complexidade da situação, inicialmente a Defensoria Pública de São Paulo se preocupou em formar uma rede de suporte aos familiares das vítimas, integrada também pelo Ministério Público estadual, Secretaria de Justiça e Departamento Nacional de Proteção ao Consumidor. Esta rede visava abrir uma interlocução com a empresa aérea, responsável civilmente pelo acidente, e atuar como agente facilitador junto às famílias, prestando os esclarecimentos necessários.

Alguns dias depois do acidente, a Defensoria, em conjunto com o Ministério Público, emitiu um comunicado aos familiares das vítimas com as informações necessárias para aquele momento, esclarecendo as dúvidas recorrentes, com relação ao reconhecimento dos cadáveres, registros de óbito, traslado de corpos, ou questões sucessórias e previdenciárias urgentes.

Depois de algumas reuniões com os responsáveis pela empresa aérea, um mês depois do acidente firmou-se um termo de compromisso em que as responsáveis assumiram a obrigação de fornecer todas as informações sobre o acidente aos interessados, bem como os procedimentos de pagamento extrajudicial de indenização estabelecidos pela empresa seguradora, de forma unilateral. Tal termo de compromisso, por envolver aspectos muito abrangentes das relações entre as partes e estabelecer responsabilidades, bem como manter canal de comunicação entre os familiares das vítimas e os órgãos responsáveis, foi adotado como fonte de inspiração para a elaboração de proposição legislativa em matéria de assistência preliminar a vítimas de acidentes aéreos.

foram definidos previamente e baseados em jurisprudência dos tribunais superiores do Brasil com a finalidade de garantir a efetiva reparação. A atuação serviu de base para criação da Câmara de Indenização do voo 3054, que também contou com a participação da Defensoria, e teve como objetivo garantir o direito à indenização para familiares de vítimas em razão de acidente aéreo ocorrido em 17/07/2007 no aeroporto de Congonhas. (<<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=3453&idPagina=3086>>, acesso em 12-08-2014)

No documento havia previsão da criação da câmara de indenizações, que culminou com a elaboração de acordos de indenização nos parâmetros das decisões favoráveis às vítimas proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. A câmara foi instalada em abril de 2008 e funcionou com dois escritórios, em São Paulo e Porto Alegre (local de onde partiu o voo e de domicílio de várias das vítimas).

Após 12 meses de funcionamento, a Câmara de Indenização 3054 encerrou suas atividades com 92% de acordos fechados, tendo indenizado 207 familiares de 45 vítimas do acidente. Dos 59 requerimentos de ingresso na câmara, 55 resultaram em acordos²²⁹.

Caso América Latina Logística (ALL), São José do Rio Preto/SP

No dia 24 de novembro de 2013, um trem da América Latina Logística, carregado com milho, descarrilou em uma área urbana de São José do Rio Preto/SP, invadindo duas casas e causando danos em outras residências, além de provocar a morte de oito pessoas.

Procurada à época do fato por moradores da área atingida, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo passou a atuar no caso e cinco dias após o acidente firmou com a ALL um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) pelo qual a empresa se comprometeu a prestar assistência às vítimas, disponibilizar atendimento psicológico aos moradores da região do acidente e reparar danos decorrentes do descarrilamento de um de seus trens.

Em 20 de março de 2014 a Defensoria instalou uma Câmara de Conciliação, buscando alcançar de forma consensual junto à ALL e sua seguradora, a Fator Seguradora S.A., ressarcimentos e compensações às vítimas pelos danos e mortes causados pelo acidente.

²²⁹ Câmara de Indenização do voo TAM 3054 encerra suas atividades com 92% de acordos fechados, Veículo: DPE/SP, Data: 12/8/2009:

Após quatorze meses de funcionamento, a Câmara de Indenização 3054 encerra suas atividades com 92% de acordos fechados, tendo indenizado 207 familiares de 45 vítimas do acidente ocorrido com o avião da TAM, em 17 de julho de 2007, em São Paulo. A cerimônia de encerramento acontece nesta quinta (13/08), às 16 horas, no Hotel Sonesta, na Avenida Ibirapuera, 2354, com apresentação de balanço de atividades pelos Órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (Defensoria Pública, Ministério Público e Procon, todos do Estado de São Paulo, e a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ).

Solicitada pelos familiares das vítimas do acidente, a Câmara foi instalada em abril de 2008, após reuniões entre os órgãos e a TAM e sua Seguradora, como uma alternativa para as famílias obterem indenização sem precisar entrar com uma ação na Justiça, utilizando-se de uma estrutura e procedimento inovadores. A criação da Câmara tomou como base a atuação da Defensoria Pública, que garantiu indenização para pessoas afetadas em razão do acidente na linha amarela do metrô, cujos acordos foram fechados na Secretaria de Justiça do Estado. E também modelos de solução de conflitos extrajudiciais adotados por outros países, como o utilizado para indenizar as vítimas do ataque aéreo de 11 de setembro, nos Estados Unidos.

As indenizações foram pagas pela TAM e sua Seguradora no momento da assinatura dos acordos ou após homologação judicial em caso de menores de 18 anos. Os valores não são divulgados por haver cláusula de sigilo nos acordos.

(<<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=5512&idPagina=3086>>, acesso em 12-08-2014)

Seis meses depois, ao final do mês de setembro, a Defensoria Pública encerrou as atividades da Câmara com 98% de êxito.

A Câmara de Conciliação foi instaurada no âmbito da Defensoria Pública de São José do Rio Preto e, portanto, foi a primeira a ser realizada fora da Capital, em iniciativa local pioneira²³⁰.

Durante os meses de funcionamento, houve 34 requerimentos de ingresso na Câmara, sendo fechados 33 acordos, alcançando 98% de êxito. Apenas um beneficiário deixou de concluir as etapas da negociação.²³¹ Em 19 de novembro de 2014 novo termo de compromisso foi assinado entre as partes, em que a empresa se comprometeu a pagar R\$2,5 milhões de reais, a título de danos morais coletivos e difusos a entidades assistenciais²³².

Tais exemplos demonstram, portanto, que não só é possível como necessário que a Defensoria Pública busque formas de inovar e aperfeiçoar constantemente seus métodos de trabalho, principalmente envolvendo os meios adequados de resolução de conflito, de modo a atender com eficiência às especificidades das demandas dos usuários de seus serviços.

²³⁰ Nas palavras do Defensor Público Julio Cesar Tanone, coordenador da Câmara de Conciliação, “Buscou-se a criação de um projeto de atuação e indenização isonômico e célere, que oferecesse aos moradores da região e, principalmente aos Beneficiários das vítimas e sobreviventes toda assistência necessária para que pudessem decidir com segurança se sobre a conveniente de eventual acordo.

A Câmara foi disponibilizada para as pessoas que tinham direito a receber assistência emergencial e indenização pelos danos diretos e indiretos decorrentes do mencionado acidente. A participação não significava a perda do direito de resolver a questão por meio de ação judicial, não implicando qualquer custo para os Beneficiários.

Foram utilizadas técnicas simples e criativas para manter as partes em negociação, a partir da avaliação neutra, aberta e direta focada objetivamente na situação específica de cada Beneficiário, visando dar elementos para a elaboração das propostas a serem feitas pela ALL e Seguradora.

Houve apenas um caso em que a empresa não reconheceu a legitimidade de interessado em ingressar na Câmara, e outro em que ocorreu desistência. Nenhuma ação judicial foi ajuizada pelos Beneficiários regularmente habilitados durante os trabalhos da Câmara”.

<<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=52283&idPagina=1&flaDestaque=V>>

²³¹ Relatório de funcionamento e resultados da Câmara disponível em <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/Camara%20de%20indeniza%C3%A7%C3%A3o%20ALL.pdf>>, acesso em 31-10-2014.

²³² A Defensoria Pública de SP em São José do Rio Preto e o Ministério Público paulista assinaram, na última quarta-feira (19/11), um termo de compromisso com a empresa América Latina Logística (ALL), em que a concessionária se compromete a pagar R\$ 2,5 milhões a título de danos morais coletivos e difusos a entidades assistenciais. A ALL é a empresa responsável pela administração da linha férrea onde, em novembro de 2013, um trem descarrilou, atingindo duas casas e deixando oito pessoas mortas.

Segundo consta no termo assinado, o valor, que deverá ser pago em até 18 meses, foi considerado suficiente para indenizar o sofrimento e a intranquilidade social causados pelo acidente.

Além do valor da indenização, a ALL também deverá apresentar um projeto detalhado de execução das obras civil a serem desenvolvidas em conjunto com as entidades beneficiadas pela a indenização, entidades essas que serão indicadas pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público.

<<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=52794&idPagina=3086>>, acesso em 25/11/2014.

8.4 Práticas exitosas das formas consensuais na Defensoria Pública e práticas colaborativas

A par do que ocorre entre as demais instituições do sistema de justiça, também a Defensoria Pública possui espaços de construção de convivências e demonstração de práticas exitosas na atuação profissional dos Defensores Públicos. Tais exemplos são utilizados para disseminar boas práticas e viabilizar a prestação da melhor assistência jurídica integral para os usuários do serviço²³³.

A veiculação das práticas pode se dar de diversas maneiras no âmbito interno da Instituição, no âmbito estadual ou em integração com as demais Defensorias Públicas do país – grupo de e-mails destinado aos Defensores, Informativos internos da Administração Pública ou dos Núcleos Especializados, Revistas e Boletins editados pela Escola da Defensoria Pública²³⁴, nos Pré-Encontros temáticos em que se discute a aprovação de teses institucionais a guiar a atuação profissional dos Defensores Públicos, bem como nos Congressos Nacionais de Defensores Públicos, espaços de fomento e discussão de técnicas de atuação profissional. Pode-se destacar, por exemplo, as Cartas de Intenção elaboradas ao final de cada Congresso Nacional de Defensores Públicos, promovidos pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP)²³⁵.

²³³ Cite-se, por exemplo, experiências como o Núcleo de Justiça Comunitária da Defensoria Pública do Ceará, instalado já em 1996 e que pratica educação em direitos, orientação jurídica e mediação, sendo que capacita pessoas da comunidade para atuar como mediadores dos conflitos da própria localidade, e também o Núcleo de Mediação e Arbitragem da Defensoria Pública do Pará, instalado em 2006 e que conta com Defensores Públicos mediadores, capacitados pelo CONIMA, ambos com experiências exitosas em várias áreas de conflito (experiências divulgadas por SOUZA, Luciane Moessa de, *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos – Negociação, Mediação e Conciliação na Esfera Administrativa e Judicial*, p. 336 e ss.).

²³⁴ Órgão interno com atribuição para a formação e a capacitação constantes dos Defensores Públicos e servidores da Defensoria Pública.

²³⁵ Mencione-se, especialmente, a “Carta de São Paulo”, editada no V Congresso Nacional de Defensores Públicos, que dá destaque à utilização e fomento das formas consensuais de resolução de conflitos: “XI - Modos Alternativos de Gestão de Conflitos - Através dos modos alternativos de gestão de conflitos, a Defensoria Pública, utilizando (e potencializando) as suas prerrogativas contribui diretamente para a afirmação da paz social seja pela celeridade (o “problema” é resolvido na própria Defensoria Pública) seja propiciando a gradual mudança de atitudes em face do seu caráter pedagógico. A atuação extrajudicial da Defensoria Pública deve visar a solução eficaz do “problema do assistido” e não necessariamente o ajuizamento de ações judiciais. Deverá ser criado um “Fórum Permanente da Mediação na Defensoria Pública”, unificando ou uniformizando os procedimentos adotados pela Defensoria Pública, bem como criando núcleos interdisciplinares, com participação, no mínimo, de assistente social e psicólogo. Estimular a coleta e análise de dados oriundos dos meios alternativos de gestão de conflitos realizados pela Defensoria Pública no país, auferindo o índice de eficácia e propiciando contínuo melhoramento. Com base nos projetos apresentados para o prêmio Innovare, a ANADEP deverá buscar parcerias, especialmente com a Secretaria de Reforma do Judiciário, para elaborar cartilha com as experiências bem sucedidas de Defensoria Pública, divulgando as iniciativas em andamento.

Além disso, o Instituto Innovare, que tem como objetivo identificar, premiar e disseminar práticas inovadoras realizadas por magistrados, membros do Ministério Público Estadual e Federal, Defensores Públicos e advogados de todo Brasil que estejam aumentando a qualidade da prestação jurisdicional e contribuindo com a modernização da Justiça brasileira, desde 2006 possui uma categoria específica para a Defensoria Pública. Desde a criação da categoria própria vem-se premiando ano a ano práticas relacionadas à atuação extrajudicial e de aplicação de métodos consensuais de solução de disputas.

Merecem menção, por oportuno, as seguintes práticas inscritas: Câmara de Conciliação, Boa Vista/RR, Edição 2006; Núcleo de Mediação e Arbitragem, Belém/PA, Edição 2006; Utilização de Serviço de Mediação na Defensoria Pública de Curitiba/PR, Edição 2006; O estímulo e a parceria pela conciliação extrajudicial, Muzambinho/MG; Turmas de conciliação, Araguaína/TO, Edição 2007; Câmara de Conciliação, Boa Vista/RR, Edição 2007; Núcleo de Mediação nas Relações de Consumo, Teresina/PI, Edição 2008; Turmas de Conciliação, Araguaína/TO, Edição 2008; Núcleo Estadual de Mediação, Cuiabá/MT, Edição 2008; Câmara de Indenização do voo 3054 TAM, São Paulo/SP, Edição 2008; Indenizações extrajudiciais relacionadas ao acidente do metrô em São Paulo/SP, PREMIADA na Edição 2008; Câmara de Conciliação, Boa Vista/RR, Edição 2009; Mediação Familiar, Santo Angelo/RS, Edição 2009; Obtenção de medicamentos extrajudicialmente, São Paulo/SP, PREMIADA na Edição 2009; Separação judicial, divórcio e arrolamento de bens sem provocação do Poder Judiciário, Miranda/RS, Edição 2010; Mediação e Monitoramento de Conflitos Possessórios no Rio de Janeiro/RJ, Edição 2010; Mediação de conflito familiar e apoio psicossocial, Salvador/BA, Edição 2011; Conciliação Sem Fronteiras, Ourilandia do Norte/PA, Edição 2012; Conciliação e mediação pela Defensoria Pública: mais que uma opção, um dever legal, Santa Maria/DF, Edição 2013.²³⁶

Ao lado de tais práticas premiadas pelo Instituto Innovare, a Associação Nacional dos Defensores Públicos mantém, em seu sítio na internet, Banco de Práticas Exitosas nacional, disponível para consulta pelos Defensores Públicos do país e com disponibilização dos contatos dos responsáveis para a disseminação das práticas.²³⁷

Ressalte-se que a instituição, de maneira nacional, vem proliferando experiências de atuação extrajudicial em diversas áreas, em todos os estados da federação. São práticas que fomentam a solução extrajudiciais dos litígios, de forma a dar aplicabilidade prática ao que

²³⁶ Todas as práticas mencionadas estão disponíveis para consulta em <www.premioinnovare.com.br>, inclusive identificação das premiações pelo Instituto.

²³⁷ <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/secao?codSecao=praticas_exitosas>, acesso em 11-10-2014.

determina a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública e, ainda, garantir a efetividade do acesso à justiça, com ótimos resultados de pacificação social.

Além das já conhecidas experiências de aplicação dos meios consensuais em conflitos de direito de família²³⁸, já instituídas e sedimentadas em todas as Defensorias²³⁹, também se verificam projetos que visam à conciliação em conflitos possessórios²⁴⁰, relações de trabalho²⁴¹, demandas da área da saúde²⁴², dívidas tributárias²⁴³, relações de consumo²⁴⁴, e até mesmo interessantes iniciativas voltadas para o atendimento aos agressores domésticos²⁴⁵, tudo com a finalidade de evitar a judicialização desnecessária.

Por outro lado, a Defensoria Pública também possui a possibilidade de utilização de práticas benéficas realizadas com êxito por outras instituições do sistema de justiça, como a advocacia. Como exemplo, cite-se as Práticas Colaborativas.

Em 2013, um dos projetos premiados pelo Prêmio Innovare foi a iniciativa denominada Práticas Colaborativas no Direito de Família. A Advocacia Colaborativa, atuação profissional da qual trata a prática, foi idealizada pelo norte-americano Stuart Webb²⁴⁶, renomado advogado de família norte-americano que passou a notar os efeitos perversos dos processos judiciais nos seus clientes e suas famílias, especialmente quando havia crianças envolvidas, mesmo nas situações em que se obtinha vitória processual.

Diante dessas constatações, Webb passou a estudar o tema e reformulou sua prática, de maneira a prosseguir atuando como advogado e se empenhando na defesa dos interesses dos seus clientes, mas doravante tendo como foco exclusivo a construção de acordos. Para

²³⁸ <<http://www.defensoria.am.gov.br/?q=275-conteudo-43648-defensores-publicos-e-servidores-participam-do-ultimo-modulo-do-curso-de-mediacao>>, acesso em 11-10-2014, sobre curso de Mediação realizado na Defensoria Pública do Estado do Pará.

²³⁹ <http://www.defensoria.ce.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=46725:dpge-recebe-alunos-do-curso-de-especializacao-em-mediacao-de-conflitos-da-unifor&catid=3:lista-de-noticias&Itemid=183>, acesso em 11-10-2014, sobre especialização de Defensores Públicos para a mediação de conflitos..

²⁴⁰ <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/pratica_exitosa?id=10403>, acesso em 11-10-2014, sobre a Mediação e o Monitoramento de Conflitos Possessórios realizados pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, considerada prática exitosa pela Associação nacional de Defensores Públicos..

²⁴¹ <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaConsulta.aspx?idItem=52510&idPagina=1>>, acesso em 27-10-2014, sobre atuação extrajudicial da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em parceria com o Ministério Público do Trabalho, contra o trabalho infantil.

²⁴² <http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=11841>, acesso em 11-10-2014, sobre acordo realizado entre a Defensoria Pública do Estado da Bahia e a operadora de planos de saúde Sulamerica.

²⁴³ <<http://www.defensoria.pb.gov.br/noticias.php?idcat=1&id=269>>, acesso em 11-10-2014, sobre atuação da Defensoria Pública do Estado da Paraíba, na cidade de João Pessoa, em relação a dívidas de tributos municipais.

²⁴⁴ <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/11/procon-rj-faz-mutirao-de-conciliacao-para-endividados-em-madureira.html>>, acesso em 11-10-2014, sobre a realização de mutirão de conciliação junto ao Procon local pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

²⁴⁵ <<http://www.defensoria.al.gov.br/sala-de-imprensa/noticias2/nucleo-da-defensoria-publica-que-atende-agressor-realiza-mais-de-400-atendimentos-por-ano>>, acesso em 11-10-2014, relativo à pioneira atuação da Defensoria Pública do Estado de Alagoas.

²⁴⁶ *Collaborative Family Lawyer at S.G. Webb Collaborative Family Law.*

tanto, atuava com total transparência, deixando claro para os clientes a opção pelo consenso, fazendo constar a ciência nos termos da procuração. Se um acordo não fosse possível no caso concreto, o cliente era instruído a buscar outro procurador para patrocinar sua demanda judicial.

Tal prática, que passou a mostrar resultados, foi incorporada por outros advogados de família, que viram que o compromisso em não litigar era a razão pela qual o ambiente se tornava colaborativo entre as partes. Nessas situações, em que o advogado estava impedido, pela própria procuração outorgada, de ingressar com a demanda judicial, a atuação profissional passou a ser menos beligerante ela mesma, de modo que a advocacia pelas partes não se via mais como uma disputa feroz, com ameaças mútuas, mas uma atuação conjunta destinada ao bem comum. As partes envolvidas no conflito mantinham o poder de decisões sobre suas vidas, preservando-se de batalhas judiciais e reduzindo, drasticamente, os custos financeiros e o desgaste emocional.

Com fundamento nesses ensinamentos²⁴⁷, a advogada, Olivia Fürst, inscreveu o projeto “Práticas colaborativas em Direito de Família” no Prêmio Innovare, premiado em 2013 na categoria advocacia. A sua proposta é conferir uma abordagem multidisciplinar ao conflito e a sua administração adequada, encarando-o como uma fase de transição não necessariamente marcada pela oposição, capaz de gerar um efeito construtivo para as pessoas envolvidas.

Conforme narra na apresentação do projeto, no início de 2011, três profissionais brasileiras, uma médica e duas advogadas, foram aos EUA para uma capacitação na aplicação de tais práticas colaborativas. Em seu retorno ao Brasil, entusiasmadas com o projeto, fundaram, em agosto de 2011, um grupo de estudos sobre o tema, no Rio de Janeiro – na sequência, o Professor Adolfo Braga Neto implantou iniciativa semelhante na cidade de São Paulo, sendo que ambos os projetos passaram a ser conduzidos em parceria.

Além de alterar a forma de gestão dos conflitos pelos próprios advogados, com ênfase na atuação extrajudicial (e mesmo impedimento para atuação judicial), a prática dissemina, de forma educativa, a ideia de colaboração entre os profissionais, que deixam de ter papéis exclusivamente adversariais. A Advocacia Colaborativa tem por objetivo resgatar essa ideia primordial de que o advogado deve ser um solucionador de conflitos e não apenas um ajuizador de processos, de forma que compreenda que a família é um sistema complexo

²⁴⁷ <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/praticas-colaborativas-no-direito-de-familia/>>

no qual não existem ganhadores ou perdedores, culpados ou inocentes e possa difundir essa compreensão nos demais atores do sistema de justiça, bem assim entre a própria população.

Dessa forma, a adoção das práticas colaborativas pela Defensoria Pública não somente é possível, mas altamente desejável, tendo em vista que se coaduna de maneira absoluta com os objetivos da instituição, propiciando o acesso à justiça pela população carente de maneira efetiva, na busca de uma solução adequada ao seu conflito de interesse.

8.5 Experiência prática da aplicação dos meios consensuais de resolução de disputas na atuação diária em direito de família – Santos/SP

Desde o início da prática profissional, pude acompanhar sessões de conciliação no Judiciário, depois de ajuizado o feito, por conta da atuação exclusiva em direito de família, junto à magistrada atuante perante a 3ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Santos/SP. Diariamente havia o agendamento de audiências, com citação da parte contrária, exclusivamente para a tentativa de conciliação (em quase todos os feitos, inclusive execuções de alimentos), com resultados animadores.

Na Defensoria Pública, unidade Santos, contudo, não há, ainda, setor de conciliação interno, sendo que a iniciativa da aplicação dos métodos consensuais previamente ao ajuizamento de ações depende da atuação individual de cada Defensor que recebe o caso.

Para visualização do que ocorre na prática, a pessoa que pretende resolver um conflito ou obter orientações comparece ao atendimento inicial, realizado na sede da Defensoria todos os dias pela manhã. Lá, será atendido por um estagiário de Direito, sob a supervisão direta de um Defensor Público plantonista, que prestará as orientações necessárias e fará a avaliação da sua situação financeira ou vulnerabilidade para fins de atendimento pela instituição.

Verificado que a pessoa é potencial usuária e tem um problema que, em tese, pode ser resolvido mediante o ajuizamento de demanda, o Defensor plantonista ordena a abertura de um procedimento administrativo interno, instruído com a descrição do problema narrado e do que se imagina possível para a sua resolução. Nesse momento, alguns Defensores já indagam das partes presentes se existe possibilidade de composição amigável e procedem à respectiva anotação no procedimento.

Em outras localidades com setor de conciliação já organizado, nesse momento os procedimentos administrativos seriam encaminhados ao referido setor, para agendamento da sessão. Contudo, em nossa comarca os procedimentos são distribuídos internamente, mediante escala entre os Defensores, com indicação da demanda a ser proposta.

Recebido o procedimento pelo Defensor natural, cabe a ele a opção pelo caminho a seguir. Alguns sequer tentam nenhum contato com o usuário ou a parte contrária para verificação da possibilidade de composição amigável, sendo que ajuízam a demanda e aguardam pela iniciativa do Judiciário para eventual tentativa de conciliação. Outros, como esta subscritora, tendem a buscar a parte contrária para verificar a viabilidade de uma tentativa de composição amigável, sempre que possível (desde que não haja prazo em vias de vencimento, situações de violência ou, ainda, potencial prejuízo para a parte – ainda não conseguimos, por exemplo, realizar conciliações prévias em execuções de alimentos, já que tal proceder geraria a potencial perda da possibilidade de cobrança de meses pelo rito prisional, mais efetivo para o alimentando).

Algumas vezes o contato telefônico é suficiente para o acordo, como em divórcios em que as partes sequer se falaram, mas não possuem discussões em relação ao término do vínculo matrimonial e a partilha²⁴⁸. Por outro lado, há situações em que se faz necessária a expedição de convocação para a sessão de conciliação – a convocação é expedida mencionando-se que se fará uma tentativa de acordo. O agendamento é feito pelo próprio Defensor e em horário que sua agenda permite, normalmente às sextas-feiras (dia em que tradicionalmente não há audiências no fórum local).

As sessões são feitas na presença do Defensor e, eventualmente, de estagiário de Direito. Inicialmente, é preciso proceder a uma pequena orientação/educação sobre a composição extrajudicial e seus benefícios em relação à sentença judicial. Na maioria das vezes as partes se convencem da viabilidade do acordo, mas ele nem sempre é obtido por restrições da própria parte em negociar (e aqui a falta de capacitação específica pode deixar o Defensor sem instrumental para prosseguir nas tratativas, utilizando-se de técnicas adequadas de conciliação para obter o acordo). Se na situação fática se verifica que há questões sociais ou psicológicas que interferem no conflito ou na sua potencial composição, é solicitada a intervenção dos agentes de Defensoria, psicólogo ou assistente social.

²⁴⁸ Interessante apontar que esta Defensora já não ajuíza ações de divórcio e investigações de paternidade litigiosa de forma direta há vários anos, sendo que todas as partes concordam na realização de encontros para tratativas de transformar o litígio em consenso (no caso de investigação de paternidade, com a realização do exame de DNA administrativo). Eventualmente as partes não chegam ao consenso final, mas tais situações são raríssimas.

Obtida a composição, o termo é lavrado por ambos e assinado pelo Defensor. A dificuldade prática verificada ocorre nos casos em que o acordo não é obtido, mas as partes já tiveram alguns contatos com o Defensor, que pode ter manifestado sua opinião e feito sugestões a respeito do tema. A regra geral tem sido que o Defensor, desde o início, informa às partes quem buscou a instituição primeiro e que, caso o acordo reste infrutífero, será em favor dela que ajuizará a demanda judicial respectiva.

Frise-se que, por restrições de tempo e espaço físico, nem sempre é possível a realização de sessões suficientes para a busca da composição, de modo que, por vezes, as tratativas são encerradas sem que se pudesse dizer com certeza ser a composição impossível.

Um dos principais obstáculos verificados para que as partes não cheguem a um consenso é a real existência de uma cultura de judicialização, da ideia de se constituir em direito da parte a obtenção de uma sentença de mérito. Tal visão cultural passa, ainda, pelo descrédito, perante alguns, da própria instituição Defensoria Pública, vista como de menor importância e que prestaria um trabalho de qualidade inferior.

Quando se tenta convencer as partes da adequação e efetividade da busca pela solução consensual, algumas delas se opõem de maneira veemente, manifestando seu descontentamento com a intervenção da Defensoria Pública nesse ponto. Aduzem, inclusive, que se estivessem pagando por um advogado particular não teriam que passar por essa fase do procedimento (o que, diante da cultura vigente entre os operadores do direito, é bem verdade).

O convencimento da parte para a adesão voluntária às formas amigáveis, portanto, passa pela educação a respeito da própria instituição Defensoria, sua missão, seus objetivos e a qualidade do serviço público prestado. Infelizmente, diante de tantos maus exemplos em nosso país, ainda vigora para a população carente a ideia de que o que é de graça, fornecido pelo Estado, é de pior qualidade e os profissionais estão lhes fazendo um favor. Esse fator é complicador em relação às resistências apontadas, já que a parte se vê como elo frágil da cadeia: não tem dinheiro para pagar advogado particular e pensa que, por essa razão, não terá direito de acesso a uma sentença judicial, tendo que se contentar com um acordo.

A visão natural da população atendida pela Defensoria Pública, de maneira geral, portanto, ainda é a de que uma decisão judicial será sempre mais favorável à sua pretensão do que um acordo. A judicatura de família, principalmente em ações de alimentos, tende realmente a fixar valores de alimentos em montantes maiores do que os verificados nas composições amigáveis – contudo, tais acordos levam em consideração os elementos da

realidade trazidos pelas partes quando da tentativa de conciliação, de modo que devem contar com maior adesão das partes em seu cumprimento.

Outro impedimento fático para as composições amigáveis são as orientações obtidas por terceiros, quer familiares, advogados próximos, vizinhos ou até mesmo informações obtidas por programas de televisão. Em uma sociedade beligerante como a nossa, em que qualquer um que possua qualquer pretensão frustrada sempre recebe a indicação de “lutar pelos seus direitos” (e isso nunca envolve a composição amigável), se a pessoa abre mão da sentença judicial parece estar abrindo mão de seu próprio direito, e se sente fraca e prejudicada. Ademais, as informações que obteve são sempre que não se deve aceitar menos que “x%” de alimentos porque “é direito do filho”, que não se deve abrir mão de bem nenhum na partilha porque é “seu direito”, que é possível ajuizar demandas por danos morais altos por qualquer dissabor sofrido. Muitas vezes a pretensão da pessoa nem é obter o que alega, mas ela se sente coagida, pelas informações externas recebidas, a não tergiversar, a obter o máximo possível na situação. Diante desse estado de coisas, é tarefa hercúlea para o Defensor Público conseguir convencer a parte da viabilidade e eficiência prática do consenso construído, que pode lhe dar o que pretende, e somente isso, na situação posta.

Nessas circunstâncias, a atenção do conciliador que intervém no litígio (seja um Defensor Público, seja um colaborador do juízo ou magistrado) tem que se voltar para a formação do convencimento da parte antes da busca pelo acordo em si. De outra forma, a parte pode conciliar pelo cansaço ou por sinceramente acreditar que não terá direito à sentença, não porque se convenceu do acordo e da sua eficiência e adequação. Se um acordo assim for obtido ele já nasce da falta de consenso e pacifica menos até do que a sentença judicial – certamente as partes não satisfeitas buscarão novas oportunidades de rever o que ficou acordado ou, ainda, descumprirão o ajuste.

A esses complicadores mencionados junta-se outro: o tempo. Sabe-se que a demanda é enorme, tanto dos feitos em que a Defensoria ajuíza ou intervém, quanto dos processos em andamento no Judiciário. Assim, não há possibilidade de se educar para mudança de cultura, sobre o papel da Defensoria, sobre a viabilidade da busca da solução consentida e, ainda, sobre os aspectos materiais do conflito, em 15 (quinze) minutos, tempo médio destinado a conciliações no Judiciário. Por outro lado, a se destinar mais tempo para cada sessão, a pauta de audiências seria por demais adiada, em prejuízo das questões de família que sempre são urgentes, por sua natureza. A equação, portanto, não é de fácil solução.

Contudo, esta Defensora mantém sua disposição de buscar a composição amigável, educando e propiciando a tranquilidade necessária para a busca do consenso, tanto de maneira prévia ao ajuizamento das demandas quanto nas sessões de conciliação designadas pela vara em que labora diariamente (lembrando que em Santos, de maneira surpreendente, até a presente data não há instalação do CEJUSC da Resolução 125 do CNJ)²⁴⁹.

Com relação à mediação, como mencionado, ainda não há capacitação específica para a atuação como mediador, quer dos Defensores Públicos, quer dos agentes de Defensoria. Ademais, obtida a capacitação, a atuação em mediação pelos Defensores deve ser precedida de normatização interna da prática, a fim de evitar-se a ocorrência de situações de violação ética (o Defensor que atua na mediação não poderá, por razões óbvias, representar a parte em juízo caso o conflito necessite ser objeto de adjudicação).

Os encaminhamentos para a mediação, portanto, dependem sempre do ajuizamento da demanda, já que são realizados no Setor de Mediação do Fórum de Santos. Referido setor foi criado em 2007 na Comarca de Santos, a fim de atender aos usuários das Varas de Família e Sucessões das Comarcas (hoje já contempla pedidos de mediação feitos pela Vara da Infância e Juventude e do Idoso), a pedido das magistradas em exercício na ocasião, com funcionários destacados pelo Tribunal de Justiça.

Os processos em andamento são encaminhados para o setor por iniciativa dos juízes officiantes, sendo que pode haver prévio pedido pelas partes. Sempre há uma explicação breve sobre o funcionamento do setor e o que se objetiva com o trabalho (quando a iniciativa é da magistrada), de modo que se obedece, em regra, à voluntariedade para a adoção do procedimento.²⁵⁰ Concordando os envolvidos com a submissão ao procedimento, o processo é suspenso (assim como todos os outros que estejam em andamento, relacionados ao conflito) até que se noticie nos autos o término das sessões.

A primeira sessão é de apresentação, em que os usuários são acolhidos pelo setor e são explicados os objetivos do trabalho, suas possibilidades e limitações, bem como aspectos práticos, como horários e contato telefônico. Por vezes, nessa ocasião é preciso realizar uma sensibilização prévia nos usuários, para que a vontade de se utilizar da mediação floresça, já que a opção pelo litígio normalmente foi tomada quando da instauração do processo, sendo a

²⁴⁹ Os serviços de conciliação e mediação são feitos de forma descentralizada, dependentes de iniciativas dos magistrados, não unificadas em órgão específico.

²⁵⁰ Em regra, porque se tem conhecimento de alguns encaminhamentos de magistrados para a mediação de maneira compulsória, convencidos dos enormes benefícios que a mediação pode proporcionar aos conflitos familiares e certamente imbuídos dos mais nobres propósitos. Algumas situações envolvem a fixação de multa diária em caso de não comparecimento de uma das partes às sessões. Embora certa da nobreza das intenções, tal proceder subverte a natureza do instituto e não contribui para a sua proliferação e confiança no mundo jurídico.

mediação um desvio de percurso²⁵¹ - embora certa resistência inicial, a grande maioria das pessoas, presentes à primeira sessão, adere ao procedimento e comparece aos demais²⁵². Neste primeiro momento os procuradores das partes podem estar presentes, mas nos próximos encontros as partes comparecem sozinhas (é permitida eventual intervenção do advogado com a finalidade de consulta da parte apenas).

Inicialmente as partes precisam ser convencidas de que não estão no local para a produção de provas e nada do que está sendo dito naquele ambiente será levado aos autos – a prática narrada demonstra que a cultura de adjudicação interfere até nesse momento, já que as partes se munem de provas tendentes a formar o convencimento do mediador, como o fariam com o magistrado. É preciso algum tempo para que o usuário manifeste confiança no método e de fato compreenda o que se pretende.

Os primeiros atendimentos são também o momento em que, muitas vezes, as partes voltam a se comunicar diretamente, depois de anos sem se falar. Às vezes são chamados terceiros que intervêm ou influenciam o conflito posto, como parentes ou profissionais que atendam os usuários ou seus familiares (assistentes sociais ou psicólogos, por exemplo).

Se, ao final do procedimento, as partes efetivamente chegarem a um acordo para por fim ao processo que estava suspenso, farão contato com seus procuradores, que elaborarão o termo e o levarão à homologação. Nenhum documento é lavrado ou assinado pelos mediadores, que também não propõem soluções. Ao final das sessões, emite-se apenas um relatório, informando quantas sessões foram realizadas e se houve melhora na comunicação das partes, bem como se eventualmente elas se manifestaram prontas para a composição amigável do feito. Não há nenhuma menção aos atendimentos em si, tampouco ao que foi dito, em virtude da confidencialidade – somente no caso do procedimento ter sido obstado por resistência ou comportamento violento de uma ou de outra parte há menção de tal fato no relatório.

No período analisado pelo estudo de doutorado de Maria de Lourdes Bohrer Antonio, de 2008 a 2010, foram encaminhados à mediação, pelas três varas de família de Santos, 152 (cento e cinquenta e dois) casos. Dentre eles, o maior número de litígios se referia a disputas entre duas pessoas, normalmente pai e mãe em relação aos filhos (43,42% do total), sendo que

²⁵¹ As informações, relatos e números referentes ao Setor de Mediação mencionadas nesse item foram obtidos no estudo da tese de doutorado “*Relações Afetivas em Litígio e Mediação Familiar*”, de autoria de Maria de Lourdes Bohrer Antonio, mediadora em atividade no Setor de Mediação do Fórum de Santos, disponível em <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=16417>, acesso em 15-05-2014.

²⁵² Os números mencionados na tese acima referem que de 238 casos inicialmente recebidos no período, houve 69 desistências. Os números não abrangem situações em que as partes ou os procuradores se recusam a submeter-se ao procedimento sem sequer passarem pela primeira sessão.

a maior parte de tais disputas tinha como objeto discussões relacionadas à regulamentação de visitas ou modificação de guarda dos filhos – 56,72% (situações em que há maior beligerância entre as partes e, ao mesmo tempo, maior potencial de benefício com aplicação da mediação na construção de um consenso duradouro).

Em análise sobre os motivos que levaram à aceitação do procedimento de mediação pelas partes encontrou-se a existência de vivências negativas no contexto do sistema judiciário (impossibilidade de exposição de suas vontades, motivos e emoções, audiências formais e ineficácia das sentenças judiciais), assim como a impossibilidade do Judiciário contemplar toda a complexidade do conflito, o que traz nervosismo às partes e apreensão quanto aos atos (os atos processuais não traduziriam toda a gama de variáveis incidentes sobre as interações familiares e os conflitos postos, nem há espaço para tanto, o que se constitui em fator de desilusão para as partes). É comum, na saída de audiências, as partes se manifestarem decepcionadas, pois imaginaram que conseguiriam transmitir todo o conflito e seus desdobramentos à juíza, que decidiria em seu favor, quando se depararam com ato meramente formal e sem decisão alguma.

Em contrapartida, apontou-se o relevantíssimo papel dos advogados e Defensores Públicos para a aceitação da mediação e comprometimento com o procedimento, já que os procuradores gozam da maior confiança das partes. Fator importante foi, ainda, a explicação do magistrado e as recomendações a respeito do procedimento e da relevância dele para a modificação do conflito, com restabelecimento da comunicação.

O estudo verificou, ainda, que em conversas com os usuários depois do final do procedimento, todos manifestaram que colheram benefícios com a técnica, até mesmo aqueles que não lograram a composição amigável do processo judicial. Ainda que o conflito fosse acirrado e não tivesse se resolvido, as partes informaram pequenos benefícios, como melhora na comunicação.

De maneira extremamente interessante, entrevista com os usuários do serviço levou a que quase todos considerassem que o procedimento deveria ser obrigatório, pois eles se indispuseram a aceitá-lo de início, mas observaram benefícios que consideravam transformadores. Viram na insistência para a participação no procedimento uma preocupação dos advogados e juizes com as pessoas e os rumos de suas vidas de fato, não apenas com o ganhar-perder do processo.

Questionados sobre o significado da mediação para eles e suas relações, os usuários afirmaram que consideravam a mediação “um meio que permite expressar a afetividade sem

se preocupar em contê-la, pois o mediador exercerá esta função, fazendo com que passe a ouvir; criar uma oportunidade de não permitir a participação de outros (familiares) naquele momento tumultuado; afeta ao mediando de tal maneira que ele passa a perceber a si mesmo, ao outro e à situação conflituosa de maneira diferente, religando presente e passado com vistas a um futuro na promoção da responsabilidade quanto ao direito dos filhos. Identificam na mediação familiar um trabalho que tem a concepção de mundo ligada a valores éticos de democracia, respeito e defesa dos direitos humanos”.²⁵³

Em entrevistas com as juízas das varas de família de Santos, na ocasião da elaboração do estudo, indagou-se qual a sua percepção das demandas dos usuários. Entendeu-se que:

[...] a busca do Judiciário é feita imbuída da cultura do litigante. Os usuários buscam o esclarecimento pelo poder da autoridade instituída de que o conhecimento de sua verdade seria a realidade. Através da imposição do saber, iria distinguir a verdade única, que deveria guiar a conduta do seu opositor. O objetivo não seria a compreensão da convivência, mas a manutenção e a prova da razão. A busca, inicialmente, ocorre por meio do poder e pela obrigação do outro à obediência do juiz, procurando um resultado, não uma colaboração.

[...] A utilização do processo judicial é feita apenas como um meio para o reconhecimento da razão dos demandantes – um meio de utilizar o sistema para trazer seu conflito para o âmbito oficial”.²⁵⁴ (ANTONIO, p. 213-214).

Diante disso, tem-se que a realidade prática é a mesma que se descortina na teoria: a mediação detém potencial transformador das relações e, para isso, merece ser divulgada e cada vez mais utilizada pelos operadores do Direito. A modificação de cultura passa, principalmente, pela construção desses novos valores por quem vive o direito, de forma que nossa intervenção na “cultura do litígio” é grande e, na mesma medida, grande é a probabilidade de gerar mudança de paradigma.

8.6 Estatísticas da utilização dos meios consensuais e acordos entabulados

No trabalho diário na Defensoria Pública atuo com processos, termo genérico que utilizamos tanto para nos referir aos processos judiciais, quanto aos procedimentos administrativos abertos para análise do problema da parte, não necessariamente

²⁵³ ANTONIO, Maria de Lourdes Bohrer, *Op.Cit.*, p. 208.

²⁵⁴ *Idem*, p. 213/214.

correspondentes a um processo judicial. O controle dos números de tais processos é feito principalmente pelos Defensores Públicos respectivos, por meio de livro de entradas e saídas.

Por conta desse controle, há possibilidade de análise numérica dos dados referentes aos processos, em corte por matérias específicas e de maior quantidade. Quando se fala em efetividade dos meios consensuais, principalmente os que culminam em acordo entre as partes litigantes, é interessante conseguir-se uma quantificação dos casos em que se verificam, quando possível.

No decorrer do presente trabalho, muito se falou em melhor adequação dos meios consensuais às situações conflituosas em direito de família. Porém, seria possível demonstrar, por meio dos números dos processos acompanhados, que, de fato, na prática o consenso é realmente mais adequado? Ou seja, seria possível dizer que as partes que chegam a um acordo em regra dão cumprimento a ele?

Desde já aponto as falhas metodológicas na colheita dos dados, correspondente apenas aos números, muitas vezes não acurados, coletados pela entrada e saída dos procedimentos assumidos por mim no trabalho diário. A colheita foi feita analisando-se o procedimento quando deu entrada, bem como seu desenrolar e eventual acordo ou sentença proferida, por meio de consulta pelo sistema eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo correspondente.

O período de coleta dos dados corresponde aos meses de dezembro de 2013 a junho de 2014, pela facilidade de disposição dos dados e acesso ao sistema eletrônico, tendo em vista a implantação do processo digital na comarca de Santos no segundo semestre do ano de 2013, possibilitando a consulta eletrônica dos feitos. Tendo em vista a proximidade do período analisado da data de cotejo, muitos processos judiciais ainda estão em andamento.

Dessa forma, a análise, com cortes propositalmente simplificados, não é uma análise acurada dos feitos em acompanhamento pela Defensoria Pública de Santos. Por conta das especificidades das principais matérias em acompanhamento, como ações de alimentos e execuções de alimentos, quando se fala em acordos cumpridos não se pode determinar com precisão se de fato os alimentos estão sendo pagos ou se a parte somente não procurou a execução dos valores ainda. Da mesma forma, não se pode considerar de maneira absoluta o número de acordos em relação ao número de processos em andamento – não se pode dizer, por exemplo, que há mais acordos do que processos terminados em sentença, de maneira absoluta. Também não foi objeto de verificação, por impossibilidade do método, a eficácia dos acordos em relação à eficácia das sentenças de mérito.

Contudo, a análise dos dados permite dizer que, no curto período analisado, a grande maioria das ações de alimentos termina em acordo, em oposição a uma sentença judicial. Desses acordos, a maioria deles vem sendo cumpridos pelos envolvidos, como se pode analisar nos gráficos a seguir.

No período estudado²⁵⁵, acompanhei 93 ações de alimentos, sendo que destas, 46 terminaram em acordo, dos quais apenas 07 foram descumpridos e deram origem a um processo de execução. De outra parte, outros 47 processos ainda estão em andamento ou tiveram sentença proferida.

Analisaram-se 56 processos de execução de alimentos que, por sua própria natureza, geram menor possibilidade de composição entre as partes. Nesses, foram entabulados 08 acordos de parcelamento de débito, dos quais 07 estão sendo cumpridos. Em oposição, 48 processos continuam em andamento normal e pequena parcela destes foi extinta pelo pagamento integral.

Por fim, no total, sem corte específico de matéria, foram acompanhados 235 processos no período. Desses, 78 resultaram em acordo, dos quais 69 estão sendo cumpridos e

²⁵⁵ Números totais no período:

Dezembro 2013: 8 ações de alimentos, sendo 05 acordos que estão sendo cumpridos e 03 ainda em andamento; 06 execuções de alimentos, sendo 05 ainda em andamento, 01 extinta pelo pagamento integral. Total sem cortes: 20 processos acompanhados, sendo 07 acordos que estão sendo cumpridos, 12 processos em andamento ou com sentença proferida e 01 extinção.

Janeiro 2014: 10 ações de alimentos, sendo 04 acordos que estão sendo cumpridos, 02 acordos descumpridos, 02 extintos por desistência, 02 em andamento; 15 execuções de alimentos, sendo 13 em andamento, 02 acordos que estão sendo cumpridos. Total sem cortes: 33 processos acompanhados, sendo 08 acordos que estão sendo cumpridos, 03 acordos não cumpridos, 21 processos em andamento ou com sentença, 01 extinto por desistência.

Fevereiro 2014: 17 ações de alimentos, sendo 04 acordos que estão sendo cumpridos, 04 extintas por desistência da parte, 09 em andamento; 04 execuções de alimentos, sendo 03 em andamento, 01 extinta pelo pagamento integral. Total sem cortes: 34 processos acompanhados, sendo 06 acordos que estão sendo cumpridos, 22 em andamento ou com sentença, 04 extintos por desistência da parte, 01 extinto por pagamento integral.

Março 2014: 12 ações de alimentos, sendo 02 acordos que estão sendo cumpridos, 04 acordos descumpridos, 05 em andamento, 01 extinção por desistência; 12 execuções de alimentos, sendo 03 acordos que estão sendo cumpridos, 08 em andamento, 01 extinta pelo pagamento integral. Total sem cortes: 41 processos acompanhados, sendo 11 acordos que estão sendo cumpridos, 04 acordos descumpridos, 02 ações extintas, 24 em andamento ou com sentença proferida.

Abril 2014: 16 ações de alimentos, sendo 07 acordos que estão sendo cumpridos, 01 acordo descumprido, 08 em andamento; 08 execuções de alimentos, sendo 01 acordo que está sendo cumprido, 01 acordo descumprido, 05 ações em andamento, 01 extinção pelo pagamento integral. Total sem cortes: 42 processos acompanhados, sendo 13 acordos que estão sendo cumpridos, 02 acordos descumpridos, 26 em andamento, 01 extinção pelo pagamento integral.

Mai 2014: 14 ações de alimentos, sendo 07 acordos que estão sendo cumpridos, 05 em andamento, 02 extinções por desistência; 08 execuções de alimentos, sendo 01 acordo que está sendo cumprido, 07 em andamento. Total sem cortes: 31 processos acompanhados, sendo 09 acordos que estão sendo cumpridos, 20 em andamento ou com sentença proferida, 02 extinções por desistência.

Junho 2014: 16 ações de alimentos, sendo 10 acordos que estão sendo cumpridos, 06 em andamento; 3 execuções de alimentos, todas em andamento. Total sem cortes: 34 processos acompanhados, sendo 15 acordos que estão sendo cumpridos, 18 em andamento e 01 extinção por desistência

09, já descumpridos, estão em fase de execução. Constam em andamento, com sentença proferida ou outra solução, 157 feitos.

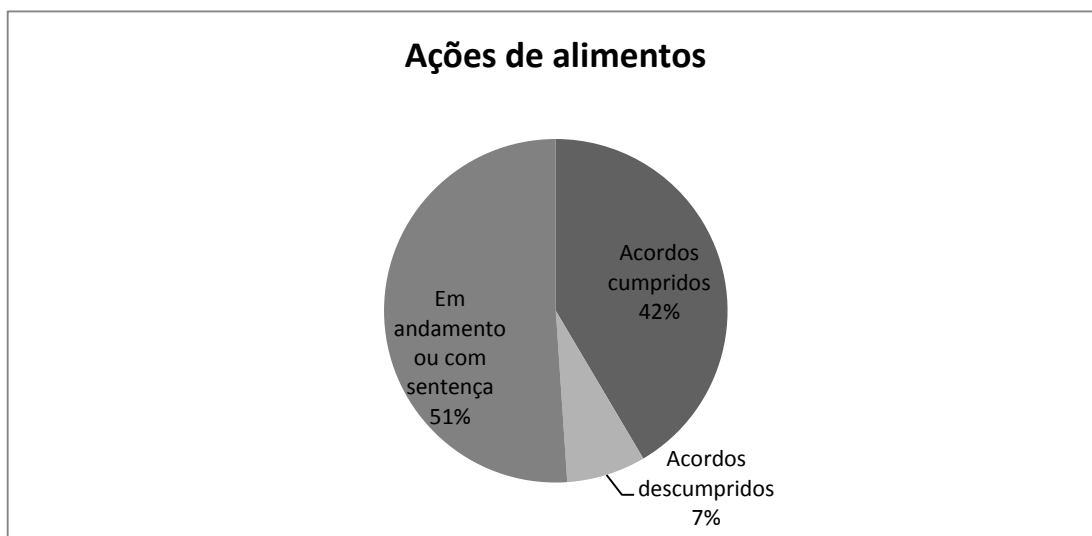


Figura 2 - Ações de Alimentos

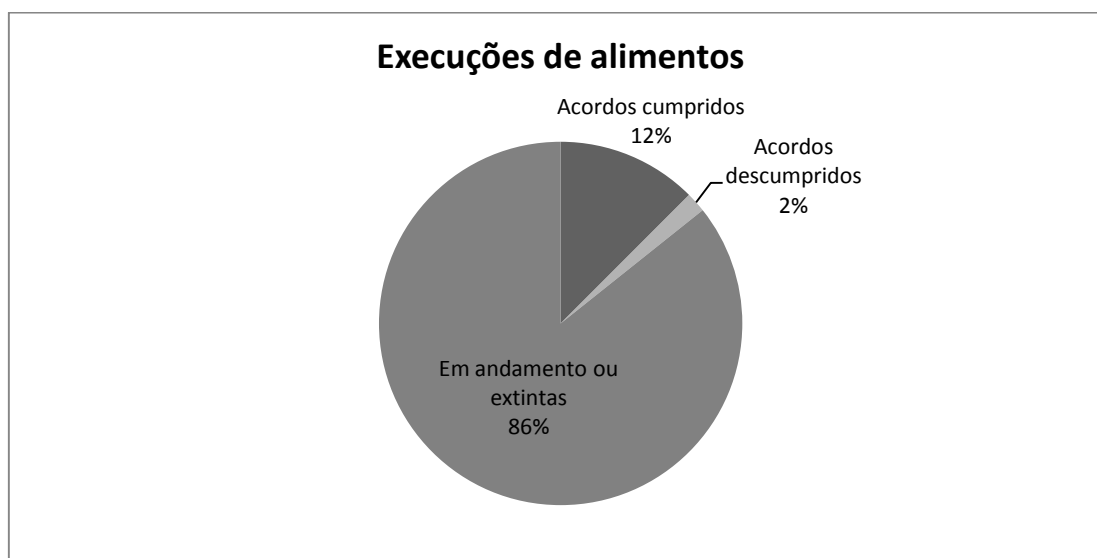


Figura 3 - Execuções de Alimentos

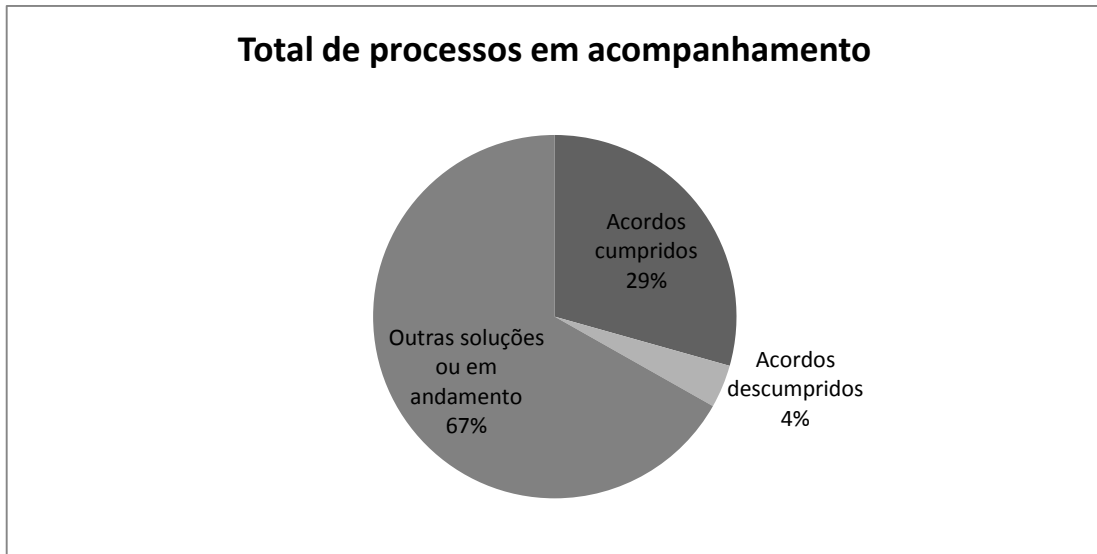


Figura 4 - Total de processos em acompanhamento

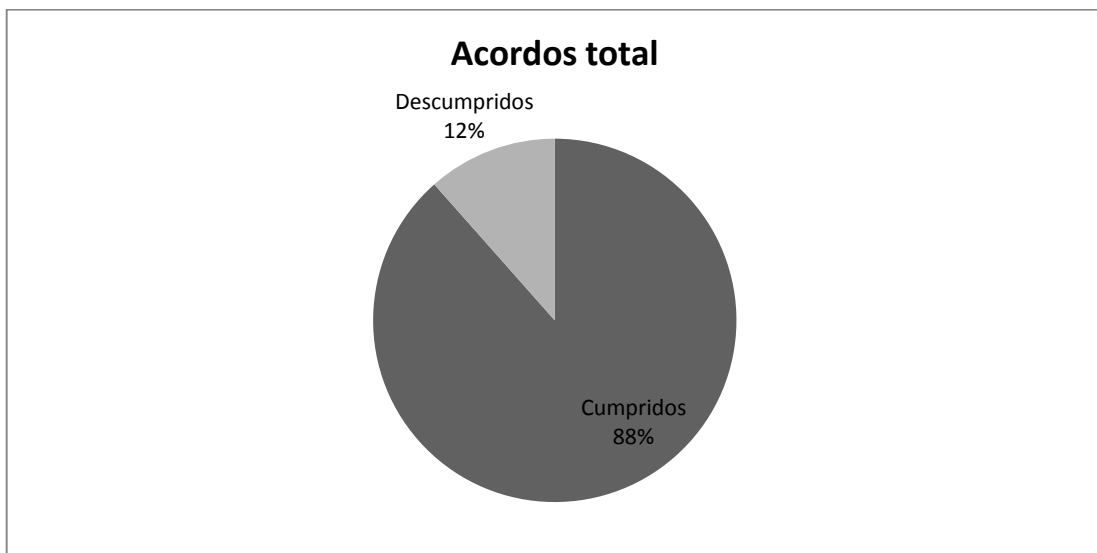


Figura 5 - Acordos total

Dessa forma, com a análise dos dados, embora colhidos de maneira empírica e distante das normas regentes das colheitas estatísticas, com a única finalidade de lançar luz sobre as discussões a respeito da efetividade dos meios consensuais de resolução de conflito, tem-se que, no breve período analisado, no pequeno número de feitos em acompanhamento pela 11ª Defensoria Pública de Santos/SP, a composição das partes tem sido a solução mais comum adotada e, ainda, tem se mostrado efetiva.

É de se ressaltar que a palavra “acordo”, aqui utilizada, refere-se ao ajuste a que chegaram as partes em relação ao objeto do litígio ou envolvendo outras questões entre eles,

tanto em referência a procedimento de conciliação judicial ou extrajudicial, bem como no decorrer ou de forma posterior à realização de processo de mediação.

Vê-se que, numa análise simplista, grande número das ações de alimentos culmina em acordo entre as partes, na maioria das vezes em audiência de conciliação designada para este fim. Ademais, embora o acordo de alimentos envolva o dispêndio de valores e seja, por experiência empírica, o que conta com maior índice de descumprimento em relação aos demais ajustes levados a efeito na atuação de família (em comparação, por exemplo, com acordos de partilha, guarda e visitas), pelos dados analisados pode-se verificar que a maioria deles está sendo cumprido pelas partes²⁵⁶.

Obviamente, como já se disse, o fato de não estarem sendo objeto de execução não pode levar à conclusão inafastável de cumprimento absoluto do ajuste. Contudo, na realidade da Defensoria Pública sabe-se que a falta de pagamento de pensão alimentícia não costuma ser relevada pelo credor alimentar, que, na maioria das vezes, procura novamente a instituição para noticiar o descumprimento e solicitar as medidas cabíveis. Assim, se não absolutos, os números podem autorizar a conclusão no sentido de que a maioria das pessoas que entabulam acordos os cumpre, de modo que a autocomposição tem se mostrado efetiva.

²⁵⁶ Como já se mencionou, entenda-se por “acordo cumprido” aquele que não está sendo objeto de execução pela parte ou não gerou nova demanda judicial direta por seu descumprimento.

9 Conclusão

Os conflitos são inerentes à convivência humana, sendo impossível sua extirpação total. Contudo, sem qualquer interferência, minam as relações sociais, de forma que é preciso trabalhá-los da forma mais adequada para que sejam, de fato, resolvidos e tragam a necessária paz social.

Historicamente, no Brasil, o recurso ao Judiciário tem sido a principal forma de buscar a solução para os conflitos. Porém, a utilização do Estado tem se mostrado ineficaz para garantir a resolução das disputas em tempo razoável e de maneira a ser de fato respeitada pelas partes.

As razões para o descrédito do Poder Judiciário são muitas, dentre elas o enorme volume de feitos a serem processados e decididos e a inadequação da resposta estatal a assuntos que possuem feição mais subjetiva, decorrentes de relações que vão além da mera disputa que aflora na Justiça. Para tais questões, a sentença judicial não só é incapaz de fornecer resposta adequada em tempo razoável, mas falha por desconsiderar importantes aspectos da relação dos envolvidos que possuem relação direta com o conflito e seu possível ressurgimento.

Por esse motivo, sustentou-se que em algumas situações, notadamente os conflitos decorrentes de relações familiares, os métodos mais adequados para o tratamento dessas disputas são os consensuais, autocompositivos. A heterocomposição, por considerar a tomada de decisão por terceiro, ainda que escolhido por uma das partes, gozando de sua confiança e de reconhecida *expertise*, retira dos envolvidos a possibilidade de chegarem a uma decisão por si sós, fazendo-os parte do procedimento e, com isso, mais dispostos a dar cumprimento ao quanto se convencionou.

Nos conflitos familiares o litígio que chega aos operadores do Direito é, muitas vezes, decorrente de inúmeros outros pequenos conflitos que se sucedem, por ser tão rica e complexa a convivência familiar. Não é incomum, por isso, que uma mesma família protagonize diversas ações judiciais sobre temas variados, numa espiral sem fim de demandas para as quais, certamente, as sentenças judiciais pouca valia terão.

Defende-se, por isso, que, afora algumas situações de excepcional risco para as partes, ou nas quais se verifique a inviabilidade da adoção dos meios consensuais, sejam utilizados os métodos mais adequados para a resolução desses conflitos, que são as formas

autocompositivas. Para tanto, não importa a sede em que tais medidas são adotadas, seja no próprio Judiciário, dentro de um processo judicial já ajuizado, seja de forma extrajudicial, no âmbito das Defensorias Públicas ou órgãos diversos e especializados, sejam os ajustes levados à homologação judicial ou não.

Importante salientar que não se pretende, de maneira alguma, impor as soluções consensuais para todos os conflitos, nem mesmo a integralidade dos conflitos familiares. Há situações em que se faz necessária a intervenção do Poder Judiciário, com sua força coercitiva, para cessar risco à integridade física ou patrimonial das partes. Há, ainda, situações em que o acordo construído não leva em consideração as necessidades das partes, o que se pode verificar em relações muito desiguais, de modo que um ajuste nessas circunstâncias se igualará, em inefetividade, a uma sentença judicial.

É o caso, por exemplo, de violência doméstica, em que a vítima se encontra fragilizada e dependente economicamente do agressor. Ou, ainda, de risco de perecimento de direitos, como dilapidação de patrimônio comum, ou necessidade de regularização de situação de fato, como guarda de filhos em caso de risco de evasão do país, ou regulamentação de visitas que coloquem em risco uma criança. Em tais ocorrências, uma sentença judicial, por ser ato de força, é necessária para garantir que as partes permaneçam em condição de igualdade. Nada impede, contudo, e em alguns casos tudo muito recomenda, que haja aproximação entre as partes, em diálogo mediado, para que resolvam os demais conflitos existentes entre eles, depois de proferida decisão judicial a respeito de ponto importante da convivência.

Os métodos autocompositivos da conciliação e mediação têm, cada um e ambos, importantíssimo papel nas disputas familiares. Cada qual com seu âmbito de atuação e, inclusive, podendo ser utilizados em momentos diferentes de uma mesma situação. A mediação, por exemplo, por ser método nem sempre destinado à solução do conflito, mas sim à sua transformação e à construção do diálogo entre as partes, pode ser utilizada para todas as relações familiares em que as partes estejam dispostas a tanto, de modo a reconstruir os laços rompidos.

Por outro lado, a conciliação pode resolver conflitos menos aprofundados ou situações em que seja necessária a rápida solução, na pendência de procedimento de mediação, ou antes dele ocorrer. O cuidado necessário com a utilização da conciliação é a verificação da real vontade das partes, devendo o conciliador certificar-se de que o acordo entabulado corresponde ao desejo dos envolvidos, sob pena de inefetividade do ajuste.

Conciliações que visem apenas ao fim do processo judicial, sem compromisso com a solução real do problema e a oitiva sobre a vontade das partes certamente gerarão outras novas disputas. A finalidade dos meios consensuais de composição de disputas não é garantir uma solução externa ao Judiciário, para retirar o volume das mãos dos juízes, mas propiciar a resposta mais adequada e eficaz aos conflitos das partes.

Para tal desiderato a Defensoria Pública possui papel primordial. Trata-se de instituição essencial ao sistema de justiça criada constitucionalmente para a defesa dos necessitados, possuindo atribuição principal de promover a solução extrajudicial dos litígios. Sua assistência jurídica integral inclui o ajuizamento de ações judiciais, quando necessárias, mas também a aplicação dos meios consensuais de resolução de conflitos, no bojo de um processo judicial ou fora dele.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo vem adotando os métodos consensuais, por mais adequados em inúmeros conflitos, desde a sua criação formal, em 2006. Todas as unidades da Defensoria espalhadas pelo Estado adotam espécies de formas autocompositivas de maneira preferencial, com iniciativas variadas e, muitas vezes, capacitação específica de Defensores Públicos. Todos os membros realizam conciliações de maneira ordinária, e muitos já realizam mediações, atuando eles próprios como mediadores ou utilizando-se de serviços já aparelhados para este fim, em âmbito interno ou na estrutura do Judiciário.

Na prática, a utilização de tais formas em direito de família tem mostrado resultados extraordinários. Logrou-se demonstrar, ainda que de forma não totalmente conformada com normas estatísticas, que a utilização dos meios consensuais de resolução de disputa tem sido adequada para a pacificação social, com um índice muito elevado de acordos que são cumpridos de forma voluntária pelas partes, sem necessidade de intervenção judicial.

Assim, a prática demonstra o que a teoria já há muito preconiza: em conflitos familiares, formas autocompositivas são importantes métodos de resolução, garantindo a efetividade dos resultados pela participação das partes na construção do consenso. O envolvimento dos litigantes na formulação da solução parece ser determinante para a eficácia do ajustado, já que permite que tragam à construção do ajuste aspectos de sua realidade nem sempre verificados na sentença. Como se disse, não foi possível, pela análise empírica efetuada, cotejar-se a efetividade das soluções consensuais com a das sentenças judiciais, em comparação que poderia de fato demonstrar a superioridade de um método em relação ao outro. Contudo, a demonstração de que, no período analisado, os acordos estavam sendo sistematicamente cumpridos, em sua grande maioria, já denota a efetividade dos métodos de

maneira isolada. É de se ressaltar que por “acordo” a pesquisa referiu-se a ajuste assinado pelas partes, por meio de conciliação ou com prévio procedimento de mediação.

Dessa forma, na busca da pacificação social e da garantia do acesso efetivo à justiça, principalmente da população carente, a Defensoria Pública tem papel primordial. É a instituição que promove a igualdade no sistema de justiça, tornando possível que todos tenham acesso a respostas eficazes aos seus conflitos. Possui, ainda, a atribuição de promover educação em direitos, muitas vezes necessária para o empoderamento que leva à opção pela adoção consensual em oposição à sentença judicial, para muitos buscada e tida como a única solução possível. Para a população carente, é de essencial importância ter voz e acesso, de maneira que a obtenção da confiança dos hipossuficientes é passo importantíssimo para a efetividade dos métodos consensuais de resolução de disputas.

À guisa de encerramento, valho-me das valorosas palavras do ilustre Defensor Público Renato Campos Pinto de Vitto, que, com maestria, bem resume a atuação da Defensoria Pública no tema:

Ao lado de buscarem inspiração para o novo, os Defensores e Defensoras Públicas têm um grande desafio, que consiste também em não se esquecerem. Não se esquecerem, assim como dito por Bertold Brecht, que a Justiça é o pão do povo. Não devem se esquecer nunca que vivemos numa sociedade crescentemente conflituosa e que a adequada administração de tais conflitos é tarefa da mais alta importância que foi confiada à Defensoria Pública. Além de buscar a distribuição tão-somente da jurisdição, deve-se buscar a distribuição da Justiça, que é o pão do povo, e pelo povo deve ser feita. Não pode a Defensoria se identificar ou confundir com um sistema autocêntrico, aprisionado no labirinto de seus interesses corporativos, ou egocêntrico, buscando tutelar a sociedade se substituindo a ela e para ela dizendo o que é melhor.

O mais importante da missão da Defensoria só será atingido e só chegará a quem mais necessita de sua atuação se criticadas e reinventadas as práticas e métodos institucionais, na busca de se cooperar decisivamente para a construção de um sistema de Justiça verdadeiramente efetivo, engajado na redução das desigualdades. Isto passa não apenas pelo sistema judicial formal, como também pelo aperfeiçoamento e ampliação dos meios alternativos de resolução de conflitos, com a participação e colaboração decisiva da sociedade. E este processo de emancipação social deve conduzi-la a encontrar, por si própria, os melhores caminhos para autotutelar e defender seus direitos e interesses²⁵⁷. (VITTO, p. 236)

²⁵⁷ *Op.Cit.*, p. 236.

Bibliografia

ALMEIDA, Rafael Alves de., ALMEIDA, Tania e CRESPO, Mariana Hernandez (Org.), **Tribunal Multiportas – Investindo no Capital Social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Editora FGV, Rio de Janeiro, 2012, disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1>>, acesso em 11-10-2014.

ANDREWS, Neil, **O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**, 2ª Edição. Editora RT, 2012.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Mediação - Um instrumental Judicial para a paz social**. Revista do Advogado, n. 87, setembro de 2006.

ANTONIO, Maria de Lourdes Bohrer. **“Relações Afetivas em Litígio e Mediação Familiar”**, disponível em <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=16417>, acesso em 15-05-2014.

AZEVEDO, André Gomma de. **Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos**. Brasília: Revista do CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça, n. 24, março/2004, p. 15.

_____. **Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual**. In Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação, Vol. 3, AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Universidade de Brasília: Faculdade de Direito, 2004, Disponível em <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/segunda-parte-artigos-dos-professores/perspectivas-metodologicas-do-processo-de-mediacao-apontamentos-sobre-a-autocomposicao-no-direito-processual>>, acesso em 08/08/2014.

_____. **Desafios de Acesso à Justiça ante o Fortalecimento da Autocomposição como Política Pública Nacional**. In PELUSO, Cezar, e RICHA, Morgana de Almeida. Conciliação e Mediação, Estruturação da Política Judiciária Nacional, Editora Forense, 2011.

_____. (Org.) **Guia de Conciliação e Mediação Judicial para Magistrados**. Ministério da Justiça, 2013.

_____. (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Ministério da Justiça, 2013.

BARBOSA, Águida Arruda. **Estado da arte da mediação familiar interdisciplinar no Brasil**. Revista brasileira de direito de família. Porto Alegre: Síntese, n. 40, fev./mar. 2007, p. 140-151.

_____. **História da mediação familiar no direito de família comparado e tendências**. Disponível em <<http://www.bvs-psi.org.br/local/file/congressos/AnaisPgsIntrodoparteI.pdf>>, acesso em 14-10-2014.

_____. **Construção dos fundamentos teóricos e práticos do código de família brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação da USP. São Paulo, USP, 2007.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Resolução Alternativa de Conflitos (ADR) e Constitucionalidade**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 5, n. 9, jan/jun, 2002.

BERNO, Rosely. **Justiça Emocional**. In: Anais do III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica. Disponível em <http://www.mackenzie.br/psico_3congresso_iberamericano.html>, acesso em 08/08/2014.

BRAGA NETO, Adolfo. **A mediação de conflitos no contexto familiar**. In: Revista IOB de direito de família. v. 9, n. 51, dez./jan. 2009, p.49-63.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **Movimento pela conciliação – um breve histórico**. PELUSO, Cezar, e RICHA, Morgana de Almeida. Conciliação e Mediação, Estruturação da Política Judiciária Nacional, Editora Forense, 2011.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. Editora Revista dos Tribunais, 4ª Edição, 2014.

_____. Entrevista concedida para o Boletim do IBDFAM n° 52, ano 8, set/out 2008, a respeito do estudo **“Ensaio sobre a Arbitragem Testamentária no Brasil com paradigma**

no **Direito Espanhol**”, Revista de Mediação e Arbitragem nº 17, Ano 5, abril-junho de 2008, Coord. Prof. Arnoldo Wald, Ed. Revista dos Tribunais, p.54.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Diferenciação Social**, Editora Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça**. Revista de Processo, v. 19, n. 74, p. 82-97, 1994.

_____ ; GARTH, Bryant, **Acesso à Justiça**, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988 (Reimpressão 2002).

CARMONA, Carlos Alberto, **Arbitragem e Processo**, Editora Atlas, 3ª Edição, 2009.

CARNELUTTI, Francesco, **Sistema de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Uteha, 1944,v. I, disponível em <[http://190.147.213.68:8080/homepage/doctrina/doctrina_clasica/inst_der_proc_civil\(francesco_carnelutti\)/c_general.pdf](http://190.147.213.68:8080/homepage/doctrina/doctrina_clasica/inst_der_proc_civil(francesco_carnelutti)/c_general.pdf)>, acesso em 06/06/2014.

_____. **Instituciones del Proceso Civil**. Vol.I, Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa America, disponível em <<http://www.costituzionalismo.it/articoli/323/>>, acesso em 28/07/2014.

CAROTTI, Andréa Sepúlveda Brito, **Propostas para uma atuação estratégica da Defensoria Pública orientada à redução da pobreza**. In *Uma Nova Defensoria Pública pede Passagem – Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09*. Editora Lumen Juris, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ana Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, Editora Malheiros, 25ª Edição, 2009.

DEUTSCH, Morton. **A Resolução do Conflito - Processos Construtivos e Destrutivos**. In Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação, Vol. 3, AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Universidade de Brasília: Faculdade de Direito, 2004, Disponível em <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/a-resolucao-do-conflito>>, acesso em 08/08/2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, Editora Malheiros, 14ª edição, 2009.

DUPAS, Gilberto. **Tensões contemporâneas entre o público e o privado**, Editora Paz e Terra, 2003.

FACCHINI NETO, Eugenio. **ADR (Alternative Dispute Resolution) – Meios Alternativos de Resolução de Conflitos: Solução Ou Problema?**. Revista Direitos Fundamentais & Justiça – Ano 5, nº 17, P. 118-141, Out/Dez 2011.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Introdução histórica e modelos de mediação. In Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem**. Editora Campus Jurídico, 2014.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1ª Edição, 4ª tiragem. Editora Malheiros, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 6 – Famílias. 5ª Edição. Editora Jus Podium, 2013.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2ª Edição. Editora Imago, 2005.

FISS, Owen. **Against Settlement**. Yale Law Journal, Volume 93, Number 6, May 1984.

FRANCO, Ricardo César; KOHARA, Paulo Keishi Ichimura. **Entre a lei e a voluntariedade: o modelo extrajudicial de resolução de conflitos em defensorias públicas**. Revista da Defensoria Pública, Ano 5, n.1, 2012. Disponível em <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/7artigo.revista2012.pdf>>, acesso em 10/08/2014.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA – Condições, Desafios e Limites para a Institucionalização da Mediação no Judiciário**. Editora Gazeta Jurídica, 2013.

GALLIEZ, Paulo. **A Defensoria Pública, o Estado e a Cidadania**. 3ª Edição. Editora Lumen Juris, 2006.

GALANTER, Marc; **Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (and Think We Know) about Our Allegedly Contentious and Litigious Society**; 31 UCLA L. Rev. 4 (1983-1984).

_____. **Compared to What? Assessing the Quality of Dispute Processing.** Denver University Law Review, 66(3):xi-xiv, 1989.

GRAJALES, Luis Otavio Valdo. **Medios alternativos de resolución de conflictos.** Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/19.pdf>>, acesso em 03/08/2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo e LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento do processo: Revolução na Prestação Jurisdicional.** Editora Atlas, 2007.

_____, Ada Pellegrini. *Os fundamentos da justiça conciliativa.* Revista da Escola Nacional da Magistratura, Associação da Magistratura Brasileira, Brasília, ano 2, n. 5, p. 22-27, maio 2008. Disponível em: <http://www.enm.org.br/docs/Revista_ENM_5.pdf>, acesso em 17/05/2014.

_____. **Deformalização do processo e deformalização das controvérsias.** Revista Informação Legislativa. Ano 25, nº 97. Brasília: jan/mar, 1988.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Mediação Interdisciplinar- Um novo Paradigma.** Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, vol.8, n. 40, Fev/Mar 2007.

GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. **Mediação no Judiciário – Teoria na Prática.** Primavera Editorial, 2011.

LAGRASTA NETO, Caetano. **A conciliação judicial: avanços, retrocessos, esperança.** In PELUSO, Cezar, e RICHA, Morgana de Almeida. Conciliação e Mediação, Estruturação da Política Judiciária Nacional, Editora Forense, 2011.

LEDERACH, John Paul, **The little book of conflict transformation,** The Little Books of Justice and Peacebuilding Series, Good Books, 2003.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem.** Editora Saraiva, 2013.

LIPOVETSKI, Gilles. **A felicidade paradoxal – ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo.** Editora Companhia das Letras, 2007.

LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. **A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias**. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. Editora Quatier Latin, 2009.

LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação Judicial. Análise da realidade brasileira-origem e evolução até a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. Editora Forense, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Morosidade, Formalismo e Ineficácia das Decisões Judiciais – Uma sugestão para a revisão Constitucional**. *Revista de Informação Legislativa*, nº 120, out/dez 1993.

MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça – Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**. Editora RT, 2011.

_____. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, 2014.

_____. **O Plano Piloto de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública**. Separata da *Revista dos Tribunais*, ano 93, v. 820, fevereiro de 2004, p. 11 a 49.

MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **A Reforma do Poder Judiciário Brasileiro: Motivações, Quadro Atual e Perspectivas**. *Revista CEJ*, Brasília, n. 21, p. 79-86, abr/jun 2003.

MENDES, Maria Lúcia de Castro Pizzotti, **Mediação e Conciliação. Histórico dos Métodos adequados de solução de conflitos e experiências contemporâneas no Brasil e em outros países**, in TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge e ALVES, José Carlos Ferreira (Org.), *Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem*. Editora Campus Jurídico, 2014.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Trad. Magda França Lopes, 2ª. ed. Editora Artmed, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana – Estudos de Direito Civil-Constitucional**. Editora Renovar, 2010.

MUÑOZ, Helena Soletto. **La mediación en la Unión Europea. In Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente**. MUÑOZ, Helena Soletto, PARGA, Milagros María Otero (Org.), Ed. Tecnos, Madrid, 2007, págs. 185-203.

MUSZKAT, Malvina Ester (org.). **Mediação e conflitos: pacificando e prevenindo a violência**. Editora Summus, 2003.

OLIVEIRA, Euclides de. **O percurso entre o conflito e a sentença nas questões de família**. Disponível em <<http://www.familiaesuccessoes.com.br/?p=883>>, acesso em 08/08/2014.

OLIVEIRA, Júlia Loonis. **À sombra do Poder Judiciário – mediação de conflitos no bairro do Ibura – Recife/PE**, in *Justiça Cidadã – Uma experiência de mediação de conflitos em direitos humanos*. Recife, 2009; disponível em <http://gajop.org.br/arquivos/publicacoes/justica_cidada.pdf>, acesso em 03/05/2014.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; BAGGIO, Moacir Camargo. **Jurisdição: da litigiosidade à mediação**. Revista Direitos Culturais, V.3, n.5., Dez.2009, acesso via <<http://www.costituzionalismo.it/articoli/323/>>, em 28/07/2014.

PASSOS, Celia. **Mediação: entre o individualismo e a interdependência**, Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, n° 40, jan/2009

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**, Ed. Renovar, 2008.

_____. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**, Ed. Renovar, 2007.

PORTELA, Fábio Almeida. **A teoria dos jogos – uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputas**. In Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação, Vol. 2, AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Universidade de Brasília: Faculdade de Direito, 2004. Disponível em <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e->

negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/a-teoria-dos-jogos-uma-fundamentacao-teorica-dos-metodos-de-resolucao-de-disputa>, acesso em 08/08/2014.

PORTUGAL, Roberto Bacellar. **A pressa da justiça morosa**. Revista da Escola Nacional de Magistratura, Ano VII, Nov/2012.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri (Org.). **Temas Aprofundados – Defensoria Pública**. Editora Jus Podium, 2013.

_____, REIS, Gustavo Augusto Soares (Org.). **Temas Aprofundados – Defensoria Pública**. Volume 2. Editora Jus Podium, 2014.

ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria Pública – Fundamentos, Organização e Funcionamento**. Editora Atlas, 2013.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **A Reforma do Poder Judiciário**. Revista de Informação Legislativa n° 137, jan/mar 1998.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogerio Bastos, **A crise do Judiciário e a visão dos juízes**. Revista USP, n° 21, mar-mai 1994.

SALES, Lilia Maia de Moraes Sales. **Mediare – um guia prático para mediadores**. Editora GZ, 3ª Edição, 2010.

SALLES, Carlos Alberto de. **Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada** In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos de Barbosa Moreira*. Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 779-792.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi, BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. Editora Brasiliense, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa **O papel da defensoria pública na democratização do sistema de justiça**. Revista Apadep em notícias, ano I, n° 07, 2009. Disponível em <<http://content.yudu.com/Library/A154yl/APADEPemNotciasJanei/resources/7.htm>>, acesso em 11/08/2014.

_____. **O Estado e o Direito na transição pós moderna: para um novo senso comum entre o poder e o Direito.** Revista Crítica de Direitos Sociais, n° 30, 1990.

_____. **Para uma Revolução Democrática da Justiça.** Cortez Editora, 2007.

_____. **The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada.** Law and Society Review, vol. 12 (1974), p. 5 -126, obtido em <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Chapter%203%20and%203%20in%20the%20mirror.pdf>>, acesso em 31/07/2014.

SANTOS, Boaventura de Souza; SOARES Maria Manuel Leitão e PEDROSO, João, “**Os Tribunais nas sociedades contemporâneas**”, Revista Brasileira de Ciências Sociais, n° 30, ANPOCS - Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, disponível em <<http://www.anpocs.org.br>> , acesso em 28/07/2014.

SILVA, Érica Barbosa, **Conciliação Judicial**, Editora Gazeta Jurídica, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Editora Malheiros, 27ª edição, 2009.

SILVA, Paula Costa e. **A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Relatório sobre conteúdo, programa e método de ensino.** Lisboa: Coimbra Ed., 2009.

SOUSA, José Augusto Garcia de. (Coord.) **Uma Nova Defensoria Pública Pede Passagem – Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09.** Editora Lumen Juris, 2011.

_____. (Coord.) **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos – Comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007.** 2ª tiragem. Editora Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de resolução de conflitos envolvendo entes públicos – Negociação, Mediação e Conciliação na Esfera Administrativa e Judicial.** Editora Fórum, 2012.

_____. **Mediação de Conflitos Coletivos – a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais.** Editora Fórum, 2012.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**, Editora Método, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Editoras Del Rey e Mandamentos, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, Ed. Renovar, 2008.

_____, (Org.). **Direito Civil Contemporâneo – Novos problemas à luz da legalidade constitucional**, Ed. Atlas, 2008.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da Pessoa Humana e Mediação Familiar**. Editora Livraria do Advogado, 2010.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. Editora Método, 2008.

VEDANA, Wilson Marcelo Marshel. **O perfil da mediação comunitária – acesso à justiça e empoderamento da comunidade**. In Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação, Vol. 2, AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Universidade de Brasília: Faculdade de Direito, 2004. Disponível em <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/o-perfil-da-mediacao-comunitaria-acesso-a-justica-e-empoderamento-da-comunidade>>, acesso em 28/07/2014.

VITTO, Renato Campos Pinto de. **O uso dos meios alternativos de resolução de conflitos e a atuação interprofissional da Defensoria Pública: o novo enfoque do acesso à justiça na LC 132/09**. In Uma Nova Defensoria Pública pede Passagem – Reflexões sobre a Lei Complementar 132/09. Editora Lumen Juris, 2011.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para o tratamento adequado dos conflitos de interesses**. In PELUSO, Cezar, e RICHA, Morgana de Almeida. Conciliação e Mediação, Estruturação da Política Judiciária Nacional, Editora Forense, 2011.

Anexos

Anexo 1. Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça

RESOLUÇÃO Nº 125, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2010

Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,

CONSIDERANDO que compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República;

CONSIDERANDO que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução/CNJ nº 70, de 18 de março de 2009;

CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa;

CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;

CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;

CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação 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;

CONSIDERANDO ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais;

CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça;

CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria;

CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na sua 117ª Sessão Ordinária, realizada em de 23 de 2010, nos autos do procedimento do Ato 0006059-82.2010.2.00.0000;

RESOLVE:

CAPÍTULO I

DA POLÍTICA PÚBLICA DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSES

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses.

Art. 2º Na implementação da política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

I - centralização das estruturas judiciárias;

II - adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores;

III - acompanhamento estatístico específico.

Art. 3º O CNJ auxiliará os tribunais na organização dos serviços mencionados no art. 1º, podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas.

CAPÍTULO II

DAS ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Art. 4º Compete ao Conselho Nacional de Justiça organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

Art. 5º O programa será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino.

Art. 6º Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ: (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

I - estabelecer diretrizes para implementação da política pública de tratamento adequado de conflitos a serem observadas pelos Tribunais;

II - desenvolver conteúdo programático mínimo e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos, para magistrados da Justiça Estadual e da Justiça Federal, servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias, ressalvada a competência da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM;

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, bem como que, nas Escolas de 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, públicas e privadas, bem como junto 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 e grandes litigantes de modo a estimular a autocomposição.

CAPÍTULO III

DAS ATRIBUIÇÕES DOS TRIBUNAIS

Seção I

DOS NÚCLEOS PERMANENTES DE MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Art. 7º Os Tribunais deverão criar, no prazo de 60 (sessenta) dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

I - desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estabelecida nesta Resolução;

II - planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas;

III - atuar na interlocução com outros Tribunais e com os órgãos integrantes da rede mencionada nos arts. 5º e 6º;

IV - instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos;

V - incentivar ou promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos;

VI - propor ao Tribunal a realização de convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins desta Resolução.

§ 1º A criação dos Núcleos e sua composição deverão ser informadas ao Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º Os Núcleos poderão estimular programas de mediação comunitária, desde que esses centros comunitários não se confundam com os Centros de conciliação e mediação judicial, previstos no Capítulo III, Seção II.

§ 3º Nos termos do art. 73 da Lei nº 9.099/95 e dos arts. 112 e 116 da Lei nº 8.069/90, os Núcleos poderão centralizar e estimular programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas e a participação do titular da ação penal em todos os atos.

§ 4º Na hipótese de conciliadores e mediadores que atuem em seus serviços, os Tribunais deverão criar e manter cadastro, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento desses facilitadores.

Seção II

DOS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA

Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ("Centros"), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

§ 1º As sessões de conciliação e mediação pré-processuais deverão ser realizadas nos Centros, podendo, excepcionalmente, serem realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados pelo Tribunal (inciso VI do art. 7º) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (art. 9º).

§ 2º Os Centros poderão ser instalados nos locais onde exista mais de uma unidade jurisdicional com pelo menos uma das competências referidas no caput e, obrigatoriamente, serão instalados a partir de 5 (cinco) unidades jurisdicionais.

§ 3º Nas Comarcas das Capitais dos Estados e nas sedes das Seções e Regiões Judiciárias, bem como nas Comarcas do interior, Subseções e Regiões Judiciárias de maior movimento forense, o prazo para a instalação dos Centros será de 4 (quatro) meses a contar do início de vigência desta Resolução.

§ 4º Nas demais Comarcas, Subseções e Regiões Judiciárias, o prazo para a instalação dos Centros será de 12 (doze) meses a contar do início de vigência deste ato.

§ 5º Os Tribunais poderão, excepcionalmente, estender os serviços do Centro a unidades ou órgãos situados em locais diversos, desde que próximos daqueles referidos no § 2º, e instalar

Centros nos chamados Foros Regionais, nos quais funcionem 2 (dois) ou mais Juízos, Juizados ou Varas, observada a organização judiciária local.

§ 6º Os Centros poderão ser organizados por áreas temáticas, como centros de conciliação de juizados especiais, família, precatórios e empresarial, dentre outros, juntamente com serviços de cidadania.

§ 7º O coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania poderá solicitar feitos de outras unidades judiciais com o intuito de organizar pautas concentradas ou mutirões, podendo, para tanto, fixar prazo.

§ 8º Para efeito de estatística de produtividade, as sentenças homologatórias prolatadas em razão da solicitação estabelecida no parágrafo anterior reverterão ao juízo de origem, e as sentenças decorrentes da atuação pré-processual ao coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania.

Art. 9º Os Centros contarão com um juiz coordenador e, se necessário, com um adjunto, aos quais caberão a sua administração e a homologação de acordos, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores. Os magistrados da Justiça Estadual e da Justiça Federal serão designados pelo Presidente de cada Tribunal dentre aqueles que realizaram treinamento segundo o modelo estabelecido pelo CNJ, conforme Anexo I desta Resolução. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

§ 1º Caso o Centro atenda a grande número de Juízos, Juizados ou Varas, o respectivo juiz coordenador poderá ficar designado exclusivamente para sua administração.

§ 2º Os Tribunais deverão assegurar que nos Centros atuem servidores com dedicação exclusiva, todos capacitados em métodos consensuais de solução de conflitos e, pelo menos, um deles capacitado também para a triagem e encaminhamento adequado de casos.

§ 3º O treinamento dos servidores referidos no parágrafo anterior deverá observar as diretrizes estabelecidas pelo CNJ conforme Anexo I desta Resolução.

Art. 10. Os Centros deverão obrigatoriamente abranger setor de solução pré-processual de conflitos, setor de solução processual de conflitos e setor de cidadania. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

Art. 11. Nos Centros poderão atuar membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores e/ou advogados.

Seção III

DOS CONCILIADORES E MEDIADORES

Art. 12. Nos Centros, bem como todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

§ 1º Os Tribunais que já realizaram a capacitação referida no caput poderão dispensar os atuais mediadores e conciliadores da exigência do certificado de conclusão do curso de capacitação, mas deverão disponibilizar cursos de treinamento e aperfeiçoamento, na forma do Anexo I, como condição prévia de atuação nos Centros.

§ 2º Todos os conciliadores, mediadores e outros especialistas em métodos consensuais de solução de conflitos deverão submeter-se a reciclagem permanente e à avaliação do usuário.

§ 3º Os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores deverão observar o conteúdo programático, com número de exercícios simulados e carga horária mínimos estabelecidos pelo CNJ (Anexo I) e deverão ser seguidos necessariamente de estágio supervisionado.

§ 4º Os mediadores, conciliadores e demais facilitadores do entendimento entre as partes ficarão sujeitos ao código de ética estabelecido pelo Conselho (Anexo II).

Seção IV

DOS DADOS ESTATÍSTICOS

Art. 13. Os Tribunais deverão criar e manter banco de dados sobre as atividades de cada Centro, com as informações constantes do Portal da Conciliação. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

Art. 14. Caberá ao CNJ compilar informações sobre os serviços públicos de solução consensual das controvérsias existentes no país e sobre o desempenho de cada um deles, por meio do DPJ, mantendo permanentemente atualizado o banco de dados.

CAPÍTULO IV

DO PORTAL DA CONCILIAÇÃO

Art. 15. Fica criado o Portal da Conciliação, a ser disponibilizado no sítio do CNJ na rede mundial de computadores, com as seguintes funcionalidades, entre outras: (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

I - publicação das diretrizes da capacitação de conciliadores e mediadores e de seu código de ética;

II - relatório gerencial do programa, por Tribunal, detalhado por unidade judicial e por Centro;

III - compartilhamento de boas práticas, projetos, ações, artigos, pesquisas e outros estudos;

IV - fórum permanente de discussão, facultada a participação da sociedade civil;

V - divulgação de notícias relacionadas ao tema;

VI - relatórios de atividades da "Semana da Conciliação".

Parágrafo único. A implementação do Portal será gradativa, observadas as possibilidades técnicas, sob a responsabilidade do CNJ.

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 16. O disposto na presente Resolução não prejudica a continuidade de programas similares já em funcionamento, cabendo aos Tribunais, se necessário, adaptá-los aos termos deste ato. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

Parágrafo único. Em relação aos Núcleos e Centros, os Tribunais poderão utilizar siglas e denominações distintas das referidas nesta Resolução, desde que mantidas as suas atribuições previstas no Capítulo III.

Art. 17. Compete à Presidência do Conselho Nacional de Justiça, com o apoio da Comissão de Acesso ao Sistema de Justiça e Responsabilidade Social, coordenar as atividades da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, cabendo-lhe instituir, regulamentar e presidir o Comitê Gestor da Conciliação, que será responsável pela implementação e acompanhamento das medidas previstas neste ato.

Art. 18. Os Anexos integram esta Resolução e possuem caráter vinculante. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

Art. 19. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro CEZAR PELUSO

Anexo 2. Projeto de Lei sobre Mediação – PLS 517/2011

TEXTO FINAL

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 517, DE 2011

Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição 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 n.º 9.469, de 10 de julho de 1997.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio alternativo de solução de controvérsias entre particulares e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

§ 1º Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

§ 2º Aplica-se a mediação para a resolução consensual de conflitos envolvendo pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado, nos termos do que dispõe o Capítulo I desta Lei.

§ 3º A composição de conflito em que ao menos uma parte é pessoa jurídica de direito público seguirá o regramento estabelecido no Capítulo II desta Lei.

CAPÍTULO I

DA MEDIAÇÃO

Seção I

Disposições Gerais

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.

Parágrafo único. Ninguém será obrigado a submeter-se a procedimento de mediação.

Art. 3º Somente pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre matéria que admita transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º Os acordos envolvendo direitos indisponíveis e transigíveis devem ser homologados em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público quando houver interesse de incapazes.

§ 3º Não se submete à mediação o conflito em que se discute:

I – filiação, adoção, poder familiar ou invalidade de matrimônio;

II – interdição;

III – recuperação judicial ou falência.

Seção II

Dos Mediadores

Subseção I

Disposições Comuns

Art. 4º O mediador será escolhido pelas partes ou, se for indicado, deverá ser por elas aceito.

§ 1º O mediador conduzirá o processo de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito por acordo.

§ 2º No desempenho de sua função, o mediador procederá com imparcialidade, independência, diligência e discrição.

Art. 5º Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz.

Art. 6º O mediador ficará impedido de assessorar, representar ou patrocinar qualquer parte que tenha se submetido a mediação por ele conduzida nos 2 (dois) anos anteriores.

Art. 7º Salvo acordo em sentido contrário, o mediador não poderá atuar como árbitro, nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador.

Art. 8º O mediador e todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidor público, para os efeitos da legislação penal.

Subseção II

Dos Mediadores Extrajudiciais

Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes e que se considere capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, ou associação, ou nele inscrever-se.

Subseção III

Dos Mediadores Judiciais

Art. 10. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos 2 (dois) anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou entidade de formação de mediadores, reconhecida pelo Conselho Nacional de Justiça ou pela Escola Nacional de Mediação e Conciliação do Ministério da Justiça.

§ 1º Os tribunais manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial.

§ 2º A inscrição no cadastro de mediadores judiciais será requerida pelo interessado ao tribunal com jurisdição na área em que pretenda exercer a mediação.

§ 3º Será compulsoriamente excluído do cadastro o mediador que:

I – violar os princípios previstos nesta Lei;

II – sendo impedido ou suspeito, atuar em procedimento de mediação;

III – for condenado definitivamente em decorrência de ação penal ou de improbidade administrativa.

§ 4º Nos casos dos incisos I e II do § 3º, o procedimento disciplinar para a exclusão do cadastro de mediadores será processado e julgado perante o tribunal sob cuja jurisdição houver ocorrido a infração, assegurado o direito ao contraditório.

§ 5º O tribunal deverá informar o nome dos mediadores que forem excluídos de seu cadastro ao Conselho Nacional de Justiça, que encaminhará tal informação aos demais tribunais, para que procedam à imediata exclusão, sem necessidade de procedimento disciplinar.

§ 6º O mediador que for excluído compulsoriamente do cadastro de mediadores de um tribunal não será mais admitido em nenhum outro.

Art. 11. A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e será custeada pelas partes.

Parágrafo único. A gratuidade em relação à parte que alega ser juridicamente pobre dependerá da aceitação do mediador.

Seção III

Do Procedimento de Mediação

Subseção I

Disposições Comuns

Art. 12. A pessoa designada para funcionar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

Art. 13. No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento.

Art. 14. A requerimento das partes ou do mediador, com anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito.

Art. 15. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se a mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

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

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

Art. 16. As partes poderão ser assistidas por advogados.

Parágrafo único. Se apenas 1 (uma) das partes estiver assistida por profissional da advocacia, as outras poderão solicitar a nomeação de defensor ad hoc.

Art. 17. Considera-se instituída a mediação na data em que for firmado seu termo inicial.

§ 1º Constarão do termo inicial de mediação:

I – a qualificação das partes e dos seus procuradores, quando houver;

II – o nome, a profissão e o domicílio do mediador ou dos mediadores e, ainda, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de mediadores;

III – a descrição do conflito submetido à mediação;

IV – a discriminação da responsabilidade pelo pagamento das despesas com a mediação e dos honorários do mediador, independentemente de se chegar a um consenso;

V – o local, a data e as assinaturas do mediador, das partes e dos seus procuradores, quando houver.

§ 2º As partes poderão incluir no termo inicial de mediação outras matérias que entendam relevantes, inclusive os limites do dever de confidencialidade aplicável a todos os envolvidos no procedimento, signatários do termo inicial de mediação.

§ 3º Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional a partir da data da assinatura do termo inicial.

Art. 18. Instituída a mediação, as reuniões posteriores com a presença das partes somente poderão ser marcadas com a sua anuência.

Art. 19. No desempenho da sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, ouvir terceiros e solicitar das partes as informações que entender necessárias para o esclarecimento dos fatos e para facilitar o entendimento entre as partes.

Art. 20. O procedimento de mediação será encerrado lavrando-se seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

§ 1º O termo final de mediação conterá:

I – a qualificação das partes e dos seus procuradores e prepostos, quando houver;

II – o resumo do conflito;

III – a descrição do acordo, com os direitos e obrigações de cada parte, ou a declaração ou manifestação de não ser mais possível a obtenção de solução consensual;

IV – o local, a data, a assinatura do mediador e, caso tenha sido celebrado acordo, as assinaturas das partes e dos seus procuradores, quando houver.

§ 2º O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

Subseção II

Da Mediação Extrajudicial

Art. 21. O convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação.

Parágrafo único. O convite formulado por uma parte a outra considerar-se-á rejeitado se não for respondido no prazo estipulado em contrato ou, na falta deste, em até 30 (trinta) dias da data de seu recebimento.

Art. 22. Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao mediador discipliná-lo tendo em conta as circunstâncias do caso, os interesses expressados pelas partes e a necessidade de uma solução expedita para o conflito.

Art. 23. Se, no termo inicial 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 de direito.

Subseção III

Da Mediação Judicial

Art. 24. Na mediação judicial, os mediadores serão designados por distribuição e submetidos à aceitação das partes.

Art. 25. Se o juiz, ao receber a petição inicial, verificar que a controvérsia é passível de solução pela via da mediação, encaminhará o processo ao mediador judicial, designado por distribuição, salvo se a petição estiver acompanhada de declaração em que o autor expresse recusa ao procedimento.

§ 1º Ao receber os autos, o mediador instará as partes, por qualquer meio de comunicação, a manifestarem-se no prazo de 15 (quinze) dias acerca de sua disposição para submeter-se ao procedimento e de sua aceitação ao mediador designado.

§ 2º Não havendo resposta de qualquer das partes, considerar-se-á rejeitado o procedimento de mediação, sem ônus, devendo o mediador devolver os autos imediatamente ao juiz, para que este dê seguimento ao processo.

§ 3º Decidindo as partes submeterem-se ao procedimento de mediação e restando aceito o mediador, este designará a sessão inicial de mediação, em dia e hora previamente acordados, respeitado o prazo de 30 (trinta) dias.

§ 4º Acatado o procedimento, mas recusado o mediador, este imediatamente comunicará a recusa ao cartório ou secretaria judicial, que procederá à redistribuição dos autos a outro mediador.

Art. 26. O procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até 60 (sessenta) dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação.

§ 1º Concluída a mediação sem a celebração de acordo, os termos inicial e final da mediação serão encaminhados ao juiz, que dará seguimento ao processo.

§ 2º Se houver acordo, os autos serão encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento da petição inicial e, desde que requerido pelas partes, homologará, por sentença irrecorrível, o termo final da mediação.

Art. 27. Solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais.

Seção IV

Da Confidencialidade e suas Exceções

Art. 28. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial, salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para o cumprimento do acordo obtido pela mediação.

§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando:

- I – declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito;
- II – reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;
- III – manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;
- IV – documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

§ 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.

§ 3º Não estará abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

Art. 29. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.

CAPÍTULO II

DA COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM QUE FOR PARTE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

Seção I

Disposições Comuns

Art. 30. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, com competência para:

- I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública;
- II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

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

§ 1º O modo de composição e o funcionamento das câmaras de que trata o caput serão estabelecidos em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e, exceto no caso do inciso I, constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo ou que possam acarretar onerosidade excessiva para a Administração Pública.

§ 5º Não se aplica o disposto nos incisos II e III do caput às controvérsias jurídicas em matéria tributária.

Art. 31. A instauração de procedimento administrativo para resolução consensual de conflito no âmbito da Administração Pública suspende a prescrição.

§ 1º Considera-se instaurado o procedimento quando o órgão ou entidade pública emitir juízo positivo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data da formalização do pedido de resolução consensual do conflito.

§ 2º Em se tratando de matéria tributária, a suspensão da prescrição deverá observar o disposto na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).

Seção II

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

Art. 32. A solução de controvérsias jurídicas que envolvam a Administração Pública Federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 33. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a Administração Pública Federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar a composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§ 1º Na hipótese do caput, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação.

§ 2º Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União solicitará ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para a quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.

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

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

Art. 34. É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais submeter seus litígios com órgãos ou entidades da Administração Pública Federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

Art. 35. Nos casos em que a controvérsia jurídica seja relativa a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União:

I – não se aplicam as disposições dos incisos II e III do caput do art. 30;

II – as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços não poderão exercer a faculdade prevista no art. 34;

III – quando forem partes as pessoas a que alude o caput do art. 33:

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

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

Art. 36. A propositura de ação judicial em que figurem nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a Administração Pública Federal deverá ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União.

Parágrafo único. A competência de que trata o caput poderá ser delegada.

Art. 37. Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

CAPÍTULO III

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 38. 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.

Art. 39. Os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.

§ 1º Poderão ser criadas câmaras especializadas, compostas por servidores públicos ou empregados públicos efetivos, com o objetivo de analisar e formular propostas de acordos ou transações.

§ 2º Regulamento disporá sobre a forma de composição das câmaras de que trata o § 1º, que deverão ter como integrante pelo menos 1 (um) membro efetivo da Advocacia-Geral da União ou, no caso das empresas públicas, de 1 (um) assistente jurídico ou ocupante de função equivalente.

§ 3º Quando o litígio envolver valores superiores aos fixados em regulamento, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização dos dirigentes de que trata o caput.

§ 4º Na transação ou acordo celebrado diretamente pela parte ou por intermédio de procurador para extinguir ou encerrar processo judicial, inclusive nos casos de extensão administrativa de pagamentos postulados em juízo, as partes poderão definir a responsabilidade de cada uma pelo pagamento dos honorários de seus respectivos advogados.” (NR)

“Art. 2º O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil e os dirigentes das empresas públicas federais mencionados no caput

do art. 1º poderão autorizar, diretamente ou mediante delegação, a realização de acordos para prevenir ou terminar, judicial ou extrajudicialmente, litígio que envolver valores inferiores aos fixados em regulamento.

§ 1º No caso das empresas públicas federais, a delegação é restrita a órgão colegiado formalmente constituído composto por pelo menos 1 (um) dirigente estatutário.

§ 2º O acordo de que trata o caput poderá consistir no pagamento do débito em parcelas mensais e sucessivas, até o máximo de 60 (sessenta).

§ 3º O valor de cada prestação mensal, por ocasião do pagamento, será acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do mês subsequente ao da consolidação até o mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

§ 4º Inadimplida qualquer parcela, após 30 (trinta) dias, instaurar-se-á o processo de execução ou nele prosseguir-se-á, pelo saldo.” (NR)

Art. 40. O Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, passa a vigorar acrescido do seguinte dispositivo:

“Art. 14-A. No caso de determinação e exigência de créditos tributários da União cujo sujeito passivo seja órgão ou entidade de direito público da Administração Pública Federal, a submissão do litígio à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União é considerada reclamação, para fins do disposto no art. 151, III, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).”

Art. 41. Aplica-se esta Lei, no que couber, a outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias, escolares, penais, trabalhistas, bem como àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais.

Art. 42. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação a distância, desde que as partes estejam de acordo.

Parágrafo único. É facultado à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação segundo as regras estabelecidas nesta Lei.

Art. 43. Revoga-se o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

Art. 44. Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.

Anexo 3. Quadro comparativo entre os projetos de reforma do Código de Processo Civil, da lavra do Professor Doutor Francisco José Cahali

Tabela comparativa do Novo Código de Processo Civil

PLS 166/2010 e PLC 8.406/2010

CONCILIAÇÃO e MEDIAÇÃO

Projeto aprovado pelo Senado	Projeto aprovado pela Câmara
<p>Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitrais, na forma da lei.</p>	<p>Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.</p>
<p>Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelos órgãos jurisdicionais nos limites de sua competência, ressalvada às partes a faculdade de instituir juízo arbitral, na forma da lei.</p>	<p>Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo órgão jurisdicional nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.</p>
<p>Art. 69. Os pedidos de cooperação jurisdicional devem ser prontamente atendidos, prescindem de forma específica e podem ser executados como: I – auxílio direto; II – reunião ou apensamento de processo; III – prestação de informações; IV – atos concertados entre os juízes cooperantes; § 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código. § 2º A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos da citação por</p>	<p>Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como: I – auxílio direto; II – reunião ou apensamento de processos; III – prestação de informações; IV – atos concertados entre os juízes cooperantes; § 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código. § 2º Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além</p>

<p>mandado e será instituída com a convenção de arbitragem, a prova da nomeação do árbitro e a prova da aceitação da função pelo árbitro.</p>	<p>de outros, no estabelecimento de procedimento para:</p> <p>I – a prática de citação, intimação ou notificação de ato;</p> <p>II – a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos;</p> <p>III – a efetivação de tutela antecipada;</p> <p>IV – a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas;</p> <p>V – facilitar a habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial;</p> <p>VI – a centralização de processos repetitivos;</p> <p>VII – a execução de decisão jurisdicional.</p> <p>§ 3º O pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário.</p>
<p>Art. 144. Cada tribunal pode criar setor de conciliação e mediação ou programas destinados a estimular a autocomposição.</p> <p>§ 1º A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade.</p> <p>§ 2º A confidencialidade se estende a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.</p> <p>§ 3º Em virtude do dever de sigilo, inerente à sua função, o conciliador e o mediador e sua equipe não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.</p>	<p>Art. 166. 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.</p> <p>§ 1º A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.</p> <p>§ 2º Em casos excepcionais, as audiências ou sessões de conciliação e mediação poderão realizar-se nos próprios juízos, desde que conduzidas por conciliadores e mediadores.</p> <p>§ 3º 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.</p> <p>§ 4º 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</p>

	<p>restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.</p> <p>Art. 167. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da normalização do conflito, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 3º A aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição, não ofende o dever de imparcialidade.</p> <p>§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.</p>
<p>Art. 145. A realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.</p> <p>§ 1º O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.</p> <p>§ 2º O mediador auxiliará as pessoas interessadas a compreenderem as questões e os interesses envolvidos no conflito e posteriormente identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.</p>	<p>V. art 166, caput, §§ 3º e 4º, do Projeto aprovado na Câmara.</p>
<p>Art. 146. O conciliador ou o mediador poderá ser escolhido pelas</p>	<p>Art. 169. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o</p>

<p>partes de comum acordo, observada a legislação pertinente.</p> <p>Parágrafo único. Não havendo acordo, haverá distribuição a conciliador ou o mediador entre aqueles inscritos no registro do tribunal, observada a respectiva formação.</p>	<p>mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.</p> <p>§ 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado junto ao tribunal.</p> <p>§ 2º Inexistindo acordo na escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.</p> <p>§ 3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.</p>
<p>Art. 147. Os tribunais manterão um registro de conciliadores e mediadores, que conterà o cadastro atualizado de todos os habilitados por área profissional.</p> <p>§ 1º Preenchendo os requisitos exigidos pelo tribunal, entre os quais, necessariamente, a capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, o conciliador ou o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no registro do tribunal.</p> <p>§ 2º Efetivado o registro, caberá ao tribunal remeter ao diretor do foro da comarca ou da seção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que o nome deste passe a constar do rol da respectiva lista, para efeito de distribuição alternada e aleatória, obedecendo-se rigorosa igualdade.</p> <p>§ 3º Do registro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou o insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como quaisquer outros dados que o tribunal julgar relevantes.</p> <p>§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e fins estatísticos, bem como para o fim de avaliação da conciliação, da mediação, dos conciliadores e dos mediadores.</p> <p>§ 5º Os conciliadores e mediadores</p>	<p>Art. 168. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.</p> <p>§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.</p> <p>§ 2º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, para efeito de distribuição alternada e aleatória, observado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.</p> <p>§ 3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que</p>

<p>cadastrados na forma do caput, se inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, estão impedidos de exercer a advocacia nos limites da competência do respectivo tribunal e de integrar escritório de advocacia que o faça.</p>	<p>o tribunal julgar relevantes.</p> <p>§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e fins estatísticos, e para o fim de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores.</p> <p>§ 5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que exerçam suas funções.</p> <p>§ 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.</p>
<p>Art. 148. Será excluído do registro de conciliadores e mediadores aquele que:</p> <p>I - tiver sua exclusão motivadamente solicitada por qualquer órgão julgador do tribunal;</p> <p>II- agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade;</p> <p>III- violar os deveres de confidencialidade e neutralidade;</p> <p>IV- atuar em procedimento de mediação, apesar de impedido.</p> <p>§ 1º Os casos previstos no caput serão apurados em regular processo administrativo.</p> <p>§ 2º O juiz da causa, verificando atuação inadequada do conciliador ou do mediador, poderá afastá-lo motivadamente de suas atividades no processo, informando ao tribunal, para instauração do respectivo processo administrativo.</p>	<p>Art. 174. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que:</p> <p>I - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade, ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 167, §§ 1º e 2º;</p> <p>II - atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito.</p> <p>§ 1º Os casos previstos neste artigo serão apurados em processo administrativo.</p> <p>§ 2º O juiz da causa ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até cento e oitenta dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.</p>
<p>Art. 149. No caso de impedimento, o conciliador ou o mediador devolverá os autos ao juiz, que realizará nova distribuição; se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com o</p>	<p>Art. 171. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz da causa, ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos e cidadania, devendo este realizar nova</p>

<p>relatório do ocorrido e a solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.</p>	<p>distribuição. Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.</p>
<p>Art. 150. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou o mediador informará o fato ao tribunal para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições.</p>	<p>Art. 172. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou mediador informará o fato ao centro, preferencialmente por meio eletrônico, para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições.</p>
<p>Art. 151. O conciliador ou o mediador fica impedido, pelo prazo de um ano contado a partir do término do procedimento, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer dos litigantes.</p>	<p>Art. 173. O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.</p>
<p>Art. 152. O conciliador e o mediador perceberão por seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.</p>	<p>Art. 170. Ressalvada a hipótese do art. 168, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. § 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal. § 2º Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que haja sido deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.</p>
<p>Art. 153. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes.</p>	<p>Art. 176. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica. Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.</p>
<p>Art. 188. Suspende-se o curso do</p>	<p>Art. 221. Suspende-se o curso do</p>

<p>prazo por obstáculo criado pela parte ou ocorrendo qualquer das hipóteses do art. 288, inciso I, casos em que o prazo será restituído por tempo igual ao que faltava para a sua complementação.</p>	<p>prazo por obstáculo criado em detrimento da parte ou ocorrendo qualquer das hipóteses do art. 314, inciso I, devendo o prazo ser restituído por tempo igual ao que faltava para sua complementação.</p> <p>Parágrafo único. Os prazos se suspendem durante a execução de programa instituído pelo Poder Judiciário para promover a conciliação, incumbindo aos tribunais especificar, com antecedência, a duração dos trabalhos.</p>
<p>Art. 219. O mandado que o oficial de justiça tiver de cumprir conterá:</p> <p>I – os nomes do autor e do réu, bem como os respectivos domicílios ou residências;</p> <p>II – o fim da citação, com todas as especificações constantes da petição inicial, bem como a menção do prazo para contestação, a ser apresentada sob pena de revelia;</p> <p>III – a cominação, se houver;</p> <p>IV – se for o caso, a intimação do réu para o comparecimento, com a presença de advogado ou defensor público, à audiência de conciliação;</p> <p>V – a menção do dia, a hora e o lugar do comparecimento;</p> <p>VI – a cópia da petição inicial, do despacho ou da decisão que deferir tutela de urgência ou da evidência;</p> <p>VII – a assinatura do escrivão e a declaração de que o subscreve por ordem do juiz.</p>	<p>Art. 250. O mandado que o oficial de justiça tiver de cumprir conterá:</p> <p>I – os nomes do autor e do citando, e seus respectivos domicílios ou residências;</p> <p>II – o fim da citação, com todas as especificações constantes da petição inicial, bem como a menção do prazo para contestar, sob pena de revelia, ou para embargar a execução;</p> <p>III – a aplicação de sanção para o caso de descumprimento da ordem, se houver;</p> <p>IV – se for o caso, a intimação do citando para comparecer, acompanhado de advogado ou de defensor público, à audiência de conciliação ou de mediação, com a menção do dia, da hora e do lugar do comparecimento;</p> <p>V – a cópia da petição inicial, do despacho ou da decisão que deferir tutela antecipada;</p> <p>VI – a assinatura do escrivão ou do chefe de secretaria e a declaração de que o subscreve por ordem do juiz.</p>
<p>CAPÍTULO V Da audiência de conciliação</p> <p>Art. 323. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de trinta dias.</p> <p>§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação, observando o previsto nos artigos 144 e 145, bem como as disposições da lei de organização judiciária.</p>	<p>CAPÍTULO V Da audiência de conciliação ou de mediação</p> <p>Art. 335. 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 trinta dias, devendo ser citado o réu com pelo menos vinte dias de antecedência.</p> <p>§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação,</p>

<p>§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à mediação e à conciliação, não excedentes a sessenta dias da primeira, desde que necessárias à composição das partes.</p> <p>§ 3º As pautas de audiências de conciliação, que respeitarão o intervalo mínimo de vinte minutos entre um e outro ato, serão organizadas separadamente das de instrução e julgamento e com prioridade em relação a estas.</p> <p>§ 4º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.</p> <p>§ 5º A audiência não será realizada se uma das partes manifestar, com dez dias de antecedência, desinteresse na composição amigável. A parte contrária será imediatamente intimada do cancelamento do ato.</p> <p>§ 6º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento do valor da causa ou da vantagem econômica objetivada, revertida em favor da União ou do Estado.</p> <p>§ 7º As partes deverão se fazer acompanhar de seus advogados ou defensores públicos.</p> <p>§ 8º A parte poderá fazer-se representar por preposto, devidamente credenciado, com poderes para transigir.</p> <p>§ 9º Obtida a transação, será reduzida a termo e homologada por sentença.</p>	<p>observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.</p> <p>§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não excedentes a dois meses da primeira, desde que necessárias à composição das partes.</p> <p>§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.</p> <p>§ 4º A audiência não será realizada:</p> <p>I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;</p> <p>II – no processo em que não se admita a autocomposição.</p> <p>§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu, por petição, apresentada com dez dias de antecedência, contados da data da audiência. § 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.</p> <p>§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meios eletrônicos, nos termos da lei.</p> <p>§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à 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.</p> <p>§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.</p> <p>§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.</p> <p>§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.</p> <p>§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de vinte minutos entre o início de</p>
---	---

<p style="text-align: center;">CAPÍTULO VI DA CONTESTAÇÃO</p> <p>Art. 324. O réu poderá oferecer contestação por petição, no prazo de quinze dias contados da audiência de conciliação ou da última sessão de conciliação ou mediação.</p> <p>§ 1º Não havendo designação de audiência de conciliação, o prazo da contestação observará o disposto no art. 249.</p> <p>§ 2º Sendo a audiência de conciliação dispensada, o prazo para contestação será computado a partir da intimação da decisão respectiva.</p>	<p>uma e o início da seguinte.</p> <p style="text-align: center;">CAPÍTULO VI DA CONTESTAÇÃO</p> <p>Art. 336. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de quinze dias, cujo termo inicial será a data:</p> <p>I – da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;</p> <p>II – do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 335, § 4º, inciso I;</p> <p>III – prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos.</p> <p>§ 1º No caso de litisconsórcio passivo, ocorrendo a hipótese do art. 335, § 6º, o termo inicial previsto no inciso II será, para cada um dos réus, a data de apresentação de seu respectivo pedido de cancelamento da audiência.</p> <p>§ 2º Quando ocorrer a hipótese do art. 335, § 4º, inciso II, e havendo litisconsórcio passivo, o autor desistir da ação em relação a réu ainda não citado, o prazo para resposta correrá da data de intimação do despacho que homologar a desistência.</p>
<p style="text-align: center;">CAPÍTULO X</p> <p>Da audiência de instrução e julgamento</p> <p>Art. 344. No dia e na hora designados, o juiz declarará aberta a audiência e mandará apregoar as partes e os respectivos advogados, bem como outras pessoas que dela devam participar.</p> <p>Parágrafo único. Logo após a instalação da audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente de ter ocorrido ou não tentativa anterior.</p>	<p style="text-align: center;">CAPÍTULO X</p> <p>Da audiência de instrução e julgamento</p> <p>Art. 365. No dia e na hora designados, o juiz declarará aberta a audiência e mandará apregoar as partes e os respectivos advogados, bem como outras pessoas que dela devam participar.</p> <p>Art. 366. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, sem prejuízo do emprego de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.</p>
<p style="text-align: center;">Seção II</p> <p>Da Produção Antecipada de Provas</p> <p>Art. 367. A produção antecipada da prova, que poderá consistir em interrogatório da parte, inquirição de</p>	<p style="text-align: center;">Seção II</p> <p>Da Produção Antecipada da Prova</p> <p>Art. 388. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:</p> <p>I – haja fundado receio de que venha</p>

<p>testemunhas e exame pericial, será admitida nos casos em que:</p> <p>I – haja fundado receio de que venha a tomar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;</p> <p>II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a tentativa de conciliação;</p> <p>III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.</p> <p>Parágrafo único. O arrolamento de bens, quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão, observará o disposto neste Capítulo.</p>	<p>a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;</p> <p>II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar tentativa de autocomposição ou de outro meio adequado de solução de conflito;</p> <p>III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.</p> <p>§ 1º O arrolamento de bens observará o disposto nesta seção quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão.</p> <p>§ 2º A produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu.</p> <p>§ 3º A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta.</p> <p>§ 4º O juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, entidade autárquica ou empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal.</p> <p>§ 5º Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção.</p>
<p>Art. 502. Além da sentença condenatória, serão também objeto de cumprimento, de acordo com os artigos previstos neste Título:</p> <p>I – as sentenças proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa;</p> <p>II – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;</p> <p>III – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente;</p> <p>IV – o formal e a certidão de</p>	<p>Art. 529. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:</p> <p>I – as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa;</p> <p>II – a decisão homologatória de autocomposição judicial;</p> <p>III – a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;</p> <p>IV – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao</p>

<p>partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal;</p> <p>V – o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, tradutor e leiloeiro, quando as custas, os emolumentos ou os honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial;</p> <p>VI – a sentença penal condenatória transitada em julgado;</p> <p>VII – a sentença arbitral;</p> <p>VIII – a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.</p> <p>Parágrafo único. Nos casos dos incisos VI a VIII, o devedor será citado no juízo cível para o cumprimento da sentença no prazo de quinze dias.</p>	<p>inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal;</p> <p>V – o crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial;</p> <p>VI – a sentença penal condenatória transitada em julgado;</p> <p>VII – a sentença arbitral;</p> <p>VIII – a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;</p> <p>IX – a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do exequatur à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça.</p> <p>X – o acórdão proferido pelo tribunal marítimo quando do julgamento de acidentes e fatos da navegação.</p> <p>§ 1º Nos casos dos incisos VI a X, o devedor será citado no juízo cível para o cumprimento da sentença ou para a liquidação no prazo de quinze dias.</p> <p>§ 2º A autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo.</p>
<p>Sem correspondência.</p>	<p>Art. 341. Havendo alegação de incompetência relativa, a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico.</p> <p>§ 1º A contestação será submetida a livre distribuição ou, se o réu houver sido citado por meio de carta precatória, juntada aos autos dessa carta, seguindo-se a sua imediata remessa para o juízo da causa.</p> <p>§ 2º Reconhecida a competência do foro indicado pelo réu, o juízo para o qual fora distribuída a contestação ou a carta precatória será considerado prevento.</p> <p>§ 3º Alegada a incompetência nos termos do caput, será suspensa a realização da audiência de conciliação ou de mediação, se tiver sido designada.</p> <p>§ 4º Definida a competência, o juízo competente designará nova data para a</p>

	audiência de conciliação ou de mediação.
Sem correspondência	Art. 709. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.
Sem correspondência	Art. 710. Recebida a petição inicial, e tomadas as providências referentes à tutela antecipada, se for o caso, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 709. § 1º O mandado de citação conterà apenas os dados necessários à audiência e deve estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo. § 2º A citação ocorrerá com antecedência mínima de quinze dias da data designada para a audiência. § 3º A citação será feita na pessoa do réu, preferencialmente por via postal. § 4º As partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou defensores públicos na audiência.
Sem correspondência	Art. 711. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.
Sem correspondência	Art. 712. Frustrada a conciliação, o juiz intimará o réu na audiência, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, para que ofereça contestação, entregando-lhe cópia da petição inicial, passando a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o art. 336. Parágrafo único. Ausente o réu, a intimação far-se-á por via postal ou por edital, se for o caso.