

Universidade Metodista de Piracicaba
Faculdade de Direito
Curso de Mestrado em Direito

LUIZ FERNANDO VALLIM DE CASTRO

**A MEDIAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL NA
SOLUÇÃO DE CONFLITOS.**

Piracicaba, SP

2017

LUIZ FERNANDO VALLIM DE CASTRO

**A MEDIAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL NA
SOLUÇÃO DE CONFLITOS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação (Mestrado em Direito) da Universidade Metodista de Piracicaba, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor José Luiz Gavião de Almeida.

Núcleo de Pesquisa: Estudos de Direitos Fundamentais e da Cidadania

Piracicaba, SP

2017

Autor: Luiz Fernando Vallim de Castro

Título: A mediação como um direito fundamental na solução de conflitos.

BANCA EXAMINADORA

28/04/2017

Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida
Orientador/Presidente

Prof. Dr. Alessandro Jacomini
Membro

Prof. Dr. Gustavo Henrique de Oliveira
Membro

AGRADECIMENTOS

A conclusão desse trabalho somente foi possível graças às bênçãos de **DEUS**, pois a fé que Nele tenho é o que me incentiva a viver, diante de tantas provações a que minha família foi submetida; Ele permitiu que eu estivesse lúcido, consciente e feliz ao chegar próximo da finalização deste curso que tanto me complementou, mas há outros colaboradores que direta ou indiretamente contribuíram para que eu chegasse a este estágio da minha vida acadêmica, e que foram essenciais nesta jornada. Agradeço a **DEUS** pela saúde, paz de espírito e provações. Aos demais agradeço em especial:

Ao meu orientador, **Professor Doutor José Luiz Gavião de Almeida** por ter despertado em mim o desejo de fazer este Curso de Mestrado em Direito, bem como pelo incentivo, conselhos, orientações e críticas construtivas que me permitiram chegar ao final desta dissertação com mais segurança;

Aos **Professores Doutores Gustavo Henrique de Oliveira e Alessandro Jacomini**, pelo aceite em participar como membro em minha banca de defesa pública de dissertação, tendo o autor desde já a certeza de que suas intervenções serão de grande valia para o seu aprimoramento acadêmico-profissional;

Aos **professores** do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, pelos ensinamentos transmitidos e que levarei durante toda a minha trajetória profissional; agradeço a compreensão/colaboração diante das dificuldades pessoais, que só fizeram me fortaleceram;

Aos funcionários da Universidade Metodista de Piracicaba, em especial à Secretária do Programa de Mestrado em Direito da Unimep, **Sueli Catarina Vedichio Quiles**, pela simpatia, cordialidade e pronto atendimento às necessidades dos alunos;

A **Norberto Salvagni**, profissional competente que muito me auxiliou no tratamento textual, gramatical e estético da presente pesquisa;

Muito obrigado!

DEDICATÓRIA

Aos meus pais **Joaquim Vallim de Oliveira Castro** e **Maria Lúcia de Carvalho Castro** (*in memória*), a quem devo minha existência, meus primeiros e grandiosos mestres, que me ensinaram que tudo na vida depende principalmente do esforço pessoal, do respeito ao próximo e da crença em valores positivos;

À minha querida esposa **Regina Rossetti Vallim de Castro**, grande incentivadora de minha trajetória acadêmico-profissional, pelo companheirismo, cumplicidade e compreensão nos momentos de ausência e de ansiedade, mostrando-me que a vida só vale a pena quando existe amor maior e incondicional;

Aos nossos filhos **Rodrigo** e **Renato**, frutos de um amor verdadeiro, que vieram ao mundo para mostrar quão profundo é o milagre da vida e como é impossível calcular o amor que se sente por outro ser humano, mesmo que diante de tantas provações.

Dedico este trabalho.

Dados para catalogação

Dados para catalogação:

CASTRO, L. F. V. de. **A mediação como um direito fundamental na solução de conflitos**. Universidade Metodista de Piracicaba, 2017. Dissertação (Pós-Graduação, Curso de Mestrado em Direito). Orientador: Professor Doutor José Luiz Gavião de Almeida. 157p.

1. Direitos fundamentais; 2. Mediação; 3. Acesso à justiça; 4. Pacificação social.

RESUMO

O acesso a justiça é um direito fundamental consagrado na Constituição brasileira de 1988, mas é de domínio público que no Brasil os processos são extremamente morosos, além do que o Judiciário está intensamente abarrotado de ações a serem julgadas. Diante disso, a mediação, juntamente com outras práticas, surge como um meio alternativo de solução de conflitos individuais e coletivos e com um papel basilar na proteção de tal direito fundamental. Assim, esta dissertação se propôs a estudar este assunto e para tanto tratou de temas como jurisdição e acesso à justiça, meios alternativos de solução de conflitos, a mediação e sua relevância no cenário nacional, por fim, as políticas públicas no Brasil.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Mediação; Acesso à justiça; Pacificação social.

ABSTRACT

Access to justice is a fundamental right enshrined in the Brazilian Constitution of 1988, but everybody knows in Brazil the legal proceedings are extremely time consuming and the Judiciary sector is intensely crowded with actions to be tried. Given this, the mediation and other practices, emerges as an alternative means of solving individual and collective conflicts and with a fundamental role in protecting this fundamental right. Thus, this dissertation proposed to study this subject and for that matter dealt with issues such as jurisdiction and access to justice, alternative means of conflict resolution, mediation and her relevance on the national scenario and finally, the public policies in Brazil.

Keywords: Fundamental rights; Mediation; Access to justice; Social pacification.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. JURISDIÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA.....	15
1.1. O conflito e a pacificação social	23
1.1.1. Os conflitos individuais	34
1.1.2. Os conflitos coletivos	36
2. PRINCÍPIO JURISDICIONAL ESTATAL.....	44
2.1. A crise no Poder Judiciário.....	59
3. OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	67
3.1. Dos mecanismos alternativos de solução de conflitos	73
3.1.1. Da autotutela	77
3.1.2. Do mecanismo heterocompositivo: Arbitragem	80
3.1.3. Da autocomposição.....	85
3.1.4. Da negociação	91
3.1.5. Da conciliação.....	95
4. A MEDIAÇÃO E SUA RELEVÂNCIA NO CENÁRIO NACIONAL	104
4.1. Aspectos históricos da mediação no Brasil e em outros países.....	107
4.2. As escolas ou modelos de mediação.....	111
4.3. O procedimento da mediação	113
5. A MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA NO ÂMBITO DO “NOVO CPC”	124
5.1. A mediação como direito fundamental na solução de conflitos e seus princípios.....	130
6. AS INICIATIVAS QUE ANTECEDERAM O PROJETO DA LEI N. 94/2002 NO SENADO FEDERAL	137

6.1. Da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado na solução de conflitos de interesses (Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça).....	138
6.2. Da Emenda nº 01, de Janeiro de 2013, do Conselho Nacional de Justiça.....	143
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	147
REFERÊNCIAS.....	151

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira de 1988 confirma o acesso à justiça como direito fundamental aos brasileiros e estrangeiros aqui residentes. Sob essa ótica, os métodos alternativos de solução de conflitos individuais e coletivos configuram instrumentos extremamente valiosos para a efetivação de tal direito de acesso.

Assim, esta dissertação buscou estudar a “mediação como um direito fundamental na solução de conflitos individuais e coletivos”; para tanto deu cabo de abordar temas e subtemas que guardam estreita relação com o objeto principal de estudo: a mediação.

Para que a leitura propicie uma maior abrangência, foram examinados assuntos como acesso à justiça e jurisdição, autocomposição, heterocomposição, novo Código Civil brasileiro, entre outros.

A metodologia utilizada no desenvolvimento do presente estudo foi a qualitativa, utilizando-se o sistema exploratório, ou seja, aquele que visa proporcionar uma familiaridade inicial com o problema apresentado, bem como o desenvolvimento de um corpo teórico baseado no esforço intelectual exercido por autores que anteriormente se dedicaram ao tema abordado em temáticas similares, o que possibilitou promover um trabalho final altamente revestido de cientificidade – não confundir com verdade científica, que para alguns é um mito e/ou mutante – haja vista que não tem como ponto de partida certas suposições.

Será abordado inicialmente o acesso à justiça e jurisdição e, na sequência, o conceito de conflito, além de sua origem e busca pela pacificação social. Isso porque na maioria das vezes os agentes sociais buscam se relacionar de forma harmônica entre si, atingindo assim, ainda que de forma indireta, a pacificação social.

É da natureza humana a busca por relações com seus semelhantes, tendo como norte a paz, a harmonia e a boa convivência. Todavia, tal prática não é unânime nas relações conflituosas e nem todas as relações são pacíficas.

Levando-se em consideração a divergência de ideias e ideais contrastantes entre os seres humanos, não raras vezes surgem relações antagônicas que não são resolvidas de pronto e de comum acordo. Frisa-se, nesse sentido, que nem sempre as controvérsias são negativas, mesmo porque em muitos casos são fruto não de dissonância de posições, mas de evoluções pessoais que fazem com que as pessoas discordem em determinado momento.

E tanto procede esse exercício de reflexão que, no decorrer da história e com o estudo detalhado sobre os meios de pacificação social, observa-se que todas as divergências foram, em algum momento, objeto de tentativa de conciliação, aproximação e estancamento do descontentamento existente. Isso acontece desde a antiguidade, quando filósofos e doutrinadores de direito procuravam explicar esse sentimento humano de busca pela pacificação social.

Assim, surgiram duas teorias: a de que as pessoas firmaram entre si um “contrato social” (Hobbes e Locke), em que estipulavam o desarmamento mútuo e a outra em que dizia que as pessoas, desde o nascimento, tem em si o sentimento de paz e buscam manter esse sentimento de forma harmônica, sendo isso algo natural e peculiar do ser humano.

Independente da forma como isso acontece, as pessoas buscam se relacionar de forma pacífica e, quando isso não ocorre, procuram algum meio ou forma de resgatar a tranquilidade, utilizando-se de meios estatais ou meios alternativos para a solução das controvérsias.

É certo que o Estado, enquanto órgão máximo e protetor dos direitos humanos e fundamentais, oferece a todos tutelas e garantias visando a proteção dos necessitados e conseqüente sentimento de senso de justiça. Contudo, o serviço que no princípio era eficaz e proporcionava segurança às pessoas acabou por se tornar moroso e questionável quanto à sua eficiência. Para muitos doutrinadores e operadores do Direito, essa lentidão nada mais é do que o reflexo de uma crise que o Poder Judiciário enfrenta e insiste na negação de sua existência.

Independente de ser uma crise pela qual o Judiciário enfrenta há tempos, certo é que isso só está acontecendo devido à grande demanda de processos que buscam pela solução dos litígios. Ocorre que muitas vezes a delonga do processo acaba por fomentar mais discórdias entre as partes; isso sem contar o desgaste emocional que as parte acabam sofrendo. Atualmente, por tal motivo, as pessoas vêm procurando cada vez mais os meios alternativos de solução de controvérsias.

Tais meios também são conhecidos como meios extraprocessuais, tendo em vista que frequentemente atuam à margem da jurisdição estatal. Além disso, dividem-se em duas tipologias: a heterocomposição, na qual existe um terceiro intermediário que julgará o desentendimento objeto da lide e com base no que foi apresentado pelas partes, atuando aparentemente na condição de juiz; e a autocomposição (negociação, mediação e conciliação) na qual as partes, por vontade própria e de forma amigável, buscam um acordo sem muitos prejuízos ou vantagens, com a finalidade de sanar a desavença e recuperar a harmonia submergida no tumulto.

Atualmente os meios alternativos são conhecidos como arbitragem – um meio heterocompositivo; negociação – em que as partes tentam resolver a lide mediante diálogo; mediação – meio alternativo cooperativo; e conciliação – conhecidos como

meios autocompositivos de solução de controvérsias –, e o meio judicial que busca resolver as divergências de forma amigável.

Diante do exposto, o objetivo do presente estudo foi tecer algumas considerações em relação à mediação propriamente dita. Na pesquisa, houve um aprofundamento do conhecimento da realidade da mediação no Brasil e sua relevância no cenário nacional e, por fim, o incentivo às políticas públicas aos meios adequados de tratamentos das soluções de conflitos no Brasil.

Os dados foram coletados por meio de levantamento bibliográfico e no exercício da mediação junto ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCC – Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça –, na cidade de Jundiaí/SP).

É fato que não se pode afirmar invariavelmente que se trata de um meio com maior ou menor grau de beneficência ou maleficência em relação ao outro. Alguns incidem em resultados mais céleres, mas de forma relativamente superficial; outros pecam pela lentidão na obtenção dos resultados, mas com uma análise mais profunda e substancial.

Nesse sentido, pudemos observar as formas judiciais de resolver determinada lide em comparação à mediação. Em algum momento elas se identificam, se assemelham e se diferem; isso pode conduzir ao ledô engano que uma forma é melhor que a outra, o que nem sempre se reveste de verdade, conforme será demonstrado a seguir.

1. JURISDIÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA

Para iniciar este capítulo, primeiramente se torna interessante verificar a questão dos itens em epígrafe e, assim, cabe inicialmente destacar que o Brasil, ao contrário de alguns países, caracteriza-se pelo positivo fenômeno do acesso à justiça como direito a todo e qualquer brasileiro, bem como aos estrangeiros aqui residentes.

Trentin (2012, s.p.) leciona que “a análise histórica do acesso à justiça requer o estudo sobre a conceituação de tal expressão” e, nesse sentido, entenda-se que referida terminologia possui abrangência significativa, haja vista que “não se pode imaginar tal expressão como a simples possibilidade de ingressar com uma demanda na esfera judicial”.

Num salto histórico bem mais anterior tem-se que:

Nos séculos XVIII e XIX, a solução dos litígios demonstrava o individualismo jurídico, onde o acesso à justiça significava apenas o direito de ingressar ou responder a uma ação.

A forma de ingresso, o pagamento das custas, a contratação de um profissional habilitado para o ingresso junto ao Poder Judiciário não eram problemas do Estado. Assim, apenas a elite, de fato, poderia efetivar seu direito a ter direitos.

A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.

Contudo, com a ampliação do conceito de direitos humanos e o caráter coletivo das ações, o modelo individualista vai perdendo fôlego. (TRENTIN, 2012, s.p).

Para Cappelletti e outros (1988, p.18), o movimento de acesso à justiça pode ser concebido por intermédio de “ondas”, a saber: “1ª onda: assistência judiciária; 2ª onda: representação jurídica para os interesses difusos; 3ª onda: enfoque de acesso à justiça.”

Sobre tais dimensões, ou “ondas”, interessante expor que:

A primeira onda de acesso à justiça, voltada à assistência judiciária, prevê a existência de três importantes modelos jurídicos voltados à assistência aos indivíduos de baixa renda, entre os quais estão o “sistema judicare”, o “advogado remunerado pelos cofres públicos” e ainda a combinação dos dois sistemas anteriores.

A segunda onda busca a justiça de interesses públicos, através da representação de direitos coletivos através de ações de sociedades de classe e de interesse público.

A terceira onda visa ampliar a concepção de acesso à justiça, dando-lhe um novo olhar. Ela inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além.

Esse novo modelo pretende analisar as peculiaridades de cada caso, direcionando-os a métodos mais eficazes ao tipo de conflito existente, como se fosse especializar a resolução de conflitos. (TRENTIN, 2012, s.p.)

No que se refere à jurisdição, tenha-se em mente primeiramente que a justiça brasileira é caracterizada pelo seu Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, cabendo aqui explicar que:

Inicialmente, podemos dizer que o princípio do Duplo Grau de Jurisdição indica a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou primeira instância), que corresponde à denominada jurisdição inferior, garantindo um novo julgamento por parte dos órgãos da jurisdição superior, ou órgãos de segunda instância. Todavia, podemos considerar que existem argumentos prós e contra a aplicabilidade do Duplo Grau de Jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro. (SOUSA JUNIOR, 2009, s.p.)

Porém, na doutrina pátria há correntes favoráveis e contrárias em relação a tal duplicidade de grau, sendo que os partidários de tal princípio entendem que:

- a) A revisão das decisões do magistrado de 1º grau, por parte de um órgão hierarquicamente superior é fundamental para o controle da atividade do juiz.
- b) O duplo grau tem por finalidade não permitir o controle da atividade do juiz, mas propiciar ao vencido a revisão do julgado.
- c) Defende-se que os juízes de 2º grau têm maior experiência e, assim, maior possibilidade de fazer surgir soluções adequadas aos diversos casos concretos. Assim, acredita-se que o juiz mais experiente pode ter a última palavra acerca da situação conflitiva. Porém, trata-se de grande equívoco, pois não se pode dizer que o

juiz mais antigo, que não teve contato com as partes e com a prova, é necessariamente aquele que está em melhores condições de decidir.

d) A influência psicológica que o duplo grau exerce sobre o juiz de primeira instância que está ciente de que sua decisão será revista por outro órgão do Poder Judiciário de hierarquia superior. Dessa forma, o problema é o de exigir maior responsabilidade do juiz de 1º grau, sendo completamente descabido aceitar que o juiz somente exercerá com zelo e proficiência suas funções quando ciente de que sua decisão será revista. Partindo desse raciocínio, o juiz de 1º grau deve ter maior poder e responsabilidade para que a função jurisdicional possa ser exercida de forma mais racionalizada e efetiva. (SOUSA JUNIOR, 2009, s.p.)

Já a corrente desfavorável apresenta os seguintes argumentos:

a) Respeito ao princípio da imediação: refere-se ao princípio interligado à oralidade, sendo que defende a atuação do juiz mediante a apreciação das provas, das quais tenha de extrair seu convencimento, ou seja, que haja estabelecido contato direto com as partes, com as testemunhas, com os peritos e com os objetos do processo. Assim, é necessário que o juiz possa apreciar as declarações de tais pessoas e as condições do lugar, e outras, baseado na impressão imediata que delas teve, e não em informações de outros.

b) A Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), em seu art. 2º, obedece ao princípio da imediação ao afirmar que “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade e economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

c) Outra desvantagem do Duplo Grau de Jurisdição: diz respeito à demora da prestação jurisdicional, visto que recomenda a não exigência ao exercício do Duplo Grau de Jurisdição, com exceção naquelas causas de maior complexidade, diante das quais o órgão de 2º grau dificilmente chegaria a uma decisão diversa daquela que foi tomada pelo juiz de 1º grau de jurisdição.

d) Outra desvantagem: o Duplo Grau de Jurisdição tem nítida relação com a ideia de que a jurisdição exercida pelo juiz de 1º grau não merece confiança e, assim, não deve ter poder para decidir sozinho as demandas. (SOUSA JUNIOR, 2009, s.p.)

Ainda acerca do Duplo Grau de Jurisdição, interessante verificar Sena (s.d., s.p.) para entender que se trata do “poder-dever conferido ao Estado de revelar o direito incidente sobre determinada situação concreta trazida a seu exame, efetivando a solução jurídica encontrada a respeito.” Vai mais além a mesma autora ao explicar que, sendo manifestação do “*imperium* inerente ao Estado, que se funda

diretamente na soberania, outro atributo estatal, a jurisdição tem como instrumento próprio de agir a coerção, utilizável frente às resistências descabidas de seu exercício regular.” Nada obstante, explica que muitas vezes se diz que “a jurisdição é o poder que o Estado avocou para si de dizer o direito, de fazer justiça, em substituição aos particulares”, mas na realidade a jurisdição é poder, função e atividade. Refere-se a poder porque “decorre da potestade do Estado exercida de forma definitiva em face das partes em conflito.” Também é função, posto que “cumprir a finalidade de fazer valer a ordem jurídica em face de uma lide.” E também é atividade, haja vista que “consiste numa série de atos e manifestações externas e ordenadas que culmina com a declaração do direito e concretização do que foi consagrado no título.” Por fim, entenda-se que, ainda de acordo com a mesma autora, o resultado da “resolução do conflito pela via jurisdicional consuma-se através da sentença, que é o ato pelo qual o juiz decide a lide entre as partes processuais, através da aplicação do direito ao caso concreto posto em exame.”

Some-se a isso o posicionamento doutrinário a entender que:

A jurisdição estatal é o meio institucional mais utilizado na contemporaneidade para se buscar a resolução de conflitos. O poder Judiciário busca cumprir um dos pressupostos do Estado Moderno, a paz social. A doutrina reinante, como Cintra, Grinover e Dinamarco, vem dizer que “o Estado moderno exerce o seu poder para a solução de conflitos interindividuais”.

Através da sentença judicial, o Estado busca solucionar problemas de forma tradicional. Há outras formas, no entanto, que trazem ao cidadão o fim da discussão ou do litígio. A presente pesquisa adotará como nomenclatura para essas “outras formas” de resolução do conflito, que não a sentença, a expressão “formas menos convencionais” ou “alternativas” de resolução de conflitos. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p.38)

Interessante também consultar Dourado (2011, s.p.) para apreender que, para a concepção instrumentalista, a jurisdição apresenta três finalidades, ou seja, o escopo jurídico, “que consiste na atuação da vontade concreta da lei. A jurisdição

tem por fim primeiro, portanto, fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial”; o escopo social, no sentido de “promover o bem comum, com a pacificação, com justiça, pela eliminação dos conflitos, além de incentivar a consciência dos direitos próprios e o respeito aos alheios”; e o escopo político, referente àquele pelo qual o Estado busca a “afirmação de seu poder, além de incentivar a participação democrática (ação popular, ação coletivas, presença de leigos nos juizados etc.)”, bem como “a preservação do valor liberdade, com a tutela das liberdades públicas por meio dos remédios constitucionais (tutela dos direitos fundamentais)”.

O princípio que garante o alcance à justiça, conforme leciona Luchiarri (2012, p. VIII), está inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal. Não assegura somente o ingresso formal aos órgãos judiciários, mas também que seja qualificado e que propicie aos indivíduos sua entrada à ordem jurídica e justa. Assim garante a todos que tenham qualquer problema jurídico – que não seja necessariamente uma lide – uma atenção por parte do poder público, em especial do Poder Judiciário.

Muito oportuna a observação de Salles, Lorencini e Alves da Silva (2012, p. 2-3) quando relatam parecer evidente que há uma demanda social por um acesso à justiça direto e imediato, sem que haja um agente estatal intermediando, bem como regras formais que parecem distanciar ainda mais a justiça da sociedade, ao invés de promover uma aproximação. A justiça estatal é carente de mecanismos mais céleres e menos formais, proporcionando à população soluções mais satisfatórias aos conflitos.

Todavia, com o crescimento do volume de processos judiciais e da litigiosidade, outras avaliações revelam de maneira qualitativa que a confiança da

população na justiça está aquém da média em relação às outras instituições públicas, sendo considerada morosa, cara e de difícil utilização para a maioria da população.

Portanto, é certamente na solução dos litígios que reside a função primordial do Poder Judiciário. Para desempenhá-la, cabe-lhe organizar não somente os serviços processuais como também os serviços de solução de litígios por meio dos métodos alternativos à solução adjudicada mediante sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da conciliação e da mediação.

Todavia, os leigos em relação ao devido processo legal podem imaginar que o devedor que não logra sucesso em determinada lide na esfera civil está sujeito à execução em todo e qualquer tipo de bem que possui. Não é bem assim, pois:

Inicialmente todos os bens do devedor respondiam com suas obrigações. Com o passar do tempo se foi verificando que às vezes era melhor manter o bem com o devedor, para garantia de um direito maior, em vez de entregá-lo ao credor em garantia exclusiva de seu patrimônio. Surgiram assim categorias de bens que não respondem pelas dívidas do inadimplente, como o salário, que protege bem maior que o patrimônio do credor, qual seja a vida do devedor. Esses bens ganham da lei proteção contra a penhora judicial e contra a excussão.

Vários são os bens, hoje, que têm essa característica de indentidade, que impede que o Judiciário os alcance numa execução. Um deles é o bem de família. Em geral, todos os bens do ofensor garantem os direitos do ofendido. (GAVIÃO DE ALMEIDA, 2008, p.358).

Cabe aos operadores do Direito a observância de regras que garantem o devido processo legal. Ao formar sua opinião e dar o veredicto final, o juiz pode fundamentá-la em algo que seja justo para as partes, conforme as provas apresentadas: testemunhais, documentais, entre outras.

De acordo com Cintra, Dinamarco e Grinover (2010, p.30), para a efetividade do processo “é preciso levar em consideração o conjunto de normas, regras, princípios e garantias que asseguram o direito do indivíduo de ter o ingresso à

justiça”, além do que “há que se considerar também o escopo motivador de todo o sistema, analisando os vícios que constantemente ameaçam a qualidade final do produto”.

Nesse sentido, é fato que toda vez que se pensa em vícios relacionados ao processo e às partes litigantes, o primeiro pensamento que vem à mente é o da dificuldade econômica, haja vista que, segundo Cintra, Dinamarco e Grinover (2010, p.30), as atividades que se desenvolvem no processo “importam em despesas múltiplas e geralmente vultosas, dando lugar ao velho problema, de ordem política, consistente em resolver sobre quem deva suportá-las, o Estado ou as partes.”

Isso ocorre porque o Estado, do recebimento ao julgamento de um processo, cria despesas que serão assumidas pelas partes. Todavia, nem sempre estas, ainda que completamente interessadas em ingressar com uma ação, possuem condições financeiras de arcar com esse custo.

De certo modo, o Judiciário necessita de algum tipo de subsídio para sua manutenção. O Estado depende de uma contribuição dos litigantes para poder desenvolver e fornecer boas condições ao processo. Nem sempre as partes possuem condições financeiras suficientes para ingressarem com uma ação em juízo. Eis, que os princípios e as garantias fundamentais vêm buscar e assegurar ao cidadão o seu direito mais singelo e íntimo, bem como possibilitar a todos o acesso à justiça. Isso faz com que o Estado apresente os meios para que as pessoas tenham tal oportunidade de pleitear em juízo, fornecendo advogados pela Defensoria Pública e concedendo também os benefícios da justiça gratuita, tanto para autor quanto para réu. Assim, este último pode ter sua defesa garantida e sem qualquer restrição.

Além disso, no processo é preciso que exista a garantia às partes de terem acesso ao juiz, podendo dialogar com o mesmo, argumentar, trazer e demonstrar,

por meio das provas, a veracidade dos fatos. Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p.40) explicam que, assim, instaura-se o princípio do contraditório e da ampla defesa, “possibilitando ao juiz a tomada de uma decisão com maior teor de fundamentação e embasada no direito positivo e nas provas.” Também, desse modo, as partes sentirão que na decisão do magistrado prevaleceu a justiça.

Tirar do processo judicial as custas e despesas processuais incidiria na ausência da responsabilidade dos litigantes em suas ações. Isso faria com que agentes inescrupulosos e inconsequentes entrassem com diversas ações, prejudicando inocentes e atrapalhando o bom andamento da justiça. Por tal motivo, além do fato de o Estado depender economicamente das custas, são cobrados os valores das despesas processuais proporcionalmente ao valor da causa.

Importante esclarecer que por intermédio da geração de uma “responsabilidade econômica” às partes é que se consegue o devido respeito ao processo e ao trabalho sobre ele desenvolvido, de forma que todos – litigantes e operadores do Direito – tenham interesse em cumprir e sanar os vícios existentes. Vale ressaltar que o ingresso à justiça depende de inúmeros fatores, os quais estão intimamente ligados com os direitos e com as garantias fundamentais.

Portanto, conveniente salientar que os métodos consensuais de solução de demandas, por meio de instrumentos de ação social participativa, têm sido aceitos e utilizados pela própria justiça e pela sociedade brasileira, permitindo a todos que estejam empenhados em mudanças verificar a materialização do acesso pleno à justiça por meio de instrumentos e mecanismos alternativos autocompositivos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Neste contexto, ao discursar para sua turma de afilhados bacharelados de 1920, na Faculdade de Direito do Largo São Francisco de São Paulo, Rui Barbosa fazia a seguinte advertência:

[...] Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente. (*apud* BARBOSA; SILVA, 2015, p.4)

Diante de todas as considerações até aqui expostas, importante destacar que os mecanismos consensuais de conflitos estão se consolidando no cenário jurídico pátrio, principalmente no âmbito do novo Código de Processo Civil (CPC), da Lei de Mediação e do Provimento nº 2348/16, buscando a necessidade de oferecer ao cidadão brasileiro a Mediação e os demais métodos consensuais autocompositivos como um direito fundamental na solução de conflitos.

De qualquer forma, insta explicar que toda e qualquer lide processual tem como cerne um aspecto comum, ou seja, o conflito de interesses entre determinadas partes. Daí a necessidade de se abordar o tema no capítulo a seguir.

1.1. O conflito e a pacificação social

Diante das mais degeneradas e variadas manifestações de violência, sejam elas por circunstâncias históricas, sociais, culturais, econômicas e intersubjetivas foi que o conflito evoluiu.

Em boa parte de sua história a humanidade vivenciou a cultura de seus ancestrais nômades, em que viviam da pesca, da caça e da coleta de alimentos; não

existiam classes sociais, hierarquia, castas e a figura do Estado era inimaginável, e a mediação/solução dos conflitos se dava na própria comunidade, por intermédio das lideranças comunitárias.

A autoridade social dos nômades impunha sacrifícios às pessoas, realizados em rituais em casos que infringiam a ordem da comunidade, como uma forma de protegê-la do perigo que a ameaçasse.

Vasconcelos (2012, p.23) leciona que para os nômades a ordem tinha caráter sacro, pois era estabelecida uma vigência de direitos convencionados e estabelecidos previamente. Independente da moral e da religião, os direitos eram revelados ao grupo, permitindo assim que as relações humanas fossem menos complexas e fortemente horizontalizadas.

Ao longo da história a resolução das desavenças entre as pessoas passou por várias fases, fazendo com que a sociedade se organizasse para que a utilizasse da melhor forma possível. As respectivas soluções eram alcançadas informalmente, quando os pequenos agrupamentos humanos começavam a se tornar “cidades”. Era através da Igreja que as discórdias sociais eram solucionadas, posto que, deixaram de ser realizadas pelos anciãos quando as famílias passaram a se organizar em tribos.

Diante de suas recentes pesquisas como antropólogo, mediador, e o cofundador do *Harvard's Program on Negotiation*, Ury (2000) demonstra que entre os nossos ancestrais nômades, os atos de violência eram muito raros, até que algumas comunidades (há cerca de dez mil anos atrás), “passaram a sobreviver da pecuária e da agricultura, dando então início à chamada revolução agrícola, onde as comunidades passaram de nômades a sedentárias.” (VASCONCELOS, 2012, p. 23-24).

Desde então, os mais ousados, hábeis e fortes se apossaram das terras produtivas, acumulando poder e riqueza. Tal fenômeno permitiu que fossem criados reinados, não raras vezes escravizando os povos derrotados nas guerras de conquista e convertendo a violência em instrumento de poder, visando à proteção ou perseguição dos grandes proprietários de terra, com apoio de suas milícias privadas.

As milícias recrutavam multidões à força para servir os que detinham mais poder, podendo ser eles intelectuais, filósofos, artistas ou mesmo aqueles em níveis inferiores do extrato social, como os lavradores; enfim todos deveriam estar dispostos a prestar serviços às milícias do nobre senhor.

Aos nobres e seus protegidos, sobreintegrados socialmente, eram destinados os privilégios e direitos, enquanto que à plebe, subintegrada, cabia apenas os deveres e obrigações, inclusive guerrear em defesa de interesses alheios.

Considere-se que, com o passar do tempo, as sociedades primitivas tiveram sua coercitividade difusa substituída por um direito tradicional e convencional, em que o poder central, que elaborava as normas, constituiu uma espécie de “ética da lei”.

A natureza do patrimonialismo, mesmo com o advento da agricultura irrigada, da escrita e das variadas circunstâncias de natureza política, religiosa, jurídica, econômica e ecológica, promoveram modelos fortemente hierarquizados, ditados pelo acúmulo de capital e sob um severo sistema de divisão do trabalho, propagando a cultura dominadora e conseqüentemente suas atenuações circunstanciais.

Com o passar do tempo, surge a expansão do comércio e seu desenvolvimento no Século XVI, o poder passa então, dos senhores territoriais e

feudais para os senhores das cidades e dos mares, graças às novas técnicas de navegação e estocagem, bem como aos capitalistas mercantis (burguesia).

Tudo que envolvia ética, moral, religião e justiça ainda era muito confuso, mas já começava a haver certa distinção. É de se entender, daí, que a incidência maior de conflitos era uma realidade.

O conflito pode ser entendido como uma oportunidade para reflexão sobre a relação estabelecida entre as partes, bem como sobre a solução daquela controvérsia. Vasconcelos (2012, p.19) ensina que a característica da divergência poderá ser objetiva, ou seja, “quando não há naquela relação uma história de relações anteriores entre os envolvidos, sendo então circunstancial.” Mas também poderá ser subjetiva, “quando entre as partes existir uma relação proporcionando contatos futuros, como sócios de empresas, condôminos, famílias, etc.”

No tocante à demanda, Vasconcelos (2012, p.19) explica se tratar de algo que “decorre de interesses, expectativas e de valores contrariados”, sendo portanto uma espécie de dissenso. Isso porque é da contingência humana, algo natural tratar a outra parte como adversária, fazendo com que cada uma das partes centre tanto o raciocínio como os elementos de prova “na busca de fundamentação que reforce suas posições diante daquela desavença, anulando e destruindo a argumentação adversária.”

Todavia, não se entenda que o ser humano tem como característica intrínseca a fomentação de conflitos. É da natureza humana a busca pela convivência pacífica com seu semelhante, estabelecendo uma convivência harmônica, duradoura e tranquila. Em toda inter-relação ocorrem desentendimentos, que surgem não só por meio da contradição de uma pessoa por outra, mas também quando a mudança gera uma situação de desconforto. O conflito pode ser

momentâneo e não necessariamente de caráter negativo, posto que ele faz parte das relações sociais, sendo elas individuais ou coletivas. Entretanto, com o tempo e com a convivência são introduzidos outros elementos nos inter-relacionamentos, os quais podem incidir em percepções diferentes que acabam por deflagrar conflitos. (LUCIARI, 2012, p.15).

Para Vasconcelos (2012, p.22), a interpessoalidade do conflito deve ser trabalhada de forma apropriada; é necessário, com muita competência, desenvolver um diálogo de caráter construtivo, “transformando as relações e resolvendo as disputas pontuais, baseadas na comunicação construtiva nos princípios básicos.”

Alguns doutrinadores acreditam que as desavenças podem ocorrer frente a uma situação de mudança, a uma opinião divergente ou a uma consequência relativa ao desenvolvimento da ação e da forma da relação.

O conflito, então, pode ser entendido, segundo Luchiari (2013, p.5), como “um choque de posições divergentes, ou seja, de intenções, condutas diferentes, que aparecem num momento de mudança na vida de uma ou de ambas as partes.” Explica ainda que, “de forma simplista, pode-se dizer que o conflito é o resultado normal das diferenças humanas e da insatisfação de suas necessidades.”

Ainda nesse sentido, interessante consultar Vezzulla (2001, p.22), para apreender que o conflito é uma “situação de concorrência em que as partes estão conscientes da incompatibilidade de possíveis posições futuras, isto é, uma deseja ocupar posição incompatível com o desejo da outra”. Tais possibilidades podem ser analisadas sob o aspecto físico, econômico, de informação e de ordem emocional. Trata-se do poder próprio da mudança sob a ótica de fazer as coisas acontecerem.

O conflito, então, percorre ciclos para se manifestar na vida das pessoas e os mesmos se apresentam de forma latente, ou seja, é fenômeno que exige mudança e

causa desconforto às pessoas, podendo torná-las infelizes. Este tipo de molesto está inserido no seio das controvérsias, mas ainda sem se manifestar. Seu início surge com a manifestação de uma parte sobre a outra. Vê-se, então, que a comunicação, estando sempre presente na vida das pessoas, é elemento fundamental no desenvolvimento de suas divergências.

A desavença advém de uma mudança, podendo ser familiar, societária, organizacional, comunitária ou de conotação comercial ou ainda internacional.

Segundo Sampaio e Braga Neto (2007, p.30), a controvérsia ocorre quando alguém, “ao intervir num sistema, tem como consequência algum tipo de conflito, fazendo com que, na relação entre o mais forte e o mais fraco, eles aumentem ainda mais suas diferenças.”

Nesse sentido, também é importante destacar que, na visão das partes, o surgimento do conflito é algo negativo, que surge quando há uma alteração no seu ritmo natural de vida e que rompe seu equilíbrio. Porém, não deve ser interpretado de forma totalmente negativa, haja vista que:

É impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas. Por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito, estará presente. A consciência do conflito como fenômeno inerente à condição humana é muito importante. (VASCONCELOS, 2012, p.19).

Portanto, a discórdia nem sempre surge quando uma pessoa é contrariada, para Luchiari (2012, p.5), o conflito frequentemente advém “da evolução inerente à pessoa, que traz um desconforto e tem como consequência o conflito”, sendo que, segundo Vasconcelos (2012, p.19) muitas vezes “o desentendimento pode ser benéfico, algo que propicia a evolução.”

Independente de como seja gerada a discórdia, nota-se que a definição de conflito está fortemente ligada com a noção de poder, com respostas às ações do outro e até mesmo com a evolução pessoal. Portanto, o conflito pode ser definido como um conjunto de propósitos cujas pessoas físicas ou jurídicas diante de posições diferentes, fazem com que as partes, por estarem desconfortáveis, devam passar por mudanças. Sampaio e Braga Neto (2007, p.31-35), explicam que a mudança “requer a modificação da realidade naquele momento e envolve alguns elementos, como o relacionamento interpessoal, os bens, os direitos e deveres pessoais”, sendo certo que “as mudanças afetam a relação ou relacionamento de forma parcial ou absoluta, gradativa ou paradigmática.” E finalizam lecionando que a partir disso ocorrerá a transformação tendo como consequências outras transformações que, em muitos casos, “constituem a chave para a solução daquele conflito por meio das percepções, fatos, conceitos, contratos psicológicos etc. em torno do evento.”

Portanto, a incompatibilidade existe em qualquer relação que envolva duas ou mais pessoas, ainda que tal relação seja momentânea, mesmo porque, na visão de Luchiarri (2012, p.7), “a organização do ser humano em sociedade pressupõe a existência de divergências, das quais advém o direito.” Certo é que não importa o meio como se começa; se existe relação entre pessoas que buscam pela harmonia, certo é que também haverão conflitos.

Nesse sentido, existem muitas teorias que buscam explicar a vida harmônica e a pacificação social do início dos tempos. Calmon (2007, p.20), ensina que tais teorias “buscam explicar como o homem é capaz de restringir sua liberdade, para então respeitar a sua liberdade e do próximo.”

Nesse contexto é possível destacar duas teorias relevantes e Calmon (2007, p.21) coloca que a primeira, que trata da teoria do contrato social defendida por Jean Jacques Rousseau (1762), mesmo estando em conjunto com a norma Jurídica, não é suficiente para a pacificação social. Isso porque nem sempre o seu cumprimento é verificado, “podendo existir tanto uma harmonia entre as partes como uma desavença derivada da insatisfação no cumprimento ou não de uma ordem.” Essa teoria, por sua vez, afirma que os homens celebravam um contrato unânime para se desarmarem mutuamente. Cada um renuncia a parte de suas atividades, defensivas e ofensivas, para conseguirem viver pacificamente.

Já a segunda teoria, refere-se à teoria naturalista, “na qual a pacificação social, a busca pela liberdade e pelo respeito seguem a ordem orientada pela natureza e emanada pelo homem.” (Ibidem, p.21)

As sociedades organizadas atualmente como Estados têm imposto a atividade estatal como meio institucional ou até mesmo ordinário de solução de controvérsias. Essas sociedades, de acordo com Calmon (2007, p.37), impõem a sua própria atuação como “meio de fazer valer a vontade concreta do Direito e com o intuito de promover a paz social, colocando fim às controvérsias, denominando qualquer outro meio de solução de conflitos de meio alternativo.”

Já se praticava mecanismos privados e informais na resolução de conflitos quando a jurisdição estatal ganhou corpo com o advento do Estado Moderno. Desde então, a jurisdição e o processo judicial representam a resolução mais supostamente democrática, formal e justa.

Todavia, a teoria do contrato social, mesmo em conjunto com a norma jurídica, não é suficiente para a pacificação social, pois nem sempre o seu cumprimento é verificado, podendo existir uma harmonia entre as partes como

também um descontentamento derivado da insatisfação no cumprimento de uma ordem ou até mesmo o não cumprimento dessa ordem. (CALMON, 2007, p.21).

Diversas foram as formas utilizadas como meio amigável de solução de conflitos com o objetivo voltado à pacificação por meio do diálogo, evitando buscar o Poder Judiciário. Luchiari (2012, p.62), explica que este método de solução de controvérsias “foi introduzido através dos princípios filosóficos de Confúcio (551 a 479 a.C.), segundo o qual é por meio da sabedoria do homem que se consegue resolver os problemas de forma amigável.”

Entretanto, quando não existe harmonia espontânea surge as desavenças, daí a jurisdição estatal passa a interagir como meio ordinário para atingir a tão almejada solução de conflitos. Isso ocorre, segundo Luchiari (2012, p.65), “assim como todos os seres vivos, o homem procura preservar a sua integridade, que está de um modo geral, associada ao equilíbrio alcançado”, sendo certo que “esse equilíbrio está relacionado com a integridade psicofísica e inclui todos os bens materiais possuídos, os afetos e as ilusões.”

Todavia, a intervenção estatal não é o único meio de solução de litígios, seja antes, durante e até mesmo depois da atuação do Estado, posto que, com o intuito de resolver as divergências, as partes interessadas podem buscar uma solução amigável (CALMON, 2007, p.24). O compromisso do Estado brasileiro com a solução das divergências está no Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, que “afirma expressamente o compromisso do Estado brasileiro com a solução pacificadora das controvérsias na ordem interna e internacional.” (LUCHIARI, 2012, p.67).

A primeira Constituição do Império, redigida em 25 de março 1824, após a independência do Brasil em 7 de setembro de 1822, incentivava de forma expressa

a solução dos litígios por meios que não fossem através da tutela do Estado e que resultassem em decisão proferida por um juiz togado.

Some-se a isso que o Código Comercial de 1850 estabelecia a obrigatoriedade da prévia conciliação no caso de demanda, estabelecendo normas em relação a ambas as situações. Por meio do artigo 23 do Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, as causas comerciais começaram a passar obrigatoriamente pela conciliação prévia, onde as partes seriam convocadas pelo juiz para a tentativa de composição.¹

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, também conhecida como “Constituição Cidadã”, de 5 de outubro de 1988, o Estado brasileiro foi disciplinado e o regime democrático consolidado no nosso país pelo reconhecimento amplo dos Direitos Fundamentais. (LUCIARI, 2012, p.67).

A pacificação social passa a compor aspecto primordial e relevante neste contexto, na qual a jurisdição visa, através dos meios alternativos de solução de conflito, instrumentos integrados ao próprio sistema processual para atingir a referida pacificação social. Neste caso, o acesso à justiça deve ser entendido em sentido amplo, pois se tem o acesso a uma ordem jurídica justa e não mais meios equivalentes jurisdicionais. (LUCIARI, 2012, p.2).

Frisa-se, nesse sentido, que não sendo possível a resolução do litígio, nos casos em que for preciso alguém valer da força para impor seus direitos, somente

¹ Art. 23. Nenhuma causa comercial será proposta em Juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por ato judicial, ou por comparecimento voluntário das partes. Exceptuam-se: § 1º As causas procedentes de papéis de crédito comerciais, que se acharem endossados (art. 23 do Título único Código). § 2º As causas em que as partes não podem transigir (cit. art. 23), como os curadores fiscais dos falidos durante o processo da declaração da quebra (art. 838 Código), os administradores dos negociantes falidos (art. 856 Código), ou falecidos (arts. 309 e 310 Código), os procuradores públicos, tutores, curadores e testamenteiros. § 3º Os atos de declaração da quebra (cit. art. 23). § 4º As causas arbitrais, as de simples ofício do Juiz, as execuções, compreendidas as preferências e emargos de terceiro; e em geral só é necessária a conciliação para a ação principal, e não para as preparatorias ou incidentes (Tit, 7º Código).

poderá fazer isso de acordo com a lei, utilizando dos meios legais previstos. (CALMON, 2007, p.24). Quando a jurisdição propõe à sociedade o exercício apropriado dessa função, o Estado acaba se impondo como único meio destinado a fazer valer a vontade concreta do direito objetivo, visando por termo às lides, mesmo sem alcançar a pacificação social.

Assim, para privar alguém de qualquer bem da vida, utilizando-se de meio coercitivo, deverá ser instrumentalizado um processo conforme a lei, pois é somente mediante esse procedimento que os atos terão validades. Assim, é somente esse o método permitido em um Estado Democrático de Direito. (CALMON, 2007, p.26).

A jurisdição estatal, através do juízo *a quo*, é fonte da solução dos litígios, sendo levada a efeito de forma amigável por meio dos meios consensuais de autocomposição ou através da tutela do Estado, mesmo provocando a jurisdição para que esta lhe conceda o poder que julgue ser inerente. Luchiarri (2012, p.9), leciona que em ambos os casos “busca-se a restauração da paz social através da pacificação dos envolvidos naquela controvérsia.”

Os instrumentos pelos quais a pacificação social é alcançada além da Jurisdição, são conhecidos como arbitragem – que decorre da heterocomposição –, negociação, mediação e conciliação – que decorre da autocomposição. Tendo como objetivo abster-se do processo ou até evitá-lo, estes instrumentos têm merecido atenção de várias categorias que operam ou não o direito.

Resumindo, alguém que queira fazer valer seus direitos perante outra pessoa diante de um conflito, pode optar por buscar a solução amigável, por meio da autocomposição, ou provocar a jurisdição estatal juntamente com o poder que lhe é inerente. (CALMON, 2007, p.26).

A autocomposição, tanto no processo penal como civil, vem a ser um instituto que pode encurtar a lide diante da morosidade da justiça. Segundo Calmon (2007, p.19), configura instrumento “capaz de pacificar os conflitos através de uma forma consensual ou de um terceiro facilitador, independente e imparcial, que conduzirá o respectivo caso.” Por outro lado, a heterocomposição vem a ser “um instituto pelo qual se fará a justiça de forma justa e adequada, através da figura de um juiz leigo na pessoa de um árbitro ou de um juiz togado.”

Nesse sentido, cumpre dizer que, suscitada a jurisdição estatal, a qualquer momento, “as partes podem buscar alternativas amigáveis a fim de resolverem logo seus litígios.” (CALMON, 2007, p.26). Independentemente de qual meio o agente adote para resolver seu problema, todos os meios possuem um único objetivo: a pacificação social.

1.1.1. Os conflitos individuais

Para dar início a este subtítulo, interessante verificar primeiramente que, segundo Vasconcelos (2012, p.20-22), é por meio da convivência social que surgem os conflitos entre os homens; devido também às suas contradições, eles se dividem em conflitos de valores – relacionados às diferenças na religião, na ideologia e na moral; conflitos de interesses – que estão relacionados às contradições, na reivindicação de bens e de direitos de interesses comuns; conflitos estruturais – que tratam das diferenças nas circunstâncias políticas e econômicas dos envolvidos; e em conflitos de informação – que dizem respeito à informação incompleta, distorcida.

O conflito interpessoal compreende valores como sentimentos, crenças, expectativas intercomunicadas, ou seja, trata do aspecto relacional, do aspecto

subjetivo que envolve o interesse material ou objetivo, bem como a trama decorrente da dinâmica dos respectivos aspectos supra citados.

Portanto, a interpessoalidade do conflito é composta pela relação interpessoal, pelo problema objetivo e pela trama ou processo. Pressupõe que haja pelo menos duas pessoas se relacionando, com seus respectivos valores, sentimentos, expectativas, crenças e percepções, não devendo-se desconsiderar a utilização da psicologia na relação interpessoal do conflito, sendo a forma de comunicação o aspecto intersubjetivo comprometedor ou facilitador na sua condução.

Ele tem sua razão objetiva, material e concreta, sendo que sua materialidade pode expressar interesses ou necessidades contrariados, podendo ainda expressar condições estruturais. A adequada identificação objetiva muitas vezes favorece a respectiva relação pessoal, enquanto a trama ou processo demonstram as contradições entre o conflito na relação interpessoal, e os interesses ou necessidades contrariadas ou suas estruturas.

O conflito, quando bem conduzido, pode resultar em novas oportunidades de ganho mútuo, proporcionando paz à sociedade e às pessoas, ensinando-as a lidar melhor com os dissensos.

Para Sampaio e Braga Neto (2007, p. 10, 12-16), as inter-relações passaram a ser mais complexas, exigindo que novas fórmulas de solução de conflitos fossem aprimoradas em detrimento das já existentes, que em certas situações não mais satisfaziam seus usuários. Entre os diversos métodos de solução de conflitos a mediação é uma das opções que o sistema judiciário se utiliza, além da conciliação e da arbitragem, sendo estes, os métodos alternativos mais utilizados no Brasil.

Tais métodos são resultado das dificuldades do formalismo judicial estatal de vários países. A necessidade das soluções de conflitos de forma eficaz e eficiente se deu de maneira mais rápida nas áreas de inter-relacionamento, em virtude do afastamento cada vez maior do Estado em assuntos de interesse particular.

A negociação tem como característica o fato de ser o método alternativo de solução de conflitos mais marcante nas relações de inter-relacionamento; isso porque é por meio dele que seus agentes, de modo inconsciente, resolvem muitos de seus problemas, sejam eles de ordem pessoal, afetiva, profissional ou comercial, por meio do diálogo, sem a presença de um terceiro, imparcial e independente, proporcionando, às controvérsias, a troca de informações e impressões, dialogando, sendo a primeira fase para que o conflito seja solucionado, e atendendo a satisfação de ambas as partes.

Importante resaltar que os métodos alternativos de solução de conflitos não substituem os métodos tradicionais de utilização do sistema Judicial; proporcionam sim, outra opção ou caminho a ser seguido para solucionar as lides, sejam elas envolvendo pessoas físicas ou jurídicas e buscando soluções para as inter-relações pessoais ou comerciais.

1.1.2. Os conflitos coletivos

No seio social é inevitável a ocorrência de controvérsias de direito ou de interesses, quer seja entre grupos, indivíduos ou mesmo o Estado. A atual configuração social vivenciada faz com que estes conflitos sejam mais frequentes e mais complexos.

Assim, para adentrar ao tópico em questão, interessante entender primeiramente que:

Nos locais em que tem sido experimentada, a mediação demonstrou ser útil em diferentes situações de litígio e também em distintas etapas de um conflito, seja ele individual ou coletivo; nos âmbitos trabalhista, familiar, empresarial, profissional e educacional. Dada sua flexibilidade – adaptabilidade a processos públicos ou privados, nacionais ou internacionais – e devido ao fato de que é função do mediador atender as partes, Morull e Kirpatrick recomendam sua aplicação nas seguintes circunstâncias: antes de levar o caso ao sistema judicial, já que previne o desenvolvimento de maiores conflitos e economiza tempo e custo; para proteger as relações. Em conflitos domésticos, contratos de larga duração e sociedade de negócios; para acelerar o processo. Casos não resolvidos por anos se resolveram em poucos dias de mediação; para proteger a informação privada, por exemplo, nos conflitos suscetíveis de afetar o valor das ações; para não correr risco de afrontar gastos descomunais; e quando se produz um impasse em uma negociação e é necessário recuperar a comunicação entre as partes. (apud CALMON, 2015, p.119)

Some-se a isso a questão dos conflitos familiares, muito comum atualmente, haja vista que com o decorrer do tempo a justiça tem sido procurada para resolução até mesmo de casos de baixa complexidade. Foi-se o tempo em que o progenitor resolvia tudo à mesa de jantar, reunindo os seus e ditando as formas de solução do conflito. Aliás, em algumas situações ele passou de guia familiar a polo passivo em lides processuais, especialmente em casos de caráter patrimonial. Daí o interesse em entender que:

A mediação familiar consiste em uma intervenção orientada a assistir na reorganização da relação familiar, em seguida ou em prevenção ao divórcio; nas questões de partilha de bens, nas questões alimentares e, sobretudo, nas desavenças quotidianas, para evitar violência doméstica. A mediação opera nos conflitos cíveis e penais, esses últimos com vistas, também, à prevenção. As finalidades principais da mediação familiar são: oferecer um contexto estruturado, no qual o mediador possa apoiar os familiares na gestão do conflito, com a vantagem da capacidade de negociar o acordo; facilitar a procura de soluções mais apropriadas à especificidade da sua situação e dos seus problemas por todos aqueles aspectos que se relacionam a relação afetiva. Objetiva, assim, a continuação das pacíficas relações conjugais e paternais para a manutenção da

estabilidade e de significativos relacionamentos conjugais e paternais, entre outros. (CALMON, 2015, p.119,120)

Sobre os conflitos coletivos, tem-se a aplicação da mediação nas áreas social e escolar. Na primeira situação Calmon (2015, p.122) explica que a mediação social, também denominada mediação comunitária, diz respeito a uma “intervenção para a gestão dos conflitos derivados das relações de vizinhança e de relacionamento entre as pessoas, com o escopo de melhorar o nível de convivência entre os moradores do bairro.” Além disso, consiste fundamentalmente na intervenção de um terceiro imparcial que tem poderes sobre as partes e que as ajuda a compreender quais são as suas motivações”, isso obviamente com vistas “à retomar o diálogo interrompido e à mirar para o futuro tentando obter um equilíbrio no conflito que as perturba, em um ambiente informal e reservado.”

Já, na segunda situação convém explicar que a mediação no ambiente escolar proporciona a conscientização dos jovens em relação à importância das “regras de convivência, mediante o reconhecimento da possibilidade de existirem outras razões, diversas da própria, mais igualmente válidas, que merecem ser acolhidas e respeitadas.” O mesmo autor ainda explica que esse sistema “se propõe a oferecer um relacionamento construtivo e responsável de gestão dos conflitos, que permita obter, mediante o diálogo, algumas situações cooperativas e não violentas.” E finaliza no sentido de que a mediação escolar “realiza-se com sucesso há muitos anos em diversos países, dentre os quais França, Estado Unidos, Espanha, Austrália, Noruega e Argentina.” (Ibidem, p.123)

Dando sequência ao tema em questão, cabe agora expor a mediação empresarial, societária e trabalhista, que serão abordadas a seguir, mas antes convém verificar o que a doutrina diz sobre as duas primeiras:

A empresarial é aquela realizada entre as empresas, com vistas a permitir a saudável continuidade das relações empresariais. As empresas, em geral, dependem umas das outras, atuando como fornecedoras, prestadoras de serviços, financiadoras, etc. São relações continuadas, como a são as familiares, sociais, e escolares. A mediação empresarial é sobremaneira especializada, indicando a necessidade de formação específica, pois o mediador estará lidando com pessoas que representam as empresas envolvidas no conflito. Mas não se trata de especialização na área da economia, em que as empresas atuam, e sim especialização na problemática própria de pequenas ou grandes empresas. (Ibidem, p.123)

Já no caso da mediação societária, Calmon (2015, p.123) explica se tratar de uma nova área, porém muito importante, pois as relações entre sócios são relações continuadas das mais difíceis. Leciona ainda que “a empresa precisa funcionar e se as relações entre os sócios estão conturbadas é natural que esse fato impeça o sucesso empresarial, acarretando prejuízos a todos eles.” Finaliza destacando que a mediação societária “abre espaço para a governança familiar, atividade de apoio essencial, que se constitui em outra atividade profissional.”

Ao se pesquisar sobre as áreas de aplicação da mediação nos conflitos coletivos é possível observar o posicionamento de Sampaio e Braga Neto (2007, p.106-112), quando os autores esclarecem com muita propriedade que os conflitos e as disputas em família, sendo esta, segundo a Constituição Federal, “a base da sociedade e estando sob proteção especial do Estado, são numerosos e variam em graus de intensidade e gravidade.” Além disso, na verdade devem ser sopesados como fruto da evolução dos diversos níveis de relações nela existentes. Deveriam, ainda, ser considerados naturais a qualquer laço familiar, mas em razão de estarem “intrinsecamente ligados à perspectiva de abalo na estrutura interna de cada indivíduo, são vistos de maneira negativa, o que acaba por dificultar sua resolução pela negociação direta entre os envolvidos.” Sob essa ótica, o conflito acaba por gerar a necessidade da busca de um terceiro, na maioria das vezes o advogado,

que postulará junto ao Estado, para que o juiz diga quem tem direito, razão e de quem é a culpa da existência do conflito.

No que diz respeito aos conflitos empresariais, sociais e escolares, a corrente doutrinária recém exposta entende que:

A intervenção de um terceiro facilitador do diálogo e da negociação cooperativa entre duas ou mais pessoas jurídicas parte da premissa da gestão e da administração da controvérsia pelo pressuposto óbvio de que “o passado já passou”. Busca-se com isso evitar a perda de tempo em discussões estéreis, em que muitos falam e quase ninguém se escuta, durante horas improdutivas. A mediação deve levar os envolvidos a pensar que o presente e o futuro dependem deles e a eles cabe construir uma relação mais madura, ou ainda que eles poderão encerrá-la de modo mais pacífico. O profissional da mediação traz a positivação do conflito demonstrando o que foi gerado pela estrutura relacional existente entre eles, partindo da conscientização de que o futuro está em suas próprias mãos.

Na era da globalização, as mudanças na ordem social, política, econômica e cultural têm demonstrado ser cada vez mais profundas e aceleradas. Os ilusórios, os preconceitos e paradigmas sociais existentes há dois anos são substituídos por outros, e assim sucessivamente. Essa situação acaba por oferecer transformação permanente da comunidade e da forma de sociabilidade dos indivíduos pertencentes a uma população de uma cidade, região ou comunidade. Esse convívio gera numerosas inter-relações e acaba por se constituir em fonte inesgotável de conflitos que demandam a busca por respostas urgentes para que a convivência seja baseada no respeito e no reconhecimento mútuo de diferenças. A mediação social ou comunitária promove essa busca e contribui para a criação de espaços de diálogo em que as pessoas transmitem suas diferenças e constroem de maneira participativa, dinâmica e pacífica seus respectivos lugares na sociedade. (SAMPAIO; BRAGA NETO 2007, p.106-112)

Nesse mesmo contexto, têm-se a utilização da mediação na área ambiental, no terceiro setor e na área trabalhista, conforme o exposto a seguir:

Como espécie do gênero direito difuso, o direito ambiental é caracterizado pela indeterminação dos sujeitos, indivisibilidade de seu objeto, existência de vínculos fáticos entre os titulares, transição e mutação no tempo e no espaço e, por último, intensa litigiosidade interna. Constituem-se, assim, direitos dispersos por toda a sociedade, que poderão se contrapor entre si. Como se trata de objeto que demanda respostas imediatas, sob pena de colocar em risco até mesmo a sobrevivência de determinado território ou população, deve-se buscar mecanismos de resolução de conflitos

áveis que permitam vislumbrar soluções criativas e mais adequadas às necessidades de todos os envolvidos, bem como o dever prioritário de preservar o meio. A mediação de conflitos nessas questões tem-se mostrado um sistema adequado, pois possibilita o diálogo entre todos os envolvidos, proporciona a conservação e melhora da inter-relação existente e, em um segundo momento, permite a prevenção de futuras disputas, ao mesmo tempo em que leva à conscientização ecológica daqueles autores, pelos compromissos assumidos ao longo do procedimento. (Ibidem, p.115-116)

Em relação ao terceiro setor, a mediação também apresenta sua relevância, haja vista que, segundo Sampaio e Braga Neto (2007, p.121,122), estudos recentes mostram que essa área da economia no Brasil já responde por 2% do Produto Interno Bruto (PIB), representando, sem dúvida, nova instância que solicitará mobilização e apoio ao enfrentamento em casos de conflitos. São eficazes os autores quando ensinam que isso acontece porque sabe-se que referido setor “tem capacidade de gerar projetos de caráter social, gerar recursos, renda, alternativas de trabalho, e de empreender iniciativas no mercado, na comunidade e nas organizações não governamentais (ONGs).” Nada obstante, a mediação nas organizações do terceiro setor é importante instrumento para a compreensão das relações nas entidades, bem como para a “decodificação e a melhoria da comunicação, valendo-se dos conhecimentos de várias disciplinas: Direito, Teoria Geral dos Sistemas, Teoria da Comunicação, Administração, Sociologia, Psicologia e Psicanálise.”

Em vias de finalizar o tópico em questão, destaque-se a mediação nas relações envolvendo capital *versus* força de trabalho, cabendo aqui destacar que:

A mediação nas relações trabalhistas remonta à própria história da atividade laboral em território brasileiro. Auditores do Ministério do Trabalho, já em meados da década 1980, conscientes de que sua responsabilidade social ultrapassa a simples função de fiscalização, tiveram experiências que primavam pelo equilíbrio entre aqueles dois polos, por intermédio da flexibilização da aplicação da lei e por um

diálogo mais aberto entre os protagonistas. Muitas dessas experiências eram empíricas e objetivavam a pacificação daquelas relações por um convívio mais harmonioso, que primasse pelo reconhecimento e pelo respeito do papel de cada um. As vantagens oferecidas pela mediação, como a análise da própria relação, não são atualmente aproveitadas em sua plenitude. A desconfiança mútua entre os autores envolvidos naquelas relações ainda é um fator de flagrante enfrentamento, o que acarreta a procura frequente do Judiciário para que seus direitos sejam garantidos, sem pensar na efetiva busca da solução do conflito que passa pelos dois polos na relação. Até hoje passa despercebido que um lado depende do outro. O capital não existirá se não houver trabalho, e vice-versa, apesar de ambos terem interesses e necessidades distintos, mas de mútua dependência. Essa dependência é pouco valorizada, motivo pelo qual o Brasil é um dos países com o maior número de demandas judiciais na área trabalhista. (Ibidem, p.112-115)

Em que pese o exposto até o momento, num contexto de maximização da valoração da prática da mediação, Vasconcelos (2012, p. 177), leciona que há pessoas que “promovem a mediação comunitária de modo pacifista, tendo por objetivo a idealizada harmonia social, grupal e interpessoal”, sendo certo que “em nível planetário tais pessoas imaginam uma mundialização capaz de eliminar a violência e estabelecer a paz perpétua.” Ora, entende o autor que “esse idealismo contribui para produzir o inverso do que a mediação se propõe.”

Isso porque a mediação “não é esta ‘justiça doce’, que sonha com a eliminação das contradições e seus conflitos.” Tenha-se em mente que o “mediador é gentil, sim, com as pessoas, mas ao mesmo tempo um aliado na perseguição dos padrões que reabilitam a disputa.” Leve-se em conta ainda que os mediadores não devem ser uma espécie de pequenos juízes leigos; seres que estão ali para que tudo se acomode, não importando a que preço, haja vista que o elo mais fraco na lide é quem paga caro e tudo suporta. (Ibidem, p.177,178).

Não bastasse isso, considere-se que a mediação “também não é o campo de batalha que reduz tudo a um binário: o bem e o mal.” É preciso ter em mente que as “pessoas que praticam o proselitismo da pureza, fundado na ideia de verdade única,

não estão em condições de mediar conflitos.” Isso porque “essas pessoas binárias amam os vastos consensos em que se apagam os verdadeiros confrontos, as legítimas diferenças.” Daí a facilidade de se entender que tais agentes “desconhecem o agir comunicativo daquele lugar intermediário de que fala Habermas; lugar daquele terceiro termo em que os cidadãos podem cooperar na criação quotidiana da democracia.” (Ibidem, p.178)

Feitas as considerações acerca da jurisdição e do acesso à justiça, convém agora levar a efeito uma abordagem sobre o princípio jurisdicional estatal, o que poderá ser conferido na sequência.

2. PRINCÍPIO JURISDICIONAL ESTATAL

Antes de se adentrar no tema em epígrafe, interessante num primeiro momento fazer uma abordagem sobre a Organização dos Poderes, verificando o que dizem alguns doutrinadores.

A Constituição Federal de 1988 consagrou em seu artigo 2º a tradicional Tripartição de Poderes, ao afirmar que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Com base nessa proclamação solene, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo caracterizá-la com a exclusividade absoluta. Assim, cada um dos Poderes possui uma função predominante, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas, que serão comentadas logo a seguir.

Moraes (2015, p.426), trata da Separação dos Poderes, lecionando que a Constituição Federal, visa evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, ao prever a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que possam exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito.

A evolução da teoria da separação dos poderes se deu conforme a necessidade da sociedade em diferentes épocas. Na Idade Média, no Reino Medieval, o Senhor Feudal era o detentor de todo o poder, era ele quem julgava e administrava as lides em primeira instância, pois a função do legislador não existia

ainda. Uma única pessoa tinha em suas mãos a concentração do poder, para que as decisões fossem tomadas o mais rápido possível, durante o período de guerra que era muito constante naquela época.

A necessidade da criação de um espaço autônomo frente ao privado, entre outros fatores, contribuíram para que o monarca centralizasse as funções políticas em sua única pessoa. Com a Revolução Gloriosa na Inglaterra, de 1688, o absolutismo tem seu fim, através da transição política de uma Monarquia Absolutista, para uma Monarquia Parlamentar. A partir de então, o rei seria submetido ao Parlamento, órgão responsável pela função legislativa. (Souza Junior, 2002, p.44).

A distribuição do exercício das funções políticas entre órgãos distintos e autônomos, ganhou força no século XVII, com o intuito de preservar a liberdade individual e enfraquecer o poder absoluto da Coroa. Com a divisão das funções, coube ao Parlamento legislar, entre outras atribuições, e ao Rei, as demais funções políticas. (Ibidem, p.44).

John Locke, foi o principal defensor da Bipartição dos Poderes, em sua renomada obra “O segundo tratado do Governo Civil”, onde defende a existência do Legislativo e do Executivo. (Souza Junior, 2002, p.48).

Souza Junior (2002, p.50), leciona que Locke atribuiu ao Poder Executivo a função federativa, que tratava das relações internacionais, como alianças, guerra e paz, e outras atribuições. O Poder de Julgar estava contido no Poder executivo.

A bipartição de poderes era utilizada na Inglaterra até o início do século XVIII, onde ao Rei era atribuída a função Judicial. Em 12 de junho 1701, com o Ato do Estabelecimento o poder de julgar do Executivo foi separado, passando a ser visto

como um Poder independente, e logo deu vida à Tripartição dos Poderes. (*ibidem* p.53).

Montesquieu (2007, p.23), divide os três estilos de governo em republicano, monárquico e despótico. A diferença básica entre eles está inscrita no próprio senso comum, ou seja, na república de todo povo, ou ao menos, parte dele, exerce diretamente o controle do Estado; a monarquia é representada por apenas uma figura, mas regrada por leis fixas e estabelecidas; já o déspota ignora a instituição de normas e governa pelo seu próprio arbítrio.

Nesse sentido, o autor enfatiza que existe uma força num poder intermediário, de contenção, ou “repositório de leis”, como um poder mediador entre a vontade do governante e o povo. Tal fenômeno inclusive é o que impede a evolução de um poder centralizado (monarquia) para um sistema despótico. Além disso, sugere a existência de primazias ou princípios aos sistemas republicanos e monárquicos, a *virtude e a honra*, sem os quais se descaracterizam os sistemas. São esses elementos, portanto, também freios primários do poder constituído. (*Ibidem*, p.37-39)

Menezes (1996, p. 246), confirma que a proposta de limitar o poder, de comandar e coagir o cidadão, está assente na teoria de Montesquieu, mas possui raízes mais profundas. Platão e Aristóteles, na Grécia antiga, Tomás de Aquino e Marsílio de Pádua, na era medieval, e mais modernamente Bodin e Locke já se ocupavam do assunto, muito embora mais especialmente o primeiro e o último foram considerados verdadeiros precursores da aristocracia francesa.

Montesquieu afirma claramente a necessidade da divisão dos poderes como uma forma de constituição do Estado Moderno: “Há em cada Estado três espécies de poder: o poder Legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito

das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.” (Montesquieu, 2007, p.165).

O poder no Estado Moderno, e particularmente no Brasil, divide-se em Legislativo (expressão máxima do poder popular, cujos representantes efetivamente criam as leis e regras que serão dirigidas a todos); Executivo (órgão responsável pela execução das leis e direção central da nação, também escolhido pelo povo), e o Judiciário (repositório da legislação, com função de interprete e guardião das normas). (Ibidem, p.166).

Para Piçarra (1989, p.264), diante de seu detalhado estudo, sobre a Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional, enfatiza que a divisão da Organização dos Poderes se distingue em três funções estatais (legislação, administração e jurisdição), sendo esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “*Política*”, ao atribuir a três órgãos autônomos entre si o exercício exclusivo do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário.

Posteriormente John Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, também reconhece de forma detalhada as três funções distintas, quais sejam, a executiva, consistente para assegurar sua aplicação na ordem e no direito, e a federativa, em que consiste manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças.

O autor finalmente cita a obra consagrada de Montesquieu *O Espírito das Leis* como sendo o marco da divisão e distribuição clássicas, tornando-se o princípio fundamental da organização política liberal e transformando em dogma pelo artigo 16 Declaração Francesa dos direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo prevista inclusive em nossa Constituição Federal de 1998 em seu artigo 2º.

Não podemos desconsiderar o posicionamento de Moraes (2015, p. 429), ao se referir à organização dos poderes e suas funções estatais, previsto por meio do legislador por diversas garantias e imunidades, relacionadas com a defesa dos direitos fundamentais bem como com o gerenciamento dos negócios do Estado, por meio dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e do Ministério Público.

Importante verificar que, para os órgãos exercerem suas funções estatais e serem independentes, para poder frear uns aos outros, sendo verdadeiros controladores recíprocos necessitam de certas garantias e prerrogativas constitucionais invioláveis e impostergáveis para evitar que ocorra o desequilíbrio entre eles e como consequência a desestabilização do governo, evitando assim que se instale no Executivo o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, tal qual como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado.

Importante também lembrarmos que o objetivo inicial da separação dos poderes entre órgãos autônomos e independentes, tinha como finalidade proteger a liberdade individual contra o arbítrio de um governante onipotente.

Moraes (2015, p. 430), sobre esta questão destaca o seguinte:

Em conclusão, o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da ideia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (*Checks and balances*).

Cabe destaque para a observação de Cléve (1993, p. 26), ao citar o fato de que a Constituição Federal de 1988 atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais Poderes de Estado, a saber: Executivo, Legislativo e Judiciário, e a Instituição do Ministério Público, que, entre várias outras importantes funções, deve zelar pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os, bem como respeitar e fazer respeitar aos direitos fundamentais. Confiando, portanto a estes órgãos parcela soberana do Estado e garantindo sua independência e autonomia.

Numa visão mais moderna, Moraes (2015, p.431,432), contribui com o seguinte comentário:

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura.

No Brasil, foi a Constituição Republicana de 1891, a primeira a prever a existência de três poderes “harmônicos e independentes entre si”, seguindo o princípio defendido pelo Barão de Montesquieu. As demais Constituições que surgiram também mantiveram a tripartição dos poderes, apenas a constituição de 1937 seguiu um modelo autoritário, devido ao momento histórico, centralizando grande parte dos poderes nas mãos do Presidente. (Souza Junior, 2002, p.64).

A Separação dos Poderes vem a ser a forma de como evitar a concentração do *Imperium* nas mãos de uma só pessoa.

Sua instituição é a transição do Estado Absolutista (ou despótico) para um estado liberal, caracterizado modernamente pelo Estado Democrático de Direito. Este apartamento de atividades, entretanto, não é rígido, havendo interferências recíprocas em que o Poder, além de exercer suas competências, também influencia nos demais. (Pinho, 2006, p.50).

Montesquieu, fundamentou em sua obra "*O Espírito das Leis*", a Tripartição dos Poderes (publicada em 1748), ao distribuir as funções estatais identificadas por Aristóteles (elaborar leis, aplica-las e julgá-las) em três órgãos distintos, autônomos e independentes. Cada Poder teria funções típicas e atípicas para impedir o arbítrio de um dos Poderes, por meio do sistema denominado freios e contrapesos, em que se utilizava ferramentas para interferir nas relações entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, denominadas como Medida Provisória, Comissão Parlamentar de Inquérito, Ação Direta de Inconstitucionalidade, entre outras. (Ibidem, p.62).

A teoria da Separação dos Poderes desenvolvida por Barão de Montesquieu, prevê a autonomia dos Poderes como um pressuposto de validade para o Estado Democrático, a ideia de que o poder deve ser controlado pelo próprio poder pressupõem que as atitudes dos atores envolvidos no palco de decisões sejam interligadas, com uma clara divisão nas competências de cada um deles, e uma interdependência que garanta uma gestão compartilhada e homogênea. As ações do Executivo, Legislativo e do Judiciário devem ser, em tese, autônomas e complementares. (Montesquieu, 2007, p.54).

Neste sentido, interessante consultar Martins (1990, p. 187), ao verificar que:

A Separação dos Poderes que Locke e a Inglaterra ofertaram para o aprofundamento temático de Montesquieu foi a tripartição equilibrada do poder.

Quanto mais lemos os autores modernos sobre o referido tema, mais constatamos de que em matéria de Direito pouca coisa foi acrescentada em relação ao que os romanos criaram, bem como pouca coisa se acrescentou sobre Filosofia que os gregos já desvendaram. Filósofos, historiadores, políticos e sociólogos como Políbio, passando por Hume, Hobbes, Locke, Bacon, Maquiavel, Rousseau e outros, pouco contribuíram, com o pensamento universal descoberto pelos gregos.

O autor relata ter a impressão de que pouca coisa foi criada depois dos gregos, entretanto algumas variações inteligentes foram criadas, mas a Filosofia como tema central se encontra ainda na Grécia e o Direito em Roma. Com a tripartição dos poderes de Montesquieu, é possível chegar ao sistema de governo, após a Revolução Francesa, eliminando de vez a possibilidade de discutir a permanência de monarquias absolutas.

O legislador constituinte, no intuito de preservar este mecanismo recíproco de controle e a perpetuidade do Estado democrático, previu, para o bom exercício das funções estatais, pelos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e a Instituição do Ministério Público, diversas prerrogativas, imunidades e garantias a seus agentes políticos. Proporcionando a cada um deles funções típicas e atípicas, previstas no texto constitucional que os caracterizam como detentores de prerrogativas, imunidades e garantias, que serão analisadas a seguir com maior ênfase ao Poder Judiciário, por se tratar do tema em epígrafe.

Postas as considerações anteriores, Moraes (2015, p. 432) destaca as funções típicas e atípicas do Poder Legislativo:

As funções típicas do Poder Legislativo são Legislar e fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento. Dessa forma, se por um lado a Constituição prevê

regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore as normas jurídicas, de outro, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (CF, art. 70).

Enquanto que as funções atípicas,

Constituem em administrar e julgar. A primeira ocorre, exemplificativamente, quando o Legislativo dispõe sobre sua organização e operacionalidade interna, provimento de cargos, promoções de seus servidores; enquanto a segunda ocorrerá, por exemplo, no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade.

Importante observar que no exercício de suas funções, os membros do Poder Legislativo estão resguardados por um protetivo rol de prerrogativas e imunidades; bem como por algumas incompatibilidades, cuja análise não será abordada nesta dissertação.

O Poder Executivo, conforme leciona Moraes (2015, p. 492), tem como função precípua, praticar atos de chefia de estado e de administração, sendo que a chefia do Poder Executivo foi confiado ao Presidente da República, auxiliado pelos ministros de Estado, compreendendo o braço civil da administração e pelas Forças Armadas. A Constituição Federal, consagrou a todos o Poderes de Estado, funções típicas e atípicas, inexistindo a exclusividade absoluta, no exercício dos misteres constitucionais.

Portanto, o Poder Executivo, além de exercer a função típica de administrar a coisa pública, também tem as funções atípicas de legislar e julgar (Medidas Provisórias art.62 da CF, e contenciosos administrativos, respectivamente).

Ao Executivo foi também concebido o poder de definir e realizar constantemente a política de ordem interna e das relações exteriores. Diante de tantas atribuições, que concentram o poder na pessoa do Presidente da República, houve a necessidade do legislador constituinte garantir a sua imparcialidade e sua livre atuação, balizada pelos princípios constitucionais e pela legalidade, a fim de a harmonia dos Poderes da República bem como sua independência sejam mantidas, estabelecendo suas imunidades e suas prerrogativas.(ibidem, p. 493).

Além de legislar e administrar, ao Estado cabe a função de julgar, ou seja, cabe a função jurisdicional, aplicando de forma consciente o ordenamento jurídico toda vez que houver necessidade, coativamente.

Portanto a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, ou seja, diante de um fato concreto, proveniente de um conflito de interesses, ele aplica a lei, julga, porém, como os demais Poderes de Estado, o Judiciário também tem outras funções, de natureza legislativa e administrativa denominadas como funções atípicas.(Ibidem, p.527).

A Constituição Federal de 1988, estabelece por meio do artigo 96, inciso I, f, a natureza administrativa do Poder Judiciário, como por exemplo conceder férias aos seus membros e serventuários, prover conforme inciso I, c, do mesmo artigo, os cargos de juiz de carreira na respectiva jurisdição, enquanto que a natureza legislativa do Poder Judiciário é editar as normas regimentais, elaborar seus regimentos internos observando sempre as normas processuais bem como as garantias processuais das partes, dispondo sobre o funcionamento dos respectivos

órgãos jurisdicionais, administrativos e sua competência conforme disposto no inc.I, a, do artigo 96 da CF/1988.

Sendo assim, o Poder Judiciário, entre os três poderes clássicos previstos como poderes autônomos e independente, cuja importância é relevante num Estado de Direito, faz com que sua função não consista somente em administrar a justiça, mas sim ser o guardião da Constituição, preservando basicamente os princípios da igualdade e da legalidade, sendo que, sem o Poder Judiciário os demais poderes seriam inócuos. A organização política se consolidou com esses princípios, sem os quais não seria possível atender as necessidades nas soluções dos conflitos.

Zaffaroni (1995, p.12), nos lembra que é impossível que haja um Estado democrático de direito sem que exista um Poder Judiciário autônomo e independente, para exercer suas funções de guardião das Leis, pois “a chave do poder judiciário se acha no conceito de independência”.

Conclui o autor, que é preciso um órgão independente e imparcial como o Poder Judiciário, para que garanta a ordem estrutural governamental e vele pela observância da Constituição, mantendo nos seus papéis, tanto o Poder Federal quanto as autoridades dos Estados Federados, mas também consagrar a regra de que a Constituição limita os poderes dos órgãos da soberania.

Cléve (1993, p. 38), aponta que, “talvez não exista Judiciário no mundo que, na dimensão unicamente normativa, possua grau de independência superior àquela constitucionalmente assegurada à Justiça Brasileira”.

A constituição Federal de 1988, enumera por meio do artigo 92, os órgãos do Poder Judiciário, quais sejam: O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça (EC nº 45/04), o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes

Eleitorais, os Tribunais Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Disciplinando-os com ampla independência.

Por fim, a CF/1988, art. 98, inciso II, estabelece a previsão da Justiça de Paz, como órgão integrante do Poder Judiciário, prevendo eleições para os seus membros. Trata-se de norma constitucional, de eficácia limitada, sendo que sua regulamentação deverá ser estabelecida por meio de lei.

Para que as garantias previstas na CF/1988 sejam promovidas, alguns atos – mesmo sendo complexos – foram estruturados para que houvesse uma ampla possibilidade da participação de todos os cidadãos juridicamente interessados.

O fato de a jurisdição ser exercida unicamente pelo Estado tem se firmado como fator de caráter exclusivo, que afasta as formas primitivas de soluções de conflitos. Ao pesquisar amplamente sobre o tema, Dinamarco (2000, p.306), sintetizou os fatos no sentido de que “a jurisdição tem sido um monopólio indelegável, fixando-se como atividade eminentemente estatal”; portanto, por estas e por outras razões denomina-se a jurisdição estatal como o meio ordinário de soluções de conflitos.

Quando se leva a efeito a afirmação de que a jurisdição é um poder do Estado, o que se percebe em tal discurso é seu reconhecimento na condição de monopólio cercado de garantias institucionalizadas por meio dos próprios órgãos e provido de poderes suficientes para dizer o Direito e impor suas decisões.

Em sua essência a jurisdição é caracterizada por alguns princípios elevados à condição de garantias fundamentais e que possuem respaldo da cláusula geral do devido processo legal. Calmon (2007, p.40), ensina que dentre esses princípios destacam-se os da independência e motivação, da imparcialidade do juiz nas decisões judiciais, da livre iniciativa das partes, da paridade das armas, do

contraditório, da ampla defesa, e da coisa julgada. Importante dizer que todos esses princípios, todas essas garantias juntas, têm formado aquilo que é conhecido como o devido processo legal.

Diante desse sistema de garantias e sob a perspectiva da eficácia é possível compreender o motivo pelo qual a jurisdição estatal é referência para a tutela dos direitos dos indivíduos. Uma forte característica da jurisdição é o fato dela ser exercida em caráter exclusivo pelo Estado, afastando as formas privadas de solução de litígios e assumindo o papel de um monopólio indelegável, fixando-se como uma atividade eminente estatal. Conforme explica Calmon (2007, p.42), a jurisdição “é reconhecida como um meio ordinário de solução de controvérsias, sendo um poder monopolizado por meio de órgãos próprios e cercada de garantias e poder suficiente para impor suas decisões”.

Numa visão mais moderna, Calmon (2015, p.33-34) leciona que a função do Estado, cuja denominação é jurisdição, visa por meio da certificação e efetivação de suas decisões a pacificação social, decorrente das diversas vertentes da sociedade, seja pelas pessoas jurídicas ou naturais ou pelos órgãos estatais. Ocorre que existe um temor de especialistas, doutrinadores e outros agentes não menos importantes, diante da possibilidade de aplicação generalizada dos demais meios de solução de conflitos, e que esse sentimento de exaltação seja um mito da justiça. Seria prudente confrontar as garantias legais com as novas propostas, mas sem apego emocional.

Para atender a todas as garantias advindas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o processo judicial foi estruturado numa sequência composta de diversas formas, permitindo-se sustentar jurídica e processualmente por um longo tempo, e com uma extensa duração na relação jurídico-processual.

Dinamarco (2001, p.24), sintetiza que “processo é um método de trabalho referente ao exercício da jurisdição pelo juiz” portanto, a concepção de processo como método é aplicada nesta dissertação para se referir igualmente às técnicas aplicadas para a obtenção da autocomposição.

Na mesma esteira segue Calmon (2015, p.37), ao entender que processo é o método pelo qual a jurisdição “atinge sua finalidade de pacificação social e ao mesmo tempo a garantia do indivíduo de que sua esfera de bens e direitos não será atingida arbitrariamente.”

Some-se a isso o que estabelece a Constituição Federal de 1998, no inciso LIV de seu artigo 5º, cuja redação determina que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Nada obstante, verifica-se em Salles, Lorencini e Alves da Silva (2012, p.2), que o Estado é composto de mecanismos e princípios próprios repletos de regras, constituindo assim o “direito processual”, que em linhas gerais estabelece que a jurisdição deve “sobretudo ser imparcial e atuar somente quando solicitada pelos conflitantes, e estes por sua vez, estarão inevitavelmente sujeitos a seu poder.”

Alertam os mesmos autores (2012, p.4), que a hegemonia do método estatal tradicional tem sido frequentemente questionada nas últimas décadas da seguinte forma: o processo judicial sempre é o método mais adequado para se produzir justiça? A jurisdição estatal é o único ente competente para realizá-lo? A própria sociedade poderia promover, de forma autônoma e difusa, soluções para os conflitos de maneira mais justa que a promovida pela jurisdição estatal? Seriam os conflitos resolvidos com mais justiça mediante outros mecanismos?

A preponderância e supremacia da jurisdição estatal citada por Calmon (2015, p.34), diz respeito como um meio de solução de conflitos se aplica diante da

convicção das garantias da independência e imparcialidade do juiz, da motivação das decisões, da demanda iniciada por um sujeito diverso do órgão julgador, da paridade das armas, do contraditório e da ampla defesa, dentre outros, serão exercidas e representadas em sua plenitude. De acordo com Horowitz (1997, NR), esse é o sentimento esperado da justiça estatal, exaltando a crença das partes de que um juiz “respeitável e compassivo deliberará e tomará decisões corretas e justas, fazendo com que o litigante creia que seu interesse seja legítimo, esperando que suas posições sejam adjudicadas.” (apud Calmon, 2015, p.34).

Tal fato, de acordo com Calmon (2007, p.41), justifica que a finalidade encontrada pelos demais meios de solução de conflitos – essa forma exclusiva de ser da jurisdição estatal – é que estimula querer trabalhar a implantação de meios alternativos, os quais, apesar das dificuldades para ganhar espaço, aos poucos vão logrando a confiança dos litigantes.

Caberá ao cidadão se submeter e confiar no princípio da inevitabilidade, investido pelo poder de decisão e coerção de um complexo órgão hierárquico, perdendo, portanto, a autonomia pessoal em favor de funcionários impondo decisões independentes de sua aceitação, com idoneidade e poder. Lembrando que a estrutura da justiça estatal, por corresponder com a organização política, nem sempre é composta pelas mentes mais sábias e inteligentes para desempenharem as funções essenciais, cabe aqui destaque para o posicionamento de Faura (1997, p.197), entendendo a autora que “quem ascende a estamentos governamentais com poder de decisão podem ser ou podem não ser os melhores na hora de resolver os conflitos”.

Calmon (2015, p.35) leciona com propriedade sobre a importância de se salientar que, quando se propõe novos mecanismos autocompositivos para a

solução dos conflitos, bem como reforçar as soluções heterocompositivas – como a arbitragem –deve-se observar que a jurisdição estatal irá preponderar como sendo o sistema que proporcionará um alto grau de garantia, qualidade e coerção, proporcionando a eficácia da jurisdição estatal e tutelando os direitos da comunidade, desde que exercidos satisfatoriamente.

Portanto, considerando-se que a jurisdição é uma fase, um momento histórico em constante adaptação ao *status quo* posto, chega-se a pensar que esse fenômeno evolutivo pode estar produzindo, nos dias atuais, uma nova ordem de realização da justiça.

Caberia aqui, dessa forma, expor as indagações de Calmon (2007, p.39), no sentido de questionar o que estaria acontecendo? Qual seria a evolução da vez? Um encontro com o passado, ou a revitalização dos primeiros mecanismos de solução de conflitos? Uma observação do presente ou uma visão do futuro?

Para responder aos questionamentos é necessário verificar a situação por que trafega atualmente um dos três Poderes que compõem o Estado brasileiro.

2.1. A crise no Poder Judiciário

É crescente o espaço ocupado na imprensa e no meio acadêmico pela denominada “crise na justiça”, sendo que o mesmo não ocorre na agenda política, especificamente com o Poder Legislativo. Isso não se considerando a falência de tal Poder do ponto de vista moral, além do que o mesmo poderia colaborar com iniciativas mais produtivas, propondo projetos que contribuíssem de alguma forma com a celeridade no Judiciário, por meio de políticas públicas consensuais das controvérsias. Porém, o Brasil não é caso isolado, pois em muitos países é grande a

insatisfação da sociedade com o serviço público prestado pelo Poder Judiciário, haja vista sua incapacidade de atender de maneira adequada as demandas nas esferas cível e penal, insuficiência esta motivada não raras vezes pela própria ausência da justiça, pela sua morosidade e até mesmo, em algumas situações, pela ineficácia das decisões.

Para Calmon (2015, p.3), para resolver tais questões é necessário trabalhar o contexto como um desafio a ser vencido de forma coordenada, mesmo sendo complexo e tão fortemente enraizado.

É certo que a justiça brasileira vem sofrendo atualmente uma crise em função do “exacerbamento processual”, ou seja, em consequência dos números exagerados de recursos para os quais se tem para a solução dos litígios. Isso implica no fato de que grande parte da sociedade encontra-se insatisfeita com a “justiça” praticada no Brasil, ou melhor, com o serviço do Poder Público por meio do Poder Judiciário. Segundo Luchiari (2012, p.VII), isso ocorre porque a “justiça” não atende às necessidades da coletividade de forma satisfatória, deixando muitas vezes um sentimento de injustiça e descaso. Conclui-se, então, que a crise enfrentada pelo Poder Judiciário é o reflexo da sobrecarga excessiva de processos repetitivos, o que incide num desempenho inadequado.

O princípio do acesso à justiça, inscrito na Constituição Federal brasileira de 1988 (art. 5º, inc. XXXV) assegura não apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas também um acesso qualificado que propicie aos indivíduos alcançar uma ordem jurídica justa. Nesse sentido, cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico – não necessariamente uma divergência – o direito a uma atenção especial por parte do Poder Judiciário. Compete a este não somente organizar os serviços prestados por meio dos processos judiciais, mas também aqueles que

auxiliem as necessidades dos cidadãos de modo mais abrangente no exercício da cidadania.

Portanto, cabe ao Poder Judiciário, segundo Luchiarri (2012, p.VIII), organizar não apenas os serviços processuais, mas os “serviços de solução das controvérsias através dos mecanismos alternativos à solução adjudicada mediante sentença.”

Fica fácil inferir que todos procuram uma saída para a denominada “crise do Judiciário”, pois a mesma já ultrapassou os limites toleráveis, especialmente nas áreas cível e criminal. A quantidade de processos morosos que, por consequência, trazem muita angústia aos que dele necessitam, são de responsabilidade do Poder Judiciário. Calmon (2007, p.47), entende que, por tais razões, buscam-se soluções que atenuem tal lentidão, reduzindo o número de processos, bem como possibilitando a simplificação dos atos processuais.

Isso ocorre devido às causas e vícios que, com o passar dos anos, infelizmente foram sedimentados no âmbito do Poder Judiciário. Atualmente se traduzem em erros e vícios de difícil reparação e que trazem somente morosidade ao processo e deveras ineficácia às decisões judiciais. (CALMON, 2007, p.3).

Entretanto, segundo Calmon (2007, p.5), configura equívoco pensar na possibilidade de a justiça brasileira estar em crise, cabendo destaque para o fato de que a terminologia “crise” será utilizada nesta dissertação para expressar as constantes falhas do Judiciário (morosidade, acúmulo de processos, etc.), levando assim a pensar que o mesmo está passando realmente por alguma crise, mas nada que não possa ser revertido a médio ou longo prazo. É fato que muitas iniciativas visam o aperfeiçoamento do serviço público judiciário, tais como a reforma da legislação processual, o aperfeiçoamento dos juízes e a modernização da máquina judiciária (processo eletrônico, juzizados especiais e mais recentemente o fenômeno

da conciliação e mediação com mais intensidade), pois acredita-se que melhorando esses serviços, a tal “crise” será sanada, solucionando assim a lentidão na justiça. Porém, muitos outros fatores devem ser considerados. Como exemplo é possível citar a existência de uma grande quantidade de litígios represados pelo obstáculo social, econômico, político e jurídico ao acesso a justiça, sobretudo da necessidade de oferecer “justiça” com mais qualidade, de forma mais ampla possível, por meio dos variados mecanismos consensuais, atingindo assim sua finalidade.

Devido à necessidade de se oferecer uma justiça mais abrangente possível, por meio de outros mecanismos autocompositivos que também objetivam a pacificação social, não existe um pensamento unânime acerca das causas e das soluções para as crises da justiça. Entretanto é unânime o pensamento que existe uma desproporção muito grande entre a oferta de serviços e a quantidade de conflitos a resolver, fato esse que tem levado muitos doutrinadores a concluírem que a justiça está em crise.

Com uma visão mais aprofundada, Grinover, Watanabe e Lagrasta Neto (2013, p.65), lecionam que “a crise na justiça destaca-se pelo seu alto custo, morosidade e inacessibilidade, pondo em evidência alguns fundamentos das vias autocompositivas.”

O primeiro a ser destacado é o “fundamento funcional” das vias conciliativas, onde se busca a desobstrução dos tribunais – com a racionalização na distribuição da justiça –, atribuindo soluções às diversas lides por meio dos métodos autocompositivos institucionalizados.

O fundamento funcional trata das controvérsias sociais que permanecem sem soluções por conta da técnica processual inadequada para solucionar questões que envolvam, por exemplo, acidentes de trânsito, relações de vizinhança ou

comunitária, tutela do consumidor, entre outras. Apesar de já haver os juizados especiais se ocupando dessas questões por força de competência normativa, tais órgãos também já se encontram extremamente sobrecarregados. Grinover, Watanabe e Lagrasta Neto (2013, p.66), destacam que este fundamento ainda trata dos esforços para melhorar o desempenho e a funcionalidade do Poder Judiciário, colocando-se numa dimensão inspirada em motivações.

Num segundo momento temos os “fundamentos sociais”, que podem ser sentidos na adoção das vias conciliatórias – alternativas ao processo –, também consistentes na sua função de pacificação social, até porque a mediação e a conciliação se inserem no plano da política judiciária, podendo ser enquadradas numa ocupação mais ampla de jurisdição, limitando-se a prevenir situações de tensões e rupturas, conciliando e compondo as partes.

Uma vez que os fundamentos funcional e social das vias conciliativas foram abordados, convém examinar a terceira dimensão da autocomposição, baseada em seu “fundamento político”. Este vem a ser o terceiro fundamento a ser observado, no qual é analisada a participação popular na administração da justiça, por meio da colaboração do seu corpo social nos procedimentos autocompositivos, proporcionando à administração da justiça uma participação democrática.

Assim, expostos os fundamentos das vias conciliativas, cumpre notar que a função funcional, social e política da autocomposição não se excluem, mas coexistem e se complementam, compondo um quadro harmonioso nos diversos fundamentos e que desemboca no renascimento dos institutos autocompositivos.

Muitos pesquisadores e juristas de renome vêm efetuando pesquisas para descobrirem quais são as reais causas que levam o Judiciário a aparentar essa crise. Calmon (2007, p.45), ensina que, do mesmo modo, também buscam uma

solução para essas causas. Embora dotados de divergências nas opiniões, certo é que todos desejam é a melhoria do Poder Judiciário.

Diante da postura do Poder Judiciário, a sentença é considerada a solução mais adequada por meio da solução adjudicada das controvérsias. Isso sustenta a conhecida “cultura da sentença”, gerando um volume muito grande de recursos e congestionando todas as instâncias, sem contar as execuções judiciais oriundas destas sentenças.

Isso faz com que o exercício da jurisdição apresente custo muito elevado, além de exigir considerável decurso de tempo. Tais características têm sido rechaçadas socialmente, não existindo mais a defesa da antiga máxima a pregar que “a justiça tarda, mas não falha”, haja vista que atualmente na situação brasileira ela tanto “tarda quanto falha.” (CALMON, 2007, p.44).

Para Calmon (2007, p.3), muitos doutrinadores e pesquisadores, diante dos problemas apresentados em relação ao Poder Público, procuram detectar os entraves e elaborar uma proposta de política nacional que incentive os mecanismos de autocomposição. Busca-se formas para que a “crise” da justiça seja superada, tornando-a um sistema de resolução de conflitos com caráter mais efetivo. Isso porque a sociedade clama por um processo que seja efetivo e ao mesmo tempo proporcione resultados no tempo necessário. Num contexto geral, a grande maioria da população se encontra descontente com a morosidade da justiça, vez que a efetividade do processo “desaparece quando ele é caro e lento, e quando as partes não possuem a efetiva condição judicial de buscar uma solução para sua lide.” (Ibidem, 2007, p.45).

Calmon (2007, p.5), ainda explica que o entendimento no sentido de que a justiça brasileira estaria em “crise” seria um pensamento um tanto quanto

precipitado. Isso porque outros fatores devem ser levados em consideração. Sobretudo a necessidade de se oferecer “justiça” de forma mais ampla, utilizando-se de vários mecanismos para atingir tal finalidade. Nesse sentido, a principal causa da “crise judiciária” é a sobrecarga dos tribunais, a morosidade do processo, seu custo, a burocratização, certa complicação procedimental.

Na realidade, outros fatores diversos devem ser considerados, como a necessidade de se oferecer o serviço judicial da forma mais ampla possível, utilizando-se dos mecanismos disponíveis para tal finalidade. Não se pode, com aceitação unânime indicar soluções ou apontar indicativos para resolver a crise na justiça, mas a desproporção entre a quantidade de conflitos a resolver e a oferta de serviços é ponto pacífico. (CALMON, 2007, p.3).

Os meios encontrados para que as discórdias tenham um tratamento adequado são os chamados meios alternativos de solução de conflitos, em especial a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem. É notório observar que o CNJ – Conselho Nacional de Justiça –, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais não os consideravam uma prática idônea a ser usada pelo Poder Judiciário.

O estudo e a adoção de métodos autocompositivos são um dos caminhos mais favoráveis para que a “crise” no Poder Judiciário seja amenizada. Como consequência, faz com que seja estabelecido um incentivo a uma política pública, bem como sua divulgação de forma universalizada. Assim, os métodos alternativos de solução de controvérsias seriam fixados de forma criteriosa, estabelecendo a seleção e capacitação dos terceiros facilitadores – conciliadores, negociadores e mediadores – , com o propósito já especificado anteriormente de promover a pacificação social. (LUCHIARI, 2012, p.48).

Mesmo diante dos resultados positivos em relação ao aperfeiçoamento do serviço público jurisdicional, o que se propõe é a utilização formal e em larga escala de outras formas para a solução dos conflitos, especificamente para os mecanismos autocompositivos, permitindo à sociedade sua livre utilização, estabelecendo seu incentivo como política pública e a sua universalização como meio de solução de controvérsias, objetivando a pacificação social, de maneira contínua, resolvendo ou eliminando o maior número possível de conflitos. (CALMON, 2015, p.6).

Portanto, o que se propõe não é a substituição da justiça imposta pelo método consensual, mas o fortalecimento dos sistemas para que possam operar oferecendo à sociedade as duas alternativas, simultaneamente, de formas distintas e complementares. No caso da justiça consensual, o Brasil demanda pela elaboração de um sistema ordenado e coordenado por uma política de incentivo aos mecanismos autocompositivos para solucionar os conflitos, conforme estabelece Emenda Constitucional nº 01, de Janeiro de 2013, que altera alguns artigos da Resolução do CNJ nº 125, de 29 de novembro de 2010, instituindo de forma definitiva a Política Judiciária Nacional para o tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário, permitindo à sociedade o direito de solucionar suas divergências pelos mecanismos adequados, conforme sua natureza e peculiaridade. (Ibidem, p. 05).

Uma leitura nem tão atenta ao presente capítulo permite detectar que os meios alternativos de solução de conflitos não foram abordados de forma satisfatória, mas tal déficit foi proposital, haja vista que o tema será tratado com mais profundidade no próximo capítulo.

3. OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Para se enveredar no tema em epígrafe, interessante primeiramente destacar o posicionamento de Salles, Lorencini e Alves da Silva (2012, p.3), quando lecionam que as sociedades contemporâneas têm discutido acerca do que seja formal ou informal, do que seja seguro ou arriscado, do que seja violento ou brando, e principalmente do que seja justo ou injusto. Portanto, cada sociedade estabelece, conforme suas expectativas, os métodos de soluções de conflitos em consonância com seu estado de crise, com seus conceitos de forma, segurança, violência e de justiça.

Atualmente, tanto os mecanismos “extraordinários ou alternativos” convivem de forma mais harmoniosa com a jurisdição estatal e o processo legal, solucionando as lides por meio dos mecanismos autocompositivos e heterocompositivos a saber: arbitragem, mediação, conciliação e negociação.

Grinover, ao pesquisar amplamente sobre o tema, revela que durante um longo tempo a sociedade considerou a autocomposição e a heterocomposição como instrumentos próprios das sociedades primitiva e tribais, enquanto a civilização moderna adotou o processo baseado na jurisdição como forma insuperável de solução de conflitos. (In: GRINOVER, WATANABE, LAGRASTA NETO, 2013, p.1).

A autocomposição, ao abranger uma variedade de instrumentos e por não seguir técnicas adversariais, leva os litigantes a buscarem a solução conciliativa do litígio, fazendo com que um terceiro imparcial seja apenas o intermediário que auxiliará as partes a se comporem.

Já na heterocomposição, temos a arbitragem como instrumento de solução da lide, cuja decisão é imposta às partes não pelo juiz togado, mas pelo juiz leigo,

sendo ainda um método adversarial que não raras vezes é mais adequado que o método jurisdicional para determinadas situações conflituosas. Grinover também ensina que, no presente, os interesses vias consensuais resurgem como meios alternativos ao processo, sendo capazes de encurtá-lo ou até mesmo evitá-lo, revelando a importância da mediação e da conciliação como métodos autocompositivos e levando ao renascimento desses instrumentos na sociedade contemporânea. (Ibidem).

Portanto, os métodos consensuais de solução de conflitos são recomendados, mas na visão de Salles, Lorencini e Alves da Silva (2012, p.12), que sejam utilizados já na base da formação jurídica, antes mesmo do condicionamento do graduando aos padrões normais da litigância judicial. Tal prática fatalmente os sedimentará e fará com que eles não sejam encarados como exceção, mas regra.

Porém, ressalte-se que os meios alternativos de solução de conflitos não têm o condão de substituir os métodos tradicionais de utilização do sistema judicial. De acordo com Sampaio e Braga Neto (2007, p.16), proporcionam, sim, outra opção ou caminho a ser seguido para a solução das lides, atendendo pessoas físicas ou jurídicas que buscam solução para as inter-relações pessoais ou comerciais.

Some-se a isso o posicionamento de Salles, Lorencini e Alves da Silva (2012, p.11-12) no sentido de que os meios alternativos de solução de conflitos são hoje uma realidade no cenário social e jurídico brasileiro, promovendo o tão almejado “acesso à justiça” por intermédio da diversificação dos métodos de resolução das controvérsias de interesses ou de direitos.

Diversos ramos do Direito utilizam os métodos de resolução de conflitos em suas agendas de pesquisa na formação jurídica, procurando dessa forma acompanhar esse cenário inovador. Isso se dá por meio da sociologia jurídica, do

direito processual civil e/ou penal, do direito administrativo, do direito tributário, entre outros, o que tem permitido a produção de pesquisas direta ou indiretamente relacionadas com a autocomposição – conciliação, mediação e negociação –, bem como com a arbitragem.

Cabe ainda destaque para a relevância no cenário nacional, no qual políticas públicas foram implementadas para que tais métodos fossem incluídos não só no Poder Judiciário, mas também nos cursos de Direito, passando a oferecer formação nessas novas técnicas de resolução de conflitos como disciplina obrigatória em muitas faculdades e universidades.

Os meios alternativos não excluem ou evitam um sistema judicial, por mais caótico que ele seja; nem se colocam inteiramente ao lado da jurisdição estatal. Buscam de forma apropriada situar-se entre a controvérsia e a solução que se entende como sendo a mais justa. Calmon (2007, p.37-39), resgata com muita propriedade que diante de qualquer divergência, alguém que queira valer-se dos seus direitos perante outra pessoa, pode optar por dois meios de solução: buscar solução amigável por meio da autocomposição ou provocar a jurisdição estatal, juntamente com o poder que lhe é inerente.

Nos cursos básicos de teoria do Estado e de direito processual sempre foi lecionado que, ao menos no plano teórico, a jurisdição sempre conviveu continuamente com outros métodos heterocompositivos e autocompositivos na solução de conflitos, buscando a pacificação social, incluindo também a heresia da autotutela.

Atualmente as sociedades organizadas politicamente como Estados têm usufruído da atividade estatal de jurisdição como meio institucional ou até mesmo ordinário de solução de conflitos. Assim, para que esses meios alternativos sejam

eficientes é fundamental que haja uma opção idônea de autocomposição. Em outras palavras, a sociedade deve compreender a sua própria atuação como meio de fazer valer a vontade concreta de um direito com o intuito de promover a paz social e colocar fim às controvérsias. Isso é denominado, então, de meio alternativo de solução de controvérsias.

Nesse sentido, Calmon (2007, p. 38) chama a atenção para o fato de a jurisdição atual configurar uma evolução histórica que tem como ponto de partida o simples uso da força privada. Entretanto, no decorrer do caminho ela se difere e chega a pontos diferentes, possibilitando também a criação de mecanismos de solução como a autotutela.

De fato, o que importa é que a sociedade organizada passou a assumir o controle dos meios de solução das controvérsias. Assim, ficou de fácil apreensão o poder que o Estado tem de absorver um problema e decidir impositivamente sobre o mesmo, o que já acontecia há séculos e que, com o decorrer do tempo, sofreu evoluções até fazer parte da estruturação do Estado moderno.

Vários doutrinadores e pesquisadores adotam os meios alternativos de solução de controvérsias como um grande instrumento para que a morosidade do Poder Judiciário seja atenuada. Contudo, de acordo com Calmon (2007, p.47-49) é importante dizer que o fato de um mecanismo não funcionar a contento não significa que, com sua substituição, outro sistema apresentará melhor desempenho. Esses métodos alternativos são por muitas vezes esquecidos pela população, especialmente pela prática sedimentada de buscar solução no Judiciário. Muitas das divergências têm sua solução encontrada por meio da sentença judicial, especialmente pelo fato das partes a considerarem imparcial por excelência, já que é conduzida pelo Poder Judiciário.

Entretanto, as relações humanas passaram a ser mais complexas, exigindo que novas fórmulas de solução de conflitos fossem aprimoradas em detrimento das tradicionais já existentes e que não mais satisfazem aos necessitados de amparo frente às lides. Assim, segundo Calmon (2007, p.43), evitando a litigiosidade contida no Judiciário, o processo é o método pelo qual “a jurisdição atinge sua finalidade de pacificação social, ao mesmo tempo em que traz ao indivíduo a garantia de que sua esfera de bens e direitos não seja atingida arbitrariamente.”

Tais meios alternativos fizeram com que as sentenças, recursos e as execuções fossem reduzidos quantitativamente no trânsito junto ao Poder Judiciário. Luchiarri (2012, p.8), entende que o aspecto fundamental e mais relevante em relação aos meios consensuais foi a transformação social que ela proporcionou, haja vista que “as divergências passaram a ter uma solução mais adequada, onde as controvérsias eram tratadas de acordo com suas particularidades.”

Entre as diversas soluções para uma determinada divergência a mediação vem a ser também uma das opções da qual o sistema judiciário se utiliza. Aliada à arbitragem, conciliação e negociação, compõe os métodos alternativos de resolução de conflitos mais utilizados no Brasil. (SAMPAIO e BRAGA NETO, 2007, p.10).

Nesse sentido, interessante consultar Salles, Lorencini e Alves da Silva (2012, p.12) ao lecionarem que a mediação se projeta por meio de núcleos especializados há algum tempo no Brasil, mas sem o devido reconhecimento, assim como a conciliação não é somente praticada, como se tornou foco de política pública aprovada pelo Poder Judiciário com o advento da Resolução 125/2010 do CNJ.

Não se omite ainda a arbitragem, que há muito se tornou preferencial pelas empresas de maior projeção econômica, quando de suas demandas comerciais na

solução de suas lides. Mesmo as empresas com menor potencial econômico a estão adotando, sendo inclusive utilizada pela Administração Pública.

Na prática, Luchiari (2012, p.2) ensina que tanto a conciliação judicial como a arbitragem ou a mediação têm como objetivo a pacificação por meio dos métodos alternativos. A solução obtida por meio da sentença judicial é substituída por solução consensual ou arbitral, cabendo a cada agente social escolher a opção que mais lhe convier.

Não se pode desconsiderar também o posicionamento de Sampaio e Braga Neto (2007, p.11), ao considerarem que tais métodos são resultado do formalismo judicial de vários países, cuja necessidade foi solucionar as lides de maneira rápida, eficaz e eficiente nas áreas do inter-relacionamento, haja vista o afastamento cada vez mais incisivo do Estado nos assuntos de interesses particulares.

As técnicas de resolução de conflitos não jurisdicional, ou seja não adjudicada, tem hoje seu reconhecimento em núcleos organizados, nas faculdades e nos estágios profissionalizantes, buscando sua formação prática e ocupando espaço como disciplina autônoma e obrigatória em métodos alternativos de solução de conflitos, sendo ministradas nos anos iniciais da formação jurídica. (Ibidem, p.12).

Para finalizar a questão, tem-se que muitos trabalhos são desenvolvidos no contexto da mediação e arbitragem fora do Poder Judiciário e de maneira *ad hoc*, sendo que esses profissionais não podem apresentar nenhum relacionamento com outra instituição de solução de conflitos, ou câmara de arbitragem. (Ibidem, p.26).

3.1. Dos mecanismos alternativos de solução de conflitos

De acordo com exposto até o momento, percebe-se que um modo novo de pensar sobre a justiça vem ganhando força, pois não somente o Estado é chamado a contribuir para o exercício da jurisdição, mas também a sociedade, por intermédio de voluntários a exercerem a função de facilitadores, conciliadores ou mediadores. Porém, necessário será que os operadores do Direito procurem respostas adequadas em outras instituições e seguimentos sociais para os problemas jurídicos, principalmente os ligados às questões sociais.

Promovendo a continuidade da discussão, torna-se necessário destacar as observações muito bem elaboradas por Salles, Lorencini e Alves da Silva (2012, p.4-6) em relação aos mecanismos conhecidos como “alternativas de solução de controvérsia” (as ADRs) que diferem do processo judicial por não possuir uma estrutura de regras de manuseio. Sua operação se pauta em regras básicas e princípios gerais devido às suas características e natureza peculiares, conforme as descritas na sequência.

As ADRs representam uma variedade de métodos de solução de disputas de interesses e derivam da linha inglesa, sendo que tais métodos são distintos e substitutivos da sentença prolatada nos processos judiciais, a exemplo da arbitragem, mediação, conciliação, negociação, entre outros.

A terminologia (e sigla) foi cunhada por Frank Sender, docente da *Harvard Law School* (Cambridge, Massachusetts, USA), que apresentou a expressão *Alternative Dispute Resolution (ADRs)* em trabalho submetido à *Global Pound Conference*, evento que ocorre anualmente em países diversos e tem como tema central a justiça alternativa. Este trabalho, muito bem elaborado, tratava das perspectivas sobre o futuro da justiça, e defendia os meios de resoluções de disputa,

bem como sua diversificação, mencionando o termo com ênfase na contraposição à justiça estatal.

Postas as considerações anteriores, têm-se que o movimento a favor das ADRs tiveram suas raízes no início do século XX, nos Estados Unidos da América; portanto, tem pouco mais de cem anos, sendo certo que à época já se observava a insatisfação da população com os institutos legais. Por conta disso, o uso da arbitragem e da conciliação foi intensificado, pelo o fato de serem menos onerosas e menos conflitantes que o litígio judicial.

Em sentido contrário, Roberts e Palmer (2005), dizem que sempre houve, em cada época, e em cada sociedade os mecanismos não jurisdicionais de solução de conflito; portanto, estão longe de ser uma criação do século XX. A sociedade sempre fez uso de mecanismos informais de solução de conflitos, com menor ou nenhuma presença estatal, como os mecanismos formais da justiça, centralizados no Estado. “Os ADRs representam a mais recente oscilação no sentido dos mecanismos informais e privados de justiça (apud SALLES, LORENCINE e ALVES DA SILVA, 2012, p.5).

Entretanto, Kelly (1996), lembra que Roma, em sua fase mais antiga, quando o governo era ainda teocrático, também passou por variados modelos de formalismo e legalismo ao tratar da solução dos conflitos, em períodos nos quais os procedimentos não eram precisamente detalhados e os assuntos legais eram confiados a um colegiado de pontífices. (Ibidem, p.6)

Esse modelo formalista romano, que influenciou a Europa muitos séculos depois, ocorreu majoritariamente no período republicano. Silva explica que outros mecanismos informais e racionais de soluções de conflitos, como o *flagitatio* (cobranças em praça pública de modo a envergonhar o devedor) e a justiça popular,

foram substituídos somente a partir das Leis das XII Tábuas pelos mecanismos mais racionais e formais, tal como o processo judicial, cujas regras procedimentais não extinguiram de imediato a *transatio* (as partes ainda podiam firmar mesmo após o início do procedimento ou da prolação do *iudex*), pois as regras procedimentais estavam começando a ser elaboradas. (In: SALLES, LORENCINE e ALVES DA SILVA, 2012, p.6).

Silva, lembra que o marco teórico das ADRs surge com Roscoe Pound, com as críticas ao caráter adversarial da justiça, comparando sentenças judiciais a um resultado de uma batalha campal entre os litigantes por meio de seus advogados, chamando de “sporting theory justice” ao invés de buscar a concretização dos valores desejados pela sociedade. (Ibidem, p.5).

Uma vez especificado o que é conflito e o seu entendimento, na condição de fenômeno – nem sempre ruim – que surge também das evoluções, algo negativo no cotidiano das pessoas, interessante a partir de agora discorrer um pouco sobre os meios de solução das lides, cabendo especificar que, de acordo com Vasconcelos (2012, p.20), “quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas. Quando o demonizamos ou não o encaramos com responsabilidade, a tendência é que ele se converta em confronto e violência.”

A solução que dissolve as divergências depende do reconhecimento das diferenças e da identificação dos interesses comuns e contraditórios subjacentes, desde que a relação interpessoal esteja fundamentada em alguma expectativa, valor ou algo que seja de interesse comum. (Ibidem, p.20). Daí a necessidade de haver substancial diálogo na relação mediados/mediador, buscando a compreensão e as

pretensões das partes, bem como qual a melhor forma de se chegar a uma solução justas para ambas.

Contudo, ao se refletir a questão no âmbito judicial, percebe-se que nem sempre é possível a confabulação necessária para se chegar a um acordo, pois não são todas as pessoas que possuem condições financeiras para custear um processo no Poder Judiciário, quiçá aguardar a morosidade advinda das complicações trazidas pelas formalidades do Judiciário.

Não é de se estranhar que a problemática gere um problema social crônico, conhecido como “litigiosidade contida”. Fique claro, porém, que isso não ocorre por culpa exclusiva do Judiciário, mas também diante da inexistência de outros meios eficazes que venham a se apresentar como uma boa forma de resolver esses problemas. (CALMON, 2007, p.29).

Os modelos alternativos de solução de controvérsias, também conhecidos como meios extraprocessuais – já que estão aquém da jurisdição estatal –, se dividem em três, sendo que o primeiro modelo é denominado heterocomposição, no qual existe um terceiro intermediário que julga o conflito – Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015 –, com base no que foi apresentado pelas partes, atuando como um juiz leigo na pessoa de um árbitro.

O segundo modelo diz respeito aos meios autocompositivos, no qual as partes, por vontade própria, desejam sanar aquele embate visando recuperar a harmonia perdida entre elas, enquanto o terceiro modelo tem caráter mais primitivo no qual prevalece o interesse do mais forte sobre o mais frágil, denominado como autotutela.

Atualmente no Brasil os meios alternativos são conhecidos como autotutela e admitidos somente para defender direitos que estejam sendo violados: arbitragem

que é um método heterocompositivo; negociação, onde as partes tentam resolver sua lide mediante diálogo; mediação, que é um meio alternativo cooperativo; e conciliação, como meio judicial e privado de resolver os conflitos de forma amigável.

3.1.1. Da Autotutela

A autotutela é uma forma de solucionar as desavenças, na qual as partes impõem sobre a outra o sacrifício do seu interesse. Calmon (2007, p.30) explica que, apesar de ser incomum no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser usada somente como exceção nos casos de urgências com proporcionalidade a exemplo, da legítima defesa. Sua aplicação no Direito brasileiro, é permitida somente nos casos de excepcionalidade, ou seja apenas quando prevista na norma jurídica.

Via de regra, nas sociedades organizadas a autotutela é proibida, visto que sua prática se mostra incompatível com os princípios do Estado de Direito (LUCIARI, 2012, p.10), sendo vedada pelo ordenamento jurídico, mas podendo ser usada somente como exceção, nos casos de urgência ou de proporcionalidade entre valores ou ainda como a vida em jogo.

Como exemplo de situações de exceção é possível explicar que no direito penal brasileiro, por exemplo, a autotutela é permitida nos casos de legítima defesa; no direito civil é permitido o desforço imediato, o penhor e a retenção por benfeitorias; já no direito executivo prevalece a autoexecutoriedade. Enfim, a principal característica da autotutela é a ausência de um terceiro com o poder de decisão vinculativa e a imposição da vontade defendida pela lei de uma parte à outra. Lembra, pois, os tempos primitivos, onde não existia uma civilização

organizada ou mesmo na atualidade, no caso, por exemplo, do islamismo fundamentalista. (Ibidem).

Os principais diplomas que permitem sua utilização no Brasil são a Constituição Federal, o Código Civil, o Código Penal, o Código Penal Militar, e na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O Código Civil, por exemplo, homenageia o direito, nos casos que envolvam o exercício legal do direito, tais como, na retenção ao possuidor de boa-fé que tenha realizado benfeitorias necessárias no imóvel (art.1.219 e 1.220 CC), nos casos de desforço imediato do esbulho (art. 1210 § 1º, CC), apreensão do bem como penhor legal (art. 1467, I, CC), permitida também no caso de legítima defesa (art.188, I, do CC), e nos casos de estado de necessidade (art. 188, p.ú; inc. II, do CC).

Ainda, no Código Civil, a Autotutela pode ser observada nos casos de direito de retenção, previstos em diversos artigos do referido Código, tais como: no adimplemento das obrigações (art. 319); na compra e venda com reserva de domínio (art. 527); na locação de coisas (art. 571 e 578); no depósito voluntário (art. 633 e 644); no mandato (art. 664 e 681); na comissão (art. 708); no transporte de pessoas (art. 740, § 3º e 742); no penhor (art. 1.433, II e 1.455, p.ú); e na anticrese (art. 1.423, 1.507, § 2º e 1.509, § 1º).

Do mesmo modo, o Código Penal, prestigia a autotutela como meio de defesa do indivíduo ao mal injusto causado, não configurando crime a prática do fato cometido em estado de necessidade, legítima defesa ou, no estrito cumprimento do dever legal, bem como no exercício regular do direito, consoante previsão do art. 23 do CP.

A Lei Penal chega a criminalizar a Autotutela, por meio de um tipo penal chamado “Exercício arbitrário das próprias razões”, conforme exposto no art. 345 do

CP, mesmo que a razão dos fatos esteja pendente ao agressor, a referida lei afirma ser crime *“Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permita: Pena – detenção de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único – Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa”*. Ou seja, o referido artigo quer dizer que, mesmo que seja legítima a pretensão, é o Estado, e não o indivíduo, que deve promover algum ato, buscando a aplicação do direito no caso concreto, mediante o uso do processo. A Autotutela poderá ser utilizada somente quando a lei assim a permitir.

Além do que, qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito, conforme se denota da leitura do art. 301 do CPP.

Importante ressaltar, que tanto a Lei Penal, Civil e Militar, trazem as variadas formas de Autotutela, conhecidas como “Exclusão da Ilícitude” ou “Exclusão de Crime” (art. 23, CP e Art. 42, CPM) e transcritas em quatro tipos, a saber: O Estado de Necessidade (art. 23, I, c/c art. 24, CP, e art. 42, I CPM); A Legítima Defesa (art. 23, II, c/c art. 25, CP, e art. 42, II, CPM); O Estricto Cumprimento do Dever Legal (art. 23, III, 1ª parte, CP e art. 42, III, CPM) e O Exercício regular do Direito (art. 23, *in fine*, CP e art. 42, IV, CPM). A Lei, traz diversos requisitos, para que nos dois primeiros casos, ou seja, no Estado de Necessidade e na Legítima defesa, não se haja abuso no uso do direito à Autotutela.

Já no Direito Administrativo, o STF, possui um vasto acervo jurisprudencial, por exemplo, no enunciado da Súmula 346, ao afirmar que *“A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”* bem como no enunciado da Súmula 473, em que *“A Administração pode anular seus próprios atos, quando*

eivados de vícios que o tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. Sendo assim, a Administração Pública, deverá agir estritamente na legalidade, não podendo jamais, agir de forma diferente da lei, pois é seu dever proferir somente atos legais, e declará-los nulos, caso os mesmos forem ilegais.

3.1.2. Do mecanismo heterocompositivo: Arbitragem

Primeiramente é preciso ter em mente que a arbitragem, assim como a mediação, possui regra própria que a rege. A Lei 13.129 de 26 de maio de 2015, alterou a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem, trata-se de uma norma relativamente enxuta e renovada, mas de extrema importância ao cenário jurídico brasileiro.

A arbitragem ocorre quando a fixação da solução de certo conflito entre as partes é entregue a um terceiro, denominado árbitro, em geral por elas próprias escolhida. Além disso, em se tratando de arbitragem obrigatória, essa livre escolha pode ser restringida pela lei reguladora do sistema. Destaca ainda que no direito brasileiro a arbitragem só pode se dirigir a accertamentos de direitos patrimoniais disponíveis e está prevista na Lei 13.129/2015. sendo certo que o árbitro não pode ser o Juiz, no exercício de sua função judicante – sob pena de confundir-se com a jurisdição. (SAMPAIO e BRAGA NETO, p.16,17).

A arbitragem e seu emprego milenar se dá desde o ano de 3000 a.C., na Babilônia, onde os Estados soberanos solucionavam seus desentendimentos através do referido instituto. Na Idade Média os cristãos empregavam muito o seu

uso, bem como na Grécia e na Roma antigas. A justiça laica não era confiável para os cristãos e, sob essa ótica, o uso da arbitragem era bastante amplo naquela época para solucionar as divergências entre seus seguidores. Na Revolução Francesa também se verificou sua utilização. (SAMPAIO e BRAGA NETO, 2007, p.17).

A obrigatoriedade de sua utilização no Brasil ocorreu a partir da Constituição do Império de 1824, artigo 60. Todavia foi por meio do Código Comercial de 1850 que seus dispositivos foram se adequando, estabelecendo sua obrigatoriedade conforme seu dispositivo de número 294. As Ordenações Filipinas e Manuelinas também já admitiam a existência da arbitragem e sua utilização. (Ibidem, p.17).

O regulamento 737, do ano de 1850, conhecido como primeiro diploma processual brasileiro codificado, previa, em seu artigo 411, que o juízo arbitral seria obrigatório se as causas comerciais o fossem. Entretanto, ambos foram revogados pela Lei 1.350, de 1866. Antes do advento da Lei 9.307, sancionada em 23.09.1996 a arbitragem estava prevista nos artigos 471, 1.072 a 1.102 do CPC.

O instituto da arbitragem teve um grande impulso com a Lei 9.307/96, que retirou obstáculos que dificultavam sua utilização no Brasil: a homologação judicial da sentença arbitral não foi mais necessária, pois passou a ter a mesma eficácia da sentença judicial; instituiu o efeito vinculante da cláusula compromissória para instauração da arbitragem, efeito inexistente anteriormente, bem como dispensou da dupla homologação o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais estrangeiras. (Ibidem, p.17,18).

Some-se a isso o posicionamento de Salles, Lorencini e Alves da Silva (2012, p.7), ao comentarem que a arbitragem tem a mesma eficácia de uma decisão judicial, instituindo a possibilidade das partes, por meio deste mecanismo, solucionar suas controvérsias. Nesta ousada inovação legislativa brasileira, embora

condicionada à concordância das partes, ambos serão obrigados a obedecê-la e, uma vez que pactuada será dado cumprimento à decisão prolatada.

Este impulso possibilitou que o número de instituições arbitrais no Brasil fosse ampliado, bem como os casos por ela administradas. Infelizmente algumas entidades com má-fé, desprovidas do conhecimento dos princípios éticos e jurídicos previsto na Lei de Arbitragem, comprometeram a seriedade e a cultura da arbitragem no Brasil. (SAMPAIO e BRAGA NETO, 2007, p.18).

A Lei de Arbitragem apresenta, desde 1996, um crescimento bastante elevado das Câmaras de Arbitragem e Mediação, por conta da iniciativa privada, tornando-se outra opção de solução das lides. Daí a necessidade de o usuário conhecer os serviços prestados por estas instituições, qual o seu regulamento e quais os profissionais que ali atuam. (Ibidem, 2007, p.26).

Cabe destaque para o fato de que a Lei de Arbitragem provocou reflexões profundas em relação à sua amplitude nas regras processuais e sobre a sua natureza jurídica; a eficácia do laudo arbitral se compara à da sentença judicial, permitindo assim redimensionar a atividade do Estado em relação à jurisdição. (ibidem, 2012, p.7-8).

Ainda sobre o tema, a respectiva norma segue uma linha de estudos fundada na efetividade e no acesso à justiça; a arbitragem, embora não prestada pelo Estado, enquadra-se no conceito de tutela jurisdicional, em que o procedimento arbitral, conforme estabelece a lei, deve atender o devido processo legal, respeitando os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade dos árbitros e do livre convencimento, conforme estabelece a Lei 13.129 de 26 de maio de 2015, que no texto de sua ementa “altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, em seu artigo 21, § 2º, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro

de 1976 [...]”, lembrando que tal procedimento é mais restrito do que as regras que pautam o processo judicial tradicional.

Em complemento, não se pode perder de vista que a Lei de Arbitragem não teve sua recepção de imediato, uma vez que teve contra ela uma Ação de Inconstitucionalidade junto ao STF, argumentada na violação da garantia do acesso à justiça, prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/1988.

Em 2001, por sete votos a quatro, a constitucionalidade da respectiva Lei foi confirmada pela Corte, fundamentada no fato da arbitragem estar limitada às demandas que envolvem direitos disponíveis, pois, afinal de contas, o inciso retro representa o direito de ação, e não um dever. (STF, SE 5.206)

Postas as considerações anteriores, Sampaio e Braga Neto, (2007, p.20-26) lecionam que, através da convenção arbitral, e por meio da cláusula arbitral ou também denominada de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral, é que a arbitragem se instala. As partes se comprometem a levar possíveis divergências inesperadas, através da cláusula compromissória expressa em contrato, na qual afasta a competência ordinária da jurisdição estatal. Já, na hipótese de ser utilizado o compromisso arbitral, as partes estabelecem que diante de um conflito já existente o mesmo será submetido ao instituto da arbitragem.

O que difere um do outro reside no fato de que a cláusula estabelece uma forma preventiva de possíveis divergências; o compromisso arbitral será utilizado diante de um conflito já existente, sendo que as regras deverão atender aos requisitos determinados pela lei. Um árbitro, ou qualquer pessoa física capaz e de confiança das partes, poderá dar solução ao caso.

Uma vez estabelecida a convenção e o conflito submetido à arbitragem, deverão as partes seguir as regras, atendendo aos requisitos previstos em lei. O

conflito será solucionando por um árbitro de confiança das partes, sendo ele único ou em conjunto. A sentença deverá ser proferida em até no máximo 180 dias, a contar da data da instituição da arbitragem, sendo irrecurável e constituindo título executivo judicial.

As partes poderão se conciliar durante o processo arbitral, ou melhor, buscar um entendimento entre si, observando o princípio da autonomia da vontade. Embora a possibilidade da composição entre si seja um instrumento extrajudicial e híbrido, apresenta também momentos informais a exemplo da negociação entre as partes e seus advogados.

Na arbitragem poderá ocorrer a intervenção de terceiros, pois sendo os conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis, estes deverão ser independentes e imparciais. Esses terceiros, por meio de uma comunicação da convenção arbitral, decidirão pelas partes, decisão esta equivalente a uma sentença judicial. (SAMPAIO e BRAGA NETO, 2007, p.17)

Finalizando a questão, Salles, Lorencini e Alves da Silva (2012, p.8), destacam que a aceitação da Arbitragem no Brasil teve sua resistência cultural quebrada com a aceitação dos mecanismos ADRs postos diante do clamor da população, insatisfeita com a morosidade da justiça e diante da esperança do Judiciário de que os acordos reduzissem o volume dos processos judiciais.

Com relativa rapidez, a arbitragem primeiramente ganhou amplo espaço para que as controvérsias comerciais fossem solucionadas e, posteriormente, os casos de cunho doméstico. Tal mecanismo recebeu apoio do Poder Judiciário brasileiro, garantindo assim sua credibilidade. Aos litigantes era compelida a arbitragem, uma vez pactuada previamente, conduzindo à execução das decisões arbitrais e

deferindo suas tutelas de urgência, conforme as premissas aplicadas pelo respectivo instituto.

3.1.3. Da autocomposição

Frisa-se que autocomposição é um meio de solução das desavenças por obra de um dos envolvidos, quando esse cede totalmente, ou de ambos, no caso de haver uma concessão recíproca. Portanto, tal atitude deve ser verdadeira, manifestada sem fruto de qualquer pressão ou sentimento de inferioridade. Implica em altruísmo e interesse pessoal, devendo-se resolver a lide da melhor maneira possível, dentro do binômio custo/benefício. (LUCIARI, 2012, p. 8).

Por isso, a autocomposição pode ser revogada por obra das próprias partes ou anulada por decisão judicial. Todavia, somente será revogada por livre vontade das partes mediante novo acordo, ou será anulada sempre que estiver presente qualquer um dos vícios comuns ao negócio jurídico.

O requisito mais importante da autocomposição é a livre manifestação da vontade dos sujeitos, sendo preciso observar de forma cautelosa que um deles não está agindo apenas com uma liberdade aparente. Por tal motivo as partes devem ser tratadas de forma igual, e elevadas ao mesmo patamar para que ambas tenham a mesma oportunidade no contexto da autocomposição.

Para Luchiarri (2012, p.9), a solução autocompositiva pode ser resolvida de forma unilateral – quando uma das partes abre mão de seus interesses pelo fim do litígio – ou bilateral/multilateral – quando duas ou mais partes buscam uma solução conjunta para a lide apresentada. O que não se pode esquecer é que na autocomposição os envolvidos podem escolher qual forma será adotada para que se

chegue a uma solução adequada, haja vista que ambas as partes têm poder de decisão, diferenciando-se dos demais meios de solução.

Não se pode perder de vista também que:

[...] A solução negociada do conflito que envolve mútuas concessões às partes interessadas, que podem chegar a um acordo por si próprias, por meio de negociação direta ou receber o auxílio de um terceiro (facilitador), capacitado em técnicas de solução de conflitos (conciliador, mediador ou avaliador neutro). O que é importante ter em mente é que na autocomposição as partes mantêm o poder de decisão sobre a composição obtida. (LUCHIARI, 2012, p. 10).

Interessante ressaltar que a autocomposição é compreendida como prevenção ou solução do litígio, mediante decisão consensual das próprias pessoas envolvidas naquele embate. Ela difere da tutela jurisdicional porque nesta existe um terceiro imparcial que decide pelas partes. (CALMON, 2007, p.88) A autocomposição, em contrapartida à autotutela, se dá também quando o indivíduo, por livre disponibilidade e em sacrifício próprio, abre mão do seu interesse de forma unilateral ou bilateral, parcial ou total. Pode chegar a três resultados: renúncia, submissão e transação. (Ibidem, 2007, p.30).

A autocomposição bilateral por transação é um acordo caracterizado pela reciprocidade das partes, quando todos os envolvidos em um conflito abrem mão parcialmente de suas pretensões, ou melhor, enquanto o reclamado abdica de insistir em sua pretensão, o reclamante também o faz, respectivamente. (CALMON, 2007, p.55).

Por renúncia entende-se o abandono apenas da pretensão pelo reclamante. Já por submissão tem-se o abandono da resistência pelo reclamado. Ambas são atitudes unilaterais, sem qualquer compromisso de reciprocidade da parte contrária, mas que colocam fim à discórdia, trazendo a sua solução. (Ibidem, p.55).

Nesse sentido a autocomposição difere também da autotutela, pois nesta existe imposição por uma das partes para que a outra faça ou deixe de fazer algo. Na autocomposição há vontade de ambas as partes, sendo fruto do consenso. (CALMON, 2007, p.53).

Alcalá e Zamora ensinam que, vista de fora, ou melhor, das pessoas que desconhecem a interioridade do litígio, a autocomposição aparenta uma demonstração de altruísmo. “Observada em seu interior, no entanto, o móvel pode variar sobremaneira.” (apud CALMON, 2007, p.53)

Some-se a isso que a autocomposição possui duas espécies, podendo ela ser endoprocessual ou extraprocessual, espécies essas que são definidas conforme a sua tipologia. Como as próprias nomenclaturas levam a inferir, “endo” tem conotação de interno, de dentro do processo, enquanto extra passa a noção de “fora”, externamente ao processo. (CALMON, 2007, p.55).

A autocomposição do litígio – uni, bi ou multilateral – pode ser: (a) extraprocessual, ou seja, completamente independente, sem que haja a propositura da demanda judicial, relativa à questão discutida ou a composição alcançada; (b) pré-processual, se a autocomposição da lide ocorre antes da propositura da demanda que questiona seus limites, sua validade e/ou sua eficácia; (c) intraprocessual, se no curso do processo judicial obtém-se a autocomposição; e (d) pós-processual, se ocorre depois de encerrado o processo judicial. (LUCHIARI, 2012, p.11).

Nesse sentido, considera-se a existência de subespécies da autocomposição, que são caracterizadas segundo o momento em que for celebrada, ou seja, a que é realizada antes de existir concretamente o processo; e a que é realizada durante o processo, depois que os atos concretos já foram realizados, destacando-se que

esta, por sua vez, se converte em autocomposição endoprocessual, quando no processo é juntado um acordo e é esperada a sua homologação judicial. (CALMON, 2007, p.55-56).

É importante salientar que normalmente as pessoas procuram uma forma amigável para a solução de litígios; raramente alguém propõe um processo judicial sem antes contatar a parte conflitante. Apenas quando uma das partes é reticente ou omissa é que se aciona o meio judicial mais apropriado, como o órgão de proteção ao consumidor (Procon – Programa de Proteção ao Consumidor), o Juizado de Pequenas Causas (JEC – Juizado Especial Cível), entre outros. Na ausência de uma solução nessas esferas iniciais a parte que se julga lesada parte para a tutela jurisdicional ou então para os meios alternativos de solução de conflitos, dentre os quais se encontra a autocomposição.

Não se pode desconsiderar o posicionamento de Salles, Lorencini e Alves da Silva (2012, p.9-11), ao exporem que os mecanismos ADRs configuram uma “alternativa” à jurisdição, apesar de serem distintos entre si, permitindo integrar a mesma categoria; portanto, é preciso atentar para as diferenças essenciais na natureza e o conseqüente cabimento e operação dos institutos autocompositivos, tais como a arbitragem, a mediação e a conciliação.

Em se tratando de Brasil seria possível afirmar que os mecanismos ADRs, tiveram inicialmente a arbitragem como mecanismo consensual permitido a ser praticado, promovendo na sequência, a utilização dos demais mecanismos consensuais, tais como a conciliação e a mediação.

Tais mecanismos, conforme experiências recentes, permitem incidir na afirmação de que eles resolvem várias modalidades de conflitos, por meio de soluções que parecem ser mais justas, efetivas, legítimas e, conseqüentemente,

mais adequadas, podendo em cada situação específica configurar a solução mais apropriada para determinadas lides.

Calmon (2007, p.7), ao pesquisar amplamente sobre o tema, sintetizou os fatos descritos a seguir: a autocomposição poderá ocorrer antes de se iniciar o processo, no início deste ou até mesmo no seu decorrer, quando será juntado acordo requerendo sua homologação judicial; seguindo essa lógica é que surgem os efeitos da autocomposição, que são específicos para cada espécie, dependendo inclusive de seu objeto; segundo a própria definição, é sabido que a autocomposição põe fim à controvérsia ou sobre o bem em disputa, em qualquer momento do litígio.

Assim, encerra-se a lide, a disputa, a dúvida e a incerteza sobre determinado bem disputado entre as partes, sendo certo que a autocomposição, então, poderá resultar em um título executivo; poderá significar uma novação, gerar ou encerrar novas obrigações e vínculos entre as partes. É um fenômeno processual que se destaca como um dos modos que colocam fim ao processo. (Ibidem, p.59).

A autocomposição, nesse sentido, põe termo à divergência, ainda que ocorra durante, no seu início ou como forma de finalizá-lo. Diferentemente do processo, que chega ao seu fim com a sentença homologatória, autocomposição põe fim ao litígio e cessa o conflito. (Ibidem, p.59).

Todavia, quando se fala de sua natureza jurídica é importante citar alguns detalhes que a diferencia do processo. Em suma, é um legítimo tipo de solução de divergências, que coloca fim no conflito jurídico, haja vista que de forma simples e ampla chega a uma rápida solução e materializa a pacificação social. Todavia, não encerra o processo, mas a disputa, posto que, quem finaliza o processo é a sentença judicial, quer seja homologatória ou não.

Nesse sentido, ainda cumpre dizer que a lei não estabelece uma forma única para a autocomposição. Assim, é certo que em todo negócio jurídico a autocomposição deverá ser celebrada por forma prescrita ou não defesa por lei. Se o assunto for relacionado sobre disposição de imóveis, por exemplo, deverão ser providenciados a escritura pública e seu respectivo registro, conforme estipulam as regras gerais sobre a transferência de propriedade dos bens imóveis. Se a autocomposição for judicial, ela deverá ser apresentada por escrito ou realizada diante do juiz, vez que seus termos farão parte da ata de audiência e assim se dará a homologação. (CALMON, 2007, p.59) Caso tenha outra natureza, poderá ser celebrada por escrito ou cumprida de imediato, no ato da eventual obrigação assumida.

Conforme anota Calmon (2007, p.60) deverá constar de forma clara e concisa a obrigação certa e líquida ou de liquidação possível. Deve ser assinada pelos envolvidos e por duas testemunhas, a não ser que cumpra dispositivo de lei específica, ou seja, chancelada por conciliador ou membro do Ministério Público.

Destaque-se ainda que para ser sujeito de uma autocomposição é preciso que a pessoa seja a titular dos alegados direitos e obrigações sobre os quais versa o litígio. É preciso, também, que a pessoa possua capacidade jurídica para transacionar, ou seja, para agir juridicamente. Não é possível a autocomposição realizada por menores, nem mesmo quando presentes outras incapacidades. Também, não será válida a autocomposição realizada por procurador ou representante legal da pessoa jurídica que não possui poderes específicos para tanto, pois o poder público pode realizar somente aquilo que a lei lhe determina, conforme os ensinamentos descritos a seguir. (Ibidem, p.60)

São comuns as leis que autorizam o Estado a realizar a autocomposição, em geral em sua modalidade transativa. Todavia, há leis que permitem claramente a submissão, e, evidentemente, não se pode impedir que o estado celebre a autocomposição em que a parte contrária abre mão integralmente de sua pretensão ou resistência. (CALMON, 2007, p. 60)

Em complemento, não se pode perder de vista que, segundo Didier Júnior (2015, p. 279), “a autocomposição não pode ser encarada como panaceia”, quiçá como forma de isentar o julgador de sua obrigação. Deve sim ser encarada como meio célere de solução de conflito e como alternativa à diminuição de processos judiciais.

3.1.4. Da negociação

A negociação consiste num método alternativo de solução de conflitos, configurando o mais marcante método autocompositivo, haja vista ser por intermédio dele que seus agentes solucionam problemas de inter-relacionamento, sejam eles de ordem afetiva, profissional ou comercial. São resolvidos por meio do diálogo, sem a presença de um terceiro, imparcial e independente. As partes envolvidas chegam a uma solução sem que seja preciso intervenção de um terceiro facilitador. (SAMPAIO e BRAGA NETO, 2007, p.12).

Portanto, a negociação é a primeira instância da tentativa de resolução de controvérsias, pois diante de uma solução que atenda ambas as partes, a divergência estará resolvida. No entanto, a definição mais adequada, com base em uma concepção mais imediatista e superficial de negociação, é aquela pregada por Fisher, Ury e Patton (2005, p.15), na condição de um “meio básico de se conseguir o que se quer de outrem.”

A Negociação, assim, proporciona a solução da controvérsia através do diálogo e da troca de informações e impressões. É, portanto, a primeira fase para que a desavença seja solucionada, atendendo ambas as partes.

Ao definir o método de solução a ser utilizado, deve ser levado em consideração os objetivos dos envolvidos numa lide, bem como suas características e peculiaridades. Quando as partes têm um bom relacionamento, a negociação é o método mais adequado para tratar as questões a decidir. (LUCIARI, 2012, p.12-15)

É certo que todas as pessoas têm tendências à negociação. Algumas desenvolvem essa capacidade e negociam com mais facilidade e habilidade, mas outras nem tanto, posto que possuem certo grau de dificuldade: timidez, reticência, radicalismo, etc. Mas é certo que todos, em menor ou maior grau negociam, desde a idade mais tenra. Cada um, a seu modo, desenvolve a habilidade de negociar e nessa linha de raciocínio tem-se o posicionamento doutrinário a entender que:

Quer queira ou não você é um negociador. A negociação é uma verdade da vida. Você discute aumentos com seu patrão. Tenta entrar em acordo com um estranho acerca do preço da casa dele [...] Todo mundo negocia algo a cada dia [...] as pessoas negociam até mesmo quando não o pensam estar fazendo. Uma pessoa negocia com o seu cônjuge sobre onde irem jantar e negocia com o filho sobre a hora de apagar as luzes. A negociação é um meio básico de se conseguir o que se quer de outrem. É uma comunicação bidirecional concebida para chegar a um acordo, quando você e o outro lado têm alguns interesses em comum e outros opostos. (FISHER; URY; PATTON, 2005, p. 15).

Foi a partir da Segunda Guerra Mundial, que a negociação passou a ser estudada cientificamente como técnica de solução de conflitos e a ser utilizada com mais precisão nas decisões dos governantes. Recorrem quase sempre inconscientemente ao instrumento da negociação. (LUCIARI, 2012, p.12).

Com base nessa avaliação, foi possível desenvolver outro conceito do instituto da negociação, ou seja, passou-se a considerá-la, como uma forma de

“comunicação bidirecional concebida para chegar a um acordo que atenda aos interesses comuns e opostos das partes.” (FISCHER, URY e PATTON, 2005, p.17).

O objetivo da negociação não é atingir a meta pré-estabelecida de uma ou de outra parte (posição), mas atender aos interesses comuns e opostos das partes, normalmente ocultos por elas.

Para uma melhor compreensão do tipo de interação a ser aplicado, algumas técnicas foram desenvolvidas para criação de opções e separação de valores, com critérios objetivos. Sampaio e Braga Neto (2007, p.12-14) ensinam que o desenvolvimento dessas técnicas de negociação atingiram resultados eficazes. Estas posteriormente ficaram conhecidas mundialmente como mediação facilitativa, tema este que será tratado mais adiante.

Foi através de um projeto inovador, que a *Harvard Law School* deu o passo inicial para as pessoas que desejavam resolver seus problemas e diferenças por meio do diálogo. Identificou-se, diante de pesquisas, dois perfis básicos do negociador: o perfil denominado afável, ou seja, aquele que sempre implica concessões e troca constantemente de posicionamento, pois procura preservar o relacionamento, uma vez que identifica a outra parte como parceira. O outro perfil é o chamado de rígido, posto que nunca muda de posição, tenta vencer todas as disputas, pensando apenas em si mesmo e vendo a outra parte como um oponente a ser conduzido. (Ibidem, 2007, p. 13).

A composição dos modelos de negociação se deu por conta da organização do núcleo de pesquisa da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, quando a negociação foi organizada como método, sendo ele distributivo ou de barganha de posições, no qual as partes fazem concessões recíprocas que possibilitam a obtenção de um acordo. A negociação integrativa é aplicada aos casos em que se discute mais

de uma questão ou em que há mais de um objetivo a ser atingido. Por fim, identificou-se a negociação por princípios, cooperativa ou colaborativa, que busca a negociação não nas posições, mas nos interesses reais das partes. O problema não é visto como sendo de uma ou de outra parte, mas de ambas, pois juntas elas podem resolvê-lo de uma forma que seja mutuamente satisfatória. (LUCHIARI, 2012, p.12,13)

O problema básico de uma negociação não está nas posições conflitantes, mas na discussão entre as necessidades, desejos, interesses e temores de cada lado. Tais desejos e preocupações constituem interesses e estes motivam as pessoas; são eles os motores silenciosos por trás da algazarra das posições. O posicionamento é algo pessoal, decidido pelo agente, enquanto os interesses são aquilo que fez com que a pessoa decidisse daquela forma. (FISHER, URY e PATTON, 1994, p.58,59).

Além da concentração nos interesses, a escola de Harvard estabeleceu outras regras para a negociação cooperativa, a saber: criar opções de ganhos mútuos, separar as pessoas dos problemas, ter uma alternativa de acordo, bem como utilizar padrões e critérios objetivos. (LUCHIARI, 2012, p.13).

Portanto, o acesso à justiça não ocorre exclusivamente pelo Poder Judiciário, para que o mesmo delibere sobre determinadas questões de interesses e necessidades dos cidadãos. Isto posto, a negociação tornou-se um dos instrumentos que possibilita a solução de controvérsia, almejando a pacificação entre as partes. Uma vez sendo infrutífera a tentativa de solução daquela lide por meio da negociação, as partes recorrerão ao Poder Judiciário por meio de um advogado constituído, onde um juiz deverá impor uma decisão de uma vontade sobre a outra. (SAMPAIO e BRAGA NETO, 2007, p.15).

Contudo, ressalte-se que as pessoas normalmente procuram uma forma amigável para a solução de litígios. Diante de um problema, procuram resolver primeiro entre as partes, ou seja, ir ao encontro do oponente para solucionar o problema de forma amigável. (CALMON, 2007, p.56).

3.1.5. Da conciliação

Cardoso (1996, p.95), define a terminologia conciliação como sendo “derivada do latim *conciliatio*, de *conciliare* (atrair, harmonizar, ajuntar); entende-se o ato pelo qual duas ou mais pessoas desavindas a respeito de certo negócio põe fim à divergência amigavelmente”. A conciliação vem a ser um método não adversarial, em que as partes têm uma posição mais proeminente, pelo fato de elas participarem das soluções dos conflitos, posto que a decisão é estimulada pelo conciliador, havendo atuação conjunta das partes, de forma comprometidas e cooperadas. É um procedimento mais rápido, restringindo-se na maioria das vezes entre as partes envolvidas e o conciliador.

De Plácido e Silva (2002, p.192), leciona que conciliar “tem o mesmo sentido de *concordar*, ou melhor, *acordar*, por força de sua acepção etimológica de *unir*, *ligar*, *harmonizar*, o que “nos dá idéia de ação a ser feita entre mais de uma pessoa ou executada com mais de um elemento, que, unidos, harmonizados, se conciliam.” Assim, conciliar “tem bem a *significação* de que se retirou toda a *oposição* havida a respeito de uma coisa ou de um fato.”

O início da conciliação se deu nos povos antigos, que procuravam uma harmonia interna, permitindo a união necessária para se defenderem dos ataques de outros povos. (LUCHIARI, 2012, p.19).

Na Constituição do Império brasileiro (1824), a normativa pátria dispunha, por meio do seu artigo 161, que sem fazer constar que a reconciliação já tivesse sido utilizada como meio de solução amigável, o processo não poderia iniciar. E no artigo 162, estabelecia que para esse fim, um juiz de paz seria indicado.

A Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1.871, através dos seus artigos 185 a 200, tratava da conciliação como uma condição de tentativa prévia de solução do conflito, diante do juiz e antes do ajuizamento da ação. Referida normativa ficou conhecida como Consolidação das Leis do Processo Civil, do Conselheiro Ribas, em homenagem a Antônio Joaquim Ribas, responsável pela consolidação das normas processuais existentes naquela época. (LUCHIARI, 2012, p.66).

Em 26 de abril de 1.890, na época da República, o Decreto nº 359, de 26 de abril daquele ano, revogou as leis que exigiam primeiro a conciliação prévia para o ajuizamento da ação. A justificativa seria sua inutilidade como ferramenta de auxílio à composição de litígios, mas a questão de fundo estava na possibilidade de proporcionar custos às demandas. (Ibidem, p.66).

A conciliação foi abolida do processo judicial como sendo uma condição obrigatória ao ajuizamento da ação apenas por meio da tutela do Estado. Sem valor, porém, continuou a existir, sendo seus efeitos reconhecidos pelos acordos realizados entre as partes e proferidos por meio de Juízo Arbitral, que os reduzia a termo e na forma de escritura pública. (Ibidem).

O Código Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro), reservou para a conciliação uma seção exclusiva no capítulo que trata da audiência; na prática da norma revogada era obrigatório o comparecimento das partes ou de procuradores com poderes especiais. O artigo 331 do referido *códex*, modificado pela Lei nº 8.952, de 1994, e posteriormente pela Lei nº 10.444, de 7 de maio de

2002, estabelecia desde então, no procedimento ordinário, a uma audiência preliminar mediante a qual, em princípio, seria promovida a atividade conciliatória; e o artigo 277, previa a audiência de conciliação, antes mesmo da apresentação da defesa, no procedimento sumário. Por fim, o artigo 125, inciso IV, constituía o dispositivo legal “mater” da conciliação/mediação, que permitia ao juiz convocar as partes a qualquer momento e em qualquer fase do procedimento para uma tentativa de conciliação. (LUCHIARI, 2012, p.68).

No procedimento sumário a audiência de conciliação era prevista antes da apresentação da defesa, conforme previsto no artigo 277 da Lei n.5.869, de 11 de janeiro de 1973 – leia-se CPC –, atualmente revogada pela nova Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Sustenta-se o propósito de assegurar a igualdade no tratamento entre as partes, bem como a rápida solução daquela divergência. (Ibidem, p.68).

Assim, somente com a edição do CPC de 1973, o qual manteve o princípio do impulso oficial e a oralidade no processo civil, foi que a conciliação voltou a ser disciplinada. Contudo, ainda assim, como forma de se encerrar o processo, a lei não lhe atribuiu caráter preliminar ou obrigatório. Neste sentido, assumiu relevância naquele *códex* a Lei do Divórcio, que determinou ao juiz o estímulo à composição das partes, estimulando sua reconciliação ou transação por meio de audiência designada para esse fim. (LUCHIARI, 2012, p.66-68).

No Brasil, portanto, a conciliação passa a ter previsão legal inserida, também nas leis processuais. É uma ferramenta utilizada para solucionar as inter-relações das partes desde que não haja convivência ou conhecimento entre elas. Uma terceira pessoa poderá ajudá-las a encontrar a melhor solução para a controvérsia,

questionando se valerá a pena enfrentar o litígio. (SAMPAIO e BRAGA NETO, 2007, p.21).

Foi por meio da Lei de Pequenas Causas – promulgada na década de 1980 – que as reformas processuais mais significativas aconteceram. Com o direito processual e sua evolução, o acesso ao Poder Judiciário foi ampliado e a conciliação valorizada como método de solução de controvérsias. (LUCHIARI, 2012, p.67).

Passou, então, a ser utilizada em todos os procedimentos para a obtenção de acordos, inclusive na Consolidação das Leis do Trabalho, na Lei de Alimentos, na Lei dos Juizados Especiais, etc., inclusive nos Juizados Especiais Criminais, onde a mediação é aplicada no campo criminal como instrumento da justiça restaurativa. (Ibidem, p.69)

O sistema brasileiro atual segue, assim, uma linha na qual o legislador procura prestigiar, por meio de seus dispositivos, os meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem. (SAMPAIO e BRAGA NETO, 2007, p.21).

Watanabe (2005-b, p. 684-690), resgata com muita propriedade que diversas foram as iniciativas que promoveram a conciliação em juízo em todo o país, seja com o apoio institucional ou em caráter isolado, sendo conhecida como a forma de resolução consensual que se contrapõe à decisão judicial através da cultura da sentença, buscando a pacificação social.

Seu início, naufragou primeiramente no âmbito parlamentar através da reforma legislativa e posteriormente tentou-se obter a mudança por meio de políticas públicas específicas por se tratar realmente de uma questão de cultura.

Acrescente-se que a conciliação configura um meio alternativo de resolução de divergências, no qual as partes confiam numa terceira pessoa – neutra, conforme

já colocado – que pode auxiliá-las e orientá-las, com o intuito de fazê-las chegar a um acordo. Luchiari (2012, p.15), define a conciliação na condição de método de solução de conflitos no qual um terceiro imparcial, “que domina a escuta, sem forçar a vontade das participantes, investiga apenas os aspectos objetivos do conflito e sugere opções para sua solução, estimulando-os a celebração de um acordo.”

O conciliador judicial, por sua vez, é uma pessoa voluntária, que recebe um curso específico voltado ao tema e que atua como facilitador de acordos entre as partes envolvidas. É tal agente quem cria um ambiente em que haja entendimento mútuo, aproximação das partes e harmonia de interesses. (CALMON, 2007, p.42).

Cabe observar que a conciliação apresenta-se como uma prática inserida no Poder Judiciário, sendo uma função específica de conciliador exercida na pessoa do juiz leigo ou togado. Tais atividades são praticadas na esfera judicial, parajudicial, processual ou paraprocessual. (Ibidem, p.42).

A técnica utilizada para a solução de conflitos parte do princípio de que as partes não têm um relacionamento interpessoal passado ou futuro. O conflito é material e tem-se que as partes desejam sanar o problema com rapidez. Dessa forma, a técnica apropriada é o método da conciliação, no qual o referido terceiro ouve, observa os aspectos objetivos do conflito e tenta apresentar sugestões para que uma solução seja encontrada e ponha termo à lide. (LUCHIARI, 2012, p.15).

Destaca-se que algumas sugestões poderão ser apresentadas pelo conciliador, pois seu propósito é evitar os desgastes de uma batalha judicial. Cabe observar que o conciliador, por não possuir vínculo com as partes, poderá atuar com mais liberdade e fazê-las refletir sobre as sugestões apresentadas, que nunca são impositivas ou vinculativas. (SAMPAIO e BRAGA NETO, 2007, p.21).

A composição – leia-se acordo – das partes configura o objetivo primordial da conciliação, colocando fim a uma demanda por intermédio do acordo e conscientizando as partes a evitarem problemas futuros entre elas mesmas. Assim, a Conciliação não se resume numa audiência para reduzir a pauta dos juízes, mas trata-se de um método de resolução de conflitos. (Ibidem, p.20)

A forma consensual e, portanto, conciliadora, era defendida pelo Código Processual Civil brasileiro² recentemente revogado, especificamente nos artigos 277 (e incisos), art. 331 e art. 448.

Tais artigos denotavam que o juiz deveria num primeiro momento tentar a conciliação das partes, mas enfocava que a tentativa de acordo não deve acontecer somente no ato inicial; deve também ser sugerida e tentada a qualquer momento do processo em que o juiz ache necessário. (SAMPAIO e BRAGA NETO, 2007, p.20).

Atualmente, com o advento do novo CPC – Lei nº 13.105/2015 – o legislador procurou de forma reiterada incentivar a autocomposição, ratificando e reforçando essa tendência por meio de dispositivos específicos nesse sentido, a saber:

a) dedica um capítulo inteiro para regulamentar a conciliação e a mediação (arts.165 a 175);

² Art. 277. 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. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro. § 1º A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador. § 2º Deixando injustificadamente o réu de comparecer à audiência, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na petição inicial (art. 319), salvo se o contrário resultar da prova dos autos, proferindo o juiz, desde logo, a sentença. § 3º As partes comparecerão pessoalmente à audiência, podendo fazer-se representar por preposto com poderes para transigir. § 4º O juiz, na audiência, decidirá de plano a impugnação ao valor da causa ou a controvérsia sobre a natureza da demanda, determinando, se for o caso, a conversão do procedimento sumário em ordinário. § 5º A conversão também ocorrerá quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade. [...] 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. [...] Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

- b) estrutura o procedimento de modo situar a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695);
- c) permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, inc. III e art. 725, inc. VII);
- d) possibilita que no acordo judicial seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art.515. § 2º); e
- e) permite acordos processuais – sobre o processo, não sobre o objeto do litígio – atípicos (art. 190).

Postas as considerações anteriores, interessante frisar que:

O sistema do direito processual civil brasileiro é enfim estruturado no sentido de estimular a autocomposição. Não por acaso, no rol das normas fundamentais do processo civil estão os §§ 2º e 3º do art. 3º do CPC: “§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Até mesmo no âmbito do Poder Executivo, a solução negocial é estimulada. A criação de regras que permitem a autocomposição administrativa (por exemplo, a possibilidade de acordos de parcelamento envolvendo dívidas fiscais) e a instalação de câmaras administrativas de conciliação revelam bem esta tendência. Pode-se, inclusive, defender a atualmente existência de um *princípio do estímulo da solução por autocomposição* – obviamente para os casos em que ela é recomendável. Trata-se de princípio que orienta toda a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p.273,274).

Até a edição do novo CPC, o mais importante instrumento normativo sobre a conciliação e a mediação foi a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

A Conciliação, na maioria dos casos, se restringe entre as partes e o conciliador, buscando de maneira eficaz e célere a pacificação daquela lide entre os polos envolvidos. Objetiva-se, com esse método, um acordo para por fim ao

processo judicial ou a qualquer controvérsia que exista, mas de forma amigável e sem que injustiças sejam cometidas. Sendo o resultado frutífero, o processo será extinto com resolução de mérito. (SAMPAIO e BRAGA NETO, 2007, p.20).

Vale lembrar que o juiz pode ser auxiliado por um conciliador. Este pode ter qualquer formação especial, mas é imprescindível que tenha habilitação para conciliar. O juiz está limitado a praticar a atividade de conciliação por não fazer parte de suas atribuições funcionais e por falta de preparo para ser conciliador. Sua função é a de exercer apenas a imposição de soluções justas ao caso concreto. (LUCHIARI, 2012, p.69).

Barbosa e Silva (2015, p.1226) destacam o fato de a valorização da conciliação pelo Legislador brasileiro, especialmente no novo CPC, revelar muito mais que uma tentativa pálida de acordo com a indagação das partes sobre tal possibilidade. Tal instituto representa uma estratégia de atuação que leva as próprias partes a encontrarem a melhor solução para o conflito, cabendo ao juiz leigo ou togado e ao conciliador reportarem-se da importância positiva de tal mecanismo autocompositivo.

A atenção do conciliador e do juiz togado ou leigo deve estar voltada sempre ao espírito da conciliação positivada pela norma estabelecida, pois não há decisões impostas de maneira ditatorial, posto que as partes encontram consensualmente o caminho para a solução das lides. (Ibidem, p.1226).

Nada obstante, a conciliação objetiva uma mudança, não só de comportamento, mas também de mentalidade, visando o deslinde da controvérsia diante de uma participação efetiva e consensual, buscando sempre a pacificação social. Sua eficácia ocorre diante dos conflitos nos quais não houve entre as partes

um relacionamento significativo no passado ou possibilidade de haver no futuro algum vínculo contínuo.

Tal instituto objetiva a possibilidade de as partes poderem reconhecer seus limites em relação ao conflito, e juntas, com o auxílio do conciliador, encontrarem uma solução satisfatória, buscando um acordo de maneira imediata para por fim à controvérsia, bem como ao processo judicial, se for o caso, a exemplo das conciliações envolvendo reparação de danos ou relações de consumo, entre outras.

Tenha-se em mente, porém, que a mediação é outra alternativa de solução de conflitos, cabendo ao tema uma abordagem específica no próximo capítulo, principalmente diante do decreto da Lei nº 13.140 de 26 de Junho de 2015, que dispõe sobre o Instituto da Mediação como um meio adequado de solução de controvérsias entre particulares, bem como, no âmbito da administração pública .

4. A MEDIAÇÃO E SUA RELEVÂNCIA NO CENÁRIO NACIONAL

A mediação configura outro meio de solução de conflitos no qual um terceiro facilitador, num ambiente sigiloso, auxilia as partes em litígio. Busca o diálogo, investigando os fatos e os interesses reais dos litigantes. Além disso, por meio de uma técnica própria, auxilia as partes a criarem e a escolherem opções, até chegarem a um acordo.

O terceiro facilitador, ao buscar o diálogo entre as partes, facilita a comunicação e o entendimento mútuo, além do que identifica suas posições, estimula a negociação, sendo que as próprias partes se sentem responsáveis pela obtenção de um eventual acordo. (VEZZULA, 2001, p.87).

Não se pode desconsiderar a posição doutrinária no sentido de entender que:

Á inclusão de um terceiro imparcial na negociação, dá-se o nome de mediação, que é, pois, um mecanismo para a obtenção da autocomposição caracterizada pela participação de um terceiro imparcial que auxilia, facilita e incentiva os envolvidos à realização de um acordo. A mediação é a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável e confidencial, estabelecido em método próprio, informal, porém coordenado. (CALMON, 2015, p.110).

Em outras palavras, pode-se dizer que a mediação é um processo cooperativo, no qual é levado em consideração as emoções das partes e as dificuldades de comunicação. Entretanto, tem-se a necessidade de chegar a um equilíbrio e respeito entre os conflitantes para que possam alcançar a um acordo comum, fruto do comprometimento dos envolvidos com a solução encontrada. (LUCHIARI, 2012, p. 10)

Para Parra e Lopes (2011, p.9), “pode-se definir a mediação como um processo no qual uma terceira pessoa, neutra, o mediador, facilita a resolução de uma controvérsia ou disputa entre duas partes.” E complementam no sentido de se

tratar de “um processo informal, sem litígio, que tem por objetivo ajudar as partes em controvérsia ou disputa a alcançar aceitação mútua e concordância voluntária.”

Leva-se em conta ainda que:

A mediação pode ser meramente informal, o que ocorre desde as sociedades primitivas até nas modernas. À simples interferência para auxiliar, facilitar e/ou incentivar a autocomposição denomina-se mediação. Ultrapassando esses limites, o terceiro imparcial deixa de ser um mediador, passando a agir como árbitro. É comum que os envolvidos em um conflito optem pelo que se denomina mediação-arbitragem, em que se tenta a autocomposição e, não obtido êxito, o mediador está autorizado a proferir uma decisão, na qualidade de árbitro pré constituído. Teríamos nesse caso, a passagem da autocomposição para a heterocomposição. Mantendo-se o terceiro rigorosamente nos limites do auxílio, facilitação e incentivo à autocomposição, dá-se o fenômeno mediação. A mediação não possui formas rígidas, mas sua realização profissional é caracterizada por métodos elaborados e comprovados com rigor científico. Por isso se qualifica como um mecanismo. Suas principais características são a cooperação, a confidencialidade, a ênfase no futuro e a economia de dinheiro, tempo e energia. (CALMON, 2015, p.112,113).

Não se deve confundir negociação com mediação; tais métodos têm características diferentes, pois:

A diferença básica entre estes dois métodos alternativos para a solução de conflitos é que na negociação não há a participação de um terceiro, as pessoas envolvidas buscam, por elas mesmas, a solução do conflito (autocomposição). Já na mediação é necessária a participação de um terceiro que não tem o poder de decisão, mas pode orientar os mediados para a solução do conflito. (ITS, 2009, p.135)

Também não se pode confundir mediação com arbitragem. Na realidade “são processos parecidos que buscam resolver conflitos fora do Poder Judiciário (extrajudicialmente).” Porém, “geralmente, tenta-se fazer a mediação antes de apelar para a arbitragem. Quando a mediação não dá certo, mas ainda desejamos resolver o conflito de forma extrajudicial, podemos usar a arbitragem, que já é um processo um pouco mais formal, parecido com a Justiça.” Daí que o “árbitro trabalha de forma

semelhante à de um juiz, e a sua decisão deve ser respeitada como tal. É bem diferente da mediação, onde o mediador não decide nada: ele apenas ajuda as pessoas a tomarem uma decisão conjunta.” (ITS, 2009, p.135).

Da mesma forma, não se confunde mediação e conciliação, conforme bem esclarece a doutrina pátria ao expor, com base na nova normativa processual brasileira (Lei 13.105/2015), que:

A mediação e a conciliação podem ocorrer extrajudicialmente ou judicialmente, quando já existentes o processo jurisdicional. Neste último caso o mediador e o conciliador são auxiliares da justiça. Esta qualificação é importante, pois a eles devem ser aplicadas as regras relativas a esse tipo de sujeito processual, inclusive em relação ao impedimento e à suspeição (arts.148, II, 170 e 173, II, CPC).

Os §§ 2º e 3º do art. 165do CPC ratificam essa diferenciação: “O conciliador , que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada qualquer utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções que gerem benefícios mútuos”. Em ambos os casos veda-se a utilização de terceiro, de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

A mediação e a conciliação podem ocorrer perante câmaras públicas institucionais, vinculadas a determinado tribunal, ou em ambiente privado, em câmaras privadas ou com viés mais informal, em escritórios de advocacia, por exemplo. Há, ainda, a possibilidade de mediação e conciliação em câmaras administrativas, vinculadas à Administração Pública (arts. 167,174, e 175, CPC).

O mediador e o conciliador podem ser funcionários públicos ou profissionais liberais (art. 167, CPC). É importante que se encare este tipo de situação como uma atividade remunerada, até mesmo para que haja um aprimoramento do nível desses auxiliares da justiça (art. 169, CPC). Nada impede, porém, que a mediação e conciliação sejam feitas *pro Bono*, como trabalho voluntário (art. 168, § 1º, CPC). Os interessados podem escolher, consensualmente, o mediador e a câmara privada para a realização da mediação ou conciliação (art. 168, CPC). A escolha pode recair em um profissional que não esteja cadastrado perante o tribunal (art. 168, § 1º, CPC). Neste caso, é preciso providenciar este cadastro (art. 167, caput). O cadastro é importante, pois os mediadores devem passar por um curso de capacitação, cujo programa é definido pelo mesmo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça, além de submeterem a reciclagem periódicas (art. 167, §1º, CPC; art. 12, Resolução n. 125/2010 do CNJ). (DIDIER JÚNIOR, 2015, p.276).

Postas as considerações anteriores, têm-se que:

A mediação deixa de ser uma mera presença de um terceiro imparcial em um conflito, para mais do que isso, tornar-se uma atividade estruturada e objeto de estudo e de desenvolvimento por parte de diversos campos do conhecimento humano, o que implica em reconhecê-la como uma nova atividade profissional, com todas as consequências que essa característica pode trazer. Inerente ao ser humano, a interferência informal de um terceiro em um conflito deve ser reconhecida, respeitada, mantida e incentivada (CALMON, 2015, p.123).

Tenha-se em mente ainda que a mediação não é um fenômeno exclusivamente pátrio, nem tão recente quanto o leigo pode imaginar.

4.1. Aspectos históricos da mediação no Brasil e em outros países

Para adentrar ao tópico em questão, interessante observar que segundo Roberts e Palmer (apud Silva, 2013), muitas experiências de justiça não estatal e não decisional, ou seja, justiça informal, são registradas na história. A exemplo da China pré- imperial, onde se presenciou a transição de um período informal para um período de formalismo e legalismo (Século III a.C.), fundamentada na ideologia confucionista. (In: SALLES, LORENCINE e ALVES da SILVA 2012, p.5).

A filosofia de Confúcio era fundamentada na harmonia, liderança, moral, educação e sacrifício; e era assim que os conflitos deveriam ser tratados. Segundo ele, o tratamento formalizado e legal estimularia o dissenso e diminuiria a noção substancial de justiça dos litigantes. A harmonia seria a projeção da conduta moral do líder sobre as pessoas comuns, garantindo assim, a consciência pacífica entre as pessoas. (Ibidem, p.6).

É interessante verificar o posicionamento de Luchiari (2012, p.19) quando a autora sintetiza e amplia a abrangência do tema ao especificar que, com o objetivo de assegurar a harmonia e a pacificação entre os povos antigos, permitindo que eles se defendessem de um eventual ataque externo, a mediação veio a ser um meio de pacificação social, que teve no ocidente, bem como nos povos antigos papel importantíssimo, assegurando as condições necessárias para enfrentar o que posteriormente viria a ser o mundo globalizado, sem que houvesse a perda da individualidade.

Na Grécia antiga, por exemplo, a mediação desenvolvia-se por meio dos compositores amigáveis. Outras culturas e religiões, como a Islâmica, Judaica, Hinduísta e Budista também utilizaram a mediação como método de solução de conflitos. Com a invasão dos bárbaros, o Império Romano ruiu e todos os problemas passaram a ser resolvidos através das assembleias típicas dos germanos, nos quais as questões eram resolvidas conforme os costumes da época. (Ibidem, 2012, p.64).

Num salto abruptamente temporal, interessante destacar que em meados de 1970, nos Estados Unidos da América, surge a mediação com o propósito de ser um método de resolução alternativo de conflitos. Os resultados foram tão satisfatórios que, devido a sua forte incidência, veio a ser incorporada em vários estados na condição de sistema legal, obrigatório e prévio ao juízo. A mediação foi utilizada no meio privado, no qual o mediador era solicitado pelos interessados para atuar na resolução das divergências entre os departamentos das empresas, de forma a resolver os respectivos problemas. Somente no caso da desavença não ter sido resolvida é que a parte poderia, então, ingressar no sistema formal. (Ibidem, p.19, 20).

A Inglaterra foi outro país que passou a utilizar a mediação, mas, no final da década de 1970, por meio de um grupo de advogados independentes. Somente em 1989 é que a mediação privada foi estabelecida como um método alternativo de solução de controvérsias seguindo as mesmas características do método norte-americano utilizado, tanto no setor privado quanto no público. (Ibidem).

Ainda no continente europeu, especificamente a França, a mediação teve início no direito público, no qual os organismos governamentais se compunham entre os particulares por meio de um intermediário. Em 1982 foi sancionada a lei que revitalizava a mediação, sendo a mesma institucionalizada no âmbito do direito civil francês. (Ibidem).

Os aspectos da mediação civil e comercial na Comunidade Europeia se deram em março de 2008, pelos quais ela passou a garantir o acesso aos serviços de mediação tanto na esfera judicial como na extrajudicial, por meio da resolução amigável de litígios. (LUCHIARI, 2012, p.20).

Na Argentina, o Decreto nº 1.480/1992 declarou, por intermédio do Poder Executivo Nacional, a institucionalização da mediação como método alternativo de solução de litígios de interesse nacional. O Ministério da Justiça, por meio de Resolução em setembro de 1992, regulamentou a criação do Corpo de Mediadores como parte integrante do sistema judicial. Três anos depois (1995) foi sancionada a Lei nº 24.573, que tornou obrigatória a prática da mediação nos casos que versassem sobre os bens patrimoniais disponíveis, cabendo aos advogados a devida capacitação para atuarem como mediadores judiciais. Também uma Comissão foi criada – composta de quatro representantes dos poderes instituídos: dois do Judiciário, um do Legislativo e um do Executivo – para selecionar e controlar suas práticas. (Ibidem, p.21-22).

Considerando o crescimento mundial da mediação nas últimas décadas, tem-se que ela ficou mais ligada ao Poder Judiciário, e não se aplicando exclusivamente aos casos oriundos do sistema judicial, mas também em empresas familiares, instituições de ensino, grupos familiares, assuntos relacionados ao meio ambiente, entre outros. (Ibidem).

No Brasil a mediação demonstrou ser um método eficiente de solução de conflitos e sua prática só fez crescer; chegou até mesmo à necessidade de ser regulamentada por meio do Projeto de Lei Complementar nº 94/2002, tendo sua implementação efetivada por meio da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, bem como pelas Emendas 01 e 02, respectivamente de 31/01/2013 e de 08/03/2016, pelo Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 Março de 2015, e, por fim, pela então pela Lei de Mediação nº 13.140, de 26 de Junho de 2015.

Fez-se necessário então, implementar ainda, uma Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Solução de Conflitos e de Interesses, com suas respectivas alterações conforme o advento da Emenda Constitucional nº 01 e 02, supra mencionadas.

Em seu artigo primeiro, estas Emendas asseguram a todos, o direito à solução de suas disputas por meios adequados conforme sua natureza e peculiaridades. O texto normativo ainda prevê que é responsabilidade dos órgãos judiciais oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial aos chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem como prestar atendimento e orientação aos cidadãos, determinando que sua implantação deva se dar de forma gradativa, conforme prazo estabelecido. (E.C. nº 01 e 02, respectivamente de 31/01/2013 e 08/03/2016, do CNJ).

4.2. As escolas ou modelos de mediação

Para adentrar ao tema em questão é interessante observar o entendimento doutrinário sobre os modelos de mediação e, nesse sentido, interessante consultar Luchiari (2012, p.25) para entender que foi por meio do modelo da Escola de Harvard que o facilitador desenvolveu a função de estimular o diálogo entre as partes, ajudando-as a descobrir suas posições e seus reais interesses, sem dar sugestões, nem expressar suas opiniões a respeito do caso, podendo obter, assim, por meios de estímulos, as soluções criativas para seus problemas.

Referido modelo, também conhecido como um modelo tradicional, originou-se na Escola de Direito de Harvard e tem como foco o mundo corporativo, no qual se busca uma negociação na qual um terceiro facilitador auxilia as partes por meio dos interesses a serem descobertos, visando uma solução que satisfaça ambas as partes. (Ibidem, 2012, p.24).

Esse método se mostra adequado para solução de controvérsias que surgem na área empresarial e sua essência se consolida na busca das posições e dos interesses das partes, estimulando de forma criativa as possíveis soluções e avaliando as respectivas propostas apresentadas.

Cada modelo de mediação tem características e valores próprios. Além disso, suas técnicas são adequadas a cada tipo de lide que se apresenta, variando conforme a ênfase na obtenção do acordo, bem como os objetivos buscados na mediação.

Assim, as diversas escolas de mediação apresentam suas peculiaridades, que se complementam umas às outras, cabendo destaque para os seguintes modelos:

O modelo de mediação denominado transformativo não tem como objetivo buscar o acordo, mas buscar a melhora da qualidade nas relações interpessoais. Foca a divergência como algo construtivo e positivo entre as partes. Esse método é recomendado para os casos em que as relações são muito valorizadas.

Na mediação circular narrativa o mediador deverá se valer de técnicas que envolvam a teoria da comunicação, oriunda individualmente de cada uma das partes. Assim a visão do litígio será apresentada segundo suas próprias razões e percepções ou valores, afastando as acusações, suas pretensões e até as justificativas da outra parte. Este método é de aplicação mais ampla por valorizar tanto o acordo quanto a relação. (LUCHIARI, 2012, p.25-26)

Em complemento, não se pode perder de vista o posicionamento de Calmon (2015, p. 125), quando o autor leciona que cada mediação é única. E faz um elo de ligação com a Psicologia, já que “diversos são os modelos ou conjunto de técnicas (métodos) utilizados no procedimento de mediação”, sendo certo que alguns “são criados e desenvolvidos pelos próprios mediadores, sem que se conheça como são praticados”, enquanto outros “são anunciados formalmente em publicações, universidades e eventos científicos, sendo alguns desenvolvidos teoricamente por estudiosos.”

Some-se a isso que, segundo Luchiari (2012, p.26), o método estabelecerá alguns aspectos importantes do procedimento de mediação, “em especial como os envolvidos se comunicarão, como poderão abordar os problemas, como se tratarão mutuamente, como apresentarão novas ideias, como elaborarão propostas e como chegarão ao acordo.” Nesse sentido, “sendo a mediação a intervenção de um terceiro imparcial na negociação, o método bem elaborado e desenvolvido é que irá facultar o êxito esperado.”

Em que pese todo o escopo recém exposto, cabe uma abordagem adicional sobre o modelo de Folberg e Taylor, como sendo um megaprocesso composto de duas etapas, conforme se apreende na sequência:

[...] Etapa inicial, com a criação de confiança e estrutura: apresentação, discurso inicial do mediador, confirmação de todos os aspectos do caso, apresentação das partes, discussão sobre as expectativas de cada um (posições), revisão dos critérios da mediação, revisão da assinatura do contrato de serviço de mediação e dos honorários pactuados (fixando algumas cláusulas essenciais, como a eventual necessidade de sessões individuais) e discussão do plano de trabalho.

Etapa de criação de opções e alternativas: verificação das necessidades dos participantes e de outras pessoas afetadas pelo conflito, projeções para o futuro de acontecimentos passados, prognósticos gerais sobre aspectos econômicos e sociais que podem afetar uma opção, normas legais e financeiras, obstáculos e limitações nas pessoas e situações que são possíveis em quaisquer desses critérios. As etapas seguintes são dedicadas à negociação, tomadas de decisão e esclarecimento e redação de um plano. Ainda seriam possíveis mais algumas etapas complementares, caso necessário, para, revisão legal e acompanhamento do cumprimento das obrigações assumidas no acordo. (CALMON, 2015, p.127)

Diante de todos os modelos de escolas de mediação, Luchiari (2012, p.30) entende que é possível chegar à conclusão que todas têm suas características fundamentais e que todas as técnicas apresentadas poderão ser utilizadas, seja de forma sucessiva ou simultânea, para cada caso concreto apresentado.

Leve-se em conta ainda a questão do procedimento da mediação, assunto este que será tratado a seguir.

4.3. O procedimento da mediação

Calmon (2015, p.122-123), ao pesquisar amplamente sobre o tema, sintetizou o procedimento de mediação “como um conjunto de encontros ou reuniões, as etapas ou fases e dos atos neles praticados, todos com vistas a atingir a autocomposição.” Nada obstante, entende-se que o procedimento “é o método, a arma, o conjunto de técnicas das quais se vale o mediador para incentivar, facilitar ajudar na negociação que as partes travam para chegar ao acordo.” Além disso, é

certo que o mediador se vale do procedimento (e de suas técnicas), quando sente que a conversa entre os envolvidos não está sendo produtiva, de forma que sua interrupção ou intervenção pareça natural às partes e, não qualquer censura sobre sua conduta.

Assim, a mediação configura, como se observou há pouco, um procedimento voltado à resolução de controvérsias. Como tal, é composta por uma série de atos numa certa direção. Por ser dividido em fases ou etapas, o procedimento pode ser flexível, contemplando a necessidade e o tempo que as partes precisam para se relacionar e chegarem ou não a um acordo, mesmo porque “em sua maioria, os conflitos são multidimensionais, com aspectos emocionais e técnicos. É o que ocorre, por exemplo nos conflitos de família, de vizinhança e penais.” (Ibidem, p.123).

Há que se verificar também o posicionamento de Luchiari (2012, p.31), para quem, na mediação, tem-se inicialmente uma reunião prévia preparatória. Isso pode ser realizado na presença das partes ou então pode ocorrer de forma separada. Neste caso é aconselhável a presença de agente externo àquele que fará a mediação, visando não pairar dúvidas relacionadas à conduta ou à isonomia do mediador que presidirá a audiência.

Essa fase, ainda de acordo com Luchiari (2012, p.20,21), é conhecida como pré-mediação e possui três razões fundamentais:

- a) ouvir as partes e as razões para detectar os principais motivos do conflito, verificando-se, assim, se o mesmo é passível de mediação;
- b) esclarecer as partes sobre os objetivos da mediação e quais são os procedimentos a serem desenvolvidos;

c) obter a concordância expressa das partes, em relação à mediação e ao seu procedimento, assim como o seu compromisso de participação.

Em complemento, não se pode perder de vista o entendimento doutrinário a entender que:

O pré-mediador deverá pedir aos mediados que resumidamente descrevam o que os levou a procurar a mediação. Esse momento não é propício para que eles se alonguem no assunto, pois não sendo uma entrevista da mediação, a informação não poderá ser trabalhada pelo profissional nesta sessão, o que poderá transformar em frustração para os mediados. O pré-mediador deve explicar que só pretende ouvir para avaliar se o problema, em princípio, é apropriado para a mediação e reiterar que outro profissional será o mediador que conduzirá as sessões. Caso decidam tentar a mediação, deverão aguardar a primeira sessão, para, nessa ocasião, falarem à vontade. (VEZZULLA, 2001, p.93).

Ainda sobre esta questão, Luchiari (2012, p.31) atenta para o fato de que nessa mesma reunião (pré-mediação) ainda ficam estabelecidos os parâmetros do termo da mediação: os honorários do mediador, o número de reuniões a serem realizadas ou o prazo máximo do procedimento (previsões essas que podem ser alteradas pelas partes) e o local da reunião, esclarecendo às partes que as reuniões podem ser separadas.

Complementando, destaque-se também que fica estipulado que o mediador assume o compromisso de confidencialidade e de sigilo, mediante o qual as partes ficam cientes de que, se o problema for levado à justiça, o mediador não poderá ser arrolado como testemunha, tampouco como informante. Assim, sendo as partes instruídas sobre o funcionamento da mediação, ocorre então a primeira reunião e esse primeiro encontro das partes com o mediador é chamado de “acolhida”. É nesse momento que o mediador, juntamente com os envolvidos, se apresentam, bem como estabelecem regras básicas de tratamento que deverão ser observadas durante toda a conversação: respeito, sinceridade, escuta ativa, etc. (Ibidem, p.32).

Cabe aqui esclarecer que:

A existência de um procedimento pré-fixado, segundo o modelo adotado pelo mediador, não significa, contudo, que a mediação deve se desenvolver segundo esquemas rígidos, inflexíveis. O mediador experiente saberá conduzir as sessões de forma a proporcionar-lhes objetividade, mas não poderá desvirtuar os escopos maiores da mediação, que são solucionar a lide sociológica, atendendo aos interesses genuínos, e facilitar a continuidade da relação. (CALMON, 2015, p.123)

Cabe ainda observar que, o mediador deverá esclarecer sobre o procedimento da mediação, sobre o seu papel, sigilo e imparcialidade, além de enfatizar que necessita da cooperação e boa-fé de todos os envolvidos. É nesse momento também que o mediador deverá analisar a postura das partes e, julgando necessário, deverá modificar a distribuição das pessoas, de forma que se crie um ambiente de confiança e respeito, aproximando-se das partes, a fim de obter melhores resultados.

Luchiari (2012, p.32), ao explicar sobre o tema, destaca que com isso tem-se, então, a declaração inicial das partes, fase esta em que o mediador deverá ficar atento não somente ao que ouve, mas também nas reações emocionais, inflexões de voz e quaisquer outros detalhes que lhe chamem a atenção. Mas deve comportar-se de forma que se mostre gentil e compreensivo, estabelecendo entre ele e as partes uma simpatia para, assim, exercer sua participação de forma efetiva, e de cunho colaborativo.

É relevante também atentar para o fato de que:

A mediação não deve transcorrer de forma semelhante aos processos judiciais. Ao contrário, considerando a pré-disposição dos envolvidos à comparação com a justiça, alguns cuidados práticos devem ser tomados de antemão, como por exemplo, o local onde deve se desenvolver. Em primeiro lugar, deve ser um local neutro, de preferência o escritório do mediador. Esse local, evidentemente, não deve ser público, muito menos localizar-se no mesmo edifício onde

funcione algum órgão judiciário. As instalações devem ser apropriadas à especialidade do mediador, se houver. O mediador pode valer-se de recursos pedagógicos, mas o ambiente não é uma sessão de psicoterapia, não sendo, portanto, aconselhável, que seja esse o exemplo para as acomodações. Divãs e almofadas são perfeitamente dispensáveis. (CALMON, 2015, p.124)

Retomando a questão sobre primeiro momento da mediação, Sampaio e Braga Neto (2007, p.23-24) buscam esclarecer que a mediação parece ser algo impossível de se lograr efeito, vez que as partes não raras vezes se mostram irreduzíveis aos seus anseios. Todavia, cumpre ao mediador permitir que elas conversem livremente, pois assim se poderá garantir, pela responsabilidade gerada na inter-relação, um compromisso posterior ao procedimento. Ao mediador não é recomendado dar sugestões às partes, evitando o risco de gerenciar ou resolver aquele conflito.

A legislação brasileira não previa, até aproximadamente dois anos, uma Lei específica para a mediação; sua fundamentação teórica e prática era formatada por meio das experiências profissionais dos mediadores, que “se beneficiam de sua multidisciplinaridade capaz de gerar uma interação interdisciplinar em busca de soluções transdisciplinares”, ou seja, os mediadores se beneficiam da interação de profissionais de várias áreas (como psicólogos, advogados, engenheiros, professores, etc.), com o propósito de se submeterem a um único propósito, que é solução daquele conflito, com resultados que transcendam ou ultrapassem a área de atuação de cada um dos profissionais envolvidos. A responsabilidade gerada pela inter-relação busca garantir um compromisso posterior ao procedimento (SAMPAIO e BRAGA NETO, 2007, p.24).

Aqui é relevante expor a doutrina no sentido de que é:

Importante destacar formas distintas de se iniciar a mediação, pois tanto os dois envolvidos no conflito podem, em conjunto, optar pela mediação e procurar um mediador de confiança mútua, como há situações em que um dos envolvidos procura um mediador e pede que esse se comunique com a parte contrária, para convidá-lo a participar.

Nessas etapas, o mediador deverá desenvolver os contatos iniciais com as partes, selecionar uma estratégia para conduzir a mediação, analisar os antecedentes, elaborar um plano de trabalho, conquistar a confiança e cooperação dos envolvidos, dirigir os encontros de trabalho, descobrir os interesses ocultos das partes, definir as questões a serem objeto do acordo e estabelecer uma ordem lógica em que os temas serão tratados (para que a solução de um facilite o diálogo sobre o próximo), gerar opções para o acordo, avaliar as opções existentes, direcionar o diálogo para que chegue a uma conclusão concreta, orientar a elaboração de um acordo formal e, por fim, conscientizar os envolvidos a respeito do cumprimento do acordo. (CALMON, 2015, p.125)

Assim, diante de uma visão mais moderna, Luchiari (2012, p.14), leciona que a mediação, “como proposta, é um meio de solução de conflitos, no qual um terceiro facilitador, num ambiente sigiloso, auxilia as partes no restabelecimento do diálogo”, mesmo porque “investiga os seus reais interesses e posições por meio de técnicas próprias, e faz com que elas próprias criem opções, chegando a solução do problema, a qual redundando o seu comprometimento com esta última.”

Dentre os métodos autocompositivos de resolução de conflitos, a mediação tem uma abordagem mais ampla do problema, posto o fato de sua aplicação ser por meio de técnicas que levam à pacificação social, diminuindo e evitando a morosidade dos processos que tramitam no Poder Judiciário.

Vale aqui frisar que:

Independentemente do método escolhido para o procedimento, a mediação sempre apresenta três etapas imprescindíveis: pré-mediação, negociação mediada e estabelecimento do acordo. A primeira etapa é especialmente importante por causa do conhecimento geral sobre a mediação e seu esclarecimento às partes sobre seu mecanismo, em especial sobre o papel do mediador, a finalidade da mediação e as expectativas que podem e as que devem ser criadas, bem como sobre qual será a consequência jurídica de eventual acordo. A segunda etapa é

composta por tratativas, do diálogo facilitado pelo mediador, começando pela fixação do objeto da mediação, esclarecendo-se, no entanto, que o diálogo, embora não deva se perder em conversas prolixas, pode e deve ser amplo, sobre temas aparentemente estranhos ao conflito, mas que podem representar o alicerce da relação conflituosa.

A última etapa é a definição dos termos do acordo, fixando seu objetivo, seu conteúdo e a forma de seu cumprimento, entre outros aspectos relevantes, tanto do de vista do problema entre os envolvidos, quanto do ponto de vista jurídico. Não é imprescindível produzir um documento escrito, mas se for necessário, deve ser elaborado com qualidade suficiente para proporcionar segurança aos signatários, devendo ser objetivo, de fácil interpretação e que não cause, ele mesmo, um novo conflito. (CALMON, 2015, p. 125).

Ressalta-se que o objeto da mediação e dos demais métodos alternativos de solução de controvérsias é a confirmação de seus propósitos cada vez mais determinantes para o acesso a uma ordem jurídica justa. Demonstra que o acesso à justiça não se limita ao Poder Judiciário, pois engloba o acesso à decisão rápida, justa e adequada para o caso que se apresenta. (LUCHIARI, 2012, p.18)

Em que pese todo o exposto até o momento, insta explicar que a mediação, segundo Sampaio e Braga Neto (2007, p.22,23), objetiva atingir a satisfação dos interesses e das necessidades das partes em determinado litígio. Não implica simplesmente o acordo, posto que configura procedimento mais ágil que o processual, porém mais demorado que a conciliação. A imparcialidade e a neutralidade são características imprescindíveis para que a solução seja alcançada por meio de reuniões conjuntas ou separadas. As partes é que determinarão o tempo em função da disponibilidade e do interesse de ambas.

Em complemento não se pode perder de vista, que segundo Calmon (2015, p.122), a mediação, para realizar os escopos a que se destina, “deve antes atingir diversos objetivos intermediários”, sendo certo que dentre esses importantes objetivos intermediários estão: “lograr ânimo de cooperação e confiança entre as partes, para que lhe seja possível compartilhar tarefas e informações relevantes”,

bem como “desenvolver a habilidade das partes para comunicarem-se, para compreender os sentimentos da contraparte e compartilhar as decisões necessárias.” Nada obstante, objetiva também assegurar a todas as partes a “oportunidade de que sejam escutados seus pontos de vista, para que sintam que foram tratadas com justiça”, além de “reduzir a tensão e o conflito, para que aqueles que mantêm uma relação próxima com ambas as partes não se veja envolvido em conflitos de lealdades”, e, por fim, obter das partes uma abertura total aos fatos relevantes, “de modo a tomar decisões sobre a base de informação adequada, depois de haver considerado propostas alternativas para resolver as mesmas questões.”

O que diferencia a mediação de outras formas referentes aos meios autocompositivos é o desenho diversificado em que é utilizada. Luchiari (2012, p.25), por exemplo, entende que a mediação tem sua utilização quando as pessoas possuem vínculo em seus relacionamentos de médio ou longo prazos. Exige, pois, que o mediador promova um crivo mais cuidadoso na inter-relação entre elas, podendo auxiliá-las por meio da investigação de questões controversas. Quando baseada em interesses, proporciona uma abordagem mais ampla, permitindo uma investigação de suas motivações, nem sempre transparentes. Isso faz com que se obtenha uma solução mútua, criativa de melhor qualidade. Outro fator seria o fato de a mediação ter como objetivo principal a solução do problema através de um acordo baseado no interesse das partes.

As distinções e semelhanças entre a mediação e a conciliação ocorrem, segundo a doutrina pátria, da seguinte forma:

Mediação e conciliação são formas de solução de conflitos pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial, com a função de auxiliar as partes a chegarem à autocomposição. Ao terceiro não

cabe resolver o problema, como acontece na arbitragem: o mediador/conciliador exerce um papel de catalisador da solução negocial do conflito. Não são, por isso, espécies de *heterocomposição* do conflito; trata-se de exemplos de *autocomposição*, com a participação de um terceiro. Ambas são técnicas que costumam ser apresentadas como os principais exemplos de “solução alternativa de controvérsias” (ADR, na sigla em inglês: *alternative dispute resolution*). O adjetivo, no caso, funciona para contrapor essas formas de solução de conflitos à jurisdição estatal. [...]

A doutrina costuma considerá-las como *técnicas* distintas para a obtenção da autocomposição. O conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, inclusive, sugerir soluções para o litígio. A técnica da conciliação é mais indicada para os casos em que não havia vínculo anterior entre os envolvidos. O mediador exerce um papel um tanto diverso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que geram benefícios mútuos. Na técnica de mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados. Ela é por isso mais indicada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados, como nos casos de conflitos societários e familiares. A mediação será exitosa quando os envolvidos conseguirem a solução negociada do conflito. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p.275).

Nesse sentido interessante verificar outro posicionamento da doutrina em relação à distinção entre a mediação e a conciliação, conforme o exposto a seguir:

O que diferencia os dois métodos do ponto de vista de sua aplicação, levando em consideração o tipo de relacionamento existente entre os litigantes é o nível de satisfação dos mesmos. Existindo relacionamento duradouro entre as partes (familiar, comercial, laboral, de vizinhança, contratual com vistas à manutenção da relação), o trabalho desenvolvido deve ser de mediação; ao passo que, existindo simples relacionamentos circunstanciais, se deseje de continuação ou aprofundamento (por exemplo em acidentes de trânsito, compra e venda de objetos, agressões entre desconhecidos) o mais aconselhável é a utilização da conciliação, por ser mais rápida e econômica. [...] Na conciliação, o tratamento do conflito é superficial e na mediação é aprofundado, o que redundará num acordo parcialmente satisfatório na primeira e totalmente satisfatório na segunda. [...] Nos casos em que o objeto do litígio é exclusivamente material, não havendo relacionamento significativo ou contínuo entre as partes, que preferem acabar rapidamente com o problema, ainda que o acordo não contemple todas as expectativas em jogo, a técnica de resolução de conflitos que deve ser utilizada é a conciliação. (VEZZULLA, 2001, p.83).

No mesmo sentido é o entendimento de Demarchi (2007, p.99-101), para quem, de acordo com os objetivos e características das partes envolvidas no conflito, e as peculiaridades do relacionamento entre elas existentes, uma das formas de resolução de conflitos pode se mostrar mais adequada.

Para finalizar, importante observar o entendimento de Valéria Ferioli Lagrasta Luchiari (2012, p.39), juíza de Direito, tendo em vista sua experiência concreta da mediação implantada pelos setores de Conciliação e Mediação no Poder Judiciário do Estado de São Paulo, adotada pelos provimentos do Conselho Superior da Magistratura nº 893/2004 e 953/2005, que autorizam a instalação desses setores, sendo certo que sobre tais institutos a magistrada explica que:

Nos conflitos que envolvem inter-relações duradouras, com a preponderância de aspectos subjetivos, o método ideal é a mediação, pois privilegia a retomada do diálogo entre as partes e estimula a obtenção soluções por elas mesmas, favorecendo a autodeterminação [...], a mediação é mais favorável porque tem como objetivo maior a condução das partes a um estado de cooperação, cabendo ao mediador investigar seus verdadeiros interesses (questões subjetivas e históricos do relacionamento), a fim de propiciar um ambiente favorável à tentativa de negociação, não sendo absolutamente necessário a obtenção de um acordo, mas sim a busca da melhora de relacionamento entre as partes. Por outro lado, para os conflitos que envolvem relações interpessoais superficiais, preponderância do aspecto objetivo, que as partes pretendem resolver com brevidade, o método de resolução de conflitos mais indicado é a conciliação, pois nela cabe ao terceiro facilitador abordar diretamente o conflito, estimulando as partes a esclarecerem o fato circunstancial que as colocou em contato e, a partir daí, destacar os pontos comuns por elas apresentados, contribuindo para a obtenção do acordo, que é o objetivo maior, inclusive, sugerindo soluções.

Por fim, [...] embora não haja conflitos de aspectos eminentemente objetivos, a preponderância de um de outro desses aspectos permite tratar de forma diferente o conflito na busca de sua solução, o que propicia, então, a diferenciação entre a mediação, como método que se desenvolve de acordo com técnicas próprias de aproximação e consideração dos interesses subjacentes das partes envolvidas, e a conciliação, meio tradicionalmente utilizado como forma de obter a composição de disputas de forma rápida e objetiva, atentando somente para o fato circunstancial apresentado. O conciliador avalia a disputa e chega a suas próprias conclusões para a solução justa do conflito, propondo-a às partes, que podem aceitá-la ou rejeitá-la;

enquanto a função do mediador é facilitar a resolução do conflito pelas próprias partes, e não sugerir soluções.

Atualmente, a mediação é regida pela Lei Especial nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que trata “Dos Mediadores Judiciais” (Seção, II, Subseção III, art.11), e “Dos Mediadores Extrajudiciais (Seção, II, Subseção II, art. 9º). Referido instituto também é regido pelo novo CPC, Seção V, que trata dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, (art.165 ao art.175 da Lei nº 13.105, de 16 de Marco de 2105, novo CPC) e, também pelo Provimento do Conselho Superior da Magistratura, nº 2.348, de 19 de Julho de 2016.

Diante de todo exposto, entende-se ser relevante a partir de agora promover uma abordagem acerca das políticas pública no Brasil, o que poderá ser conferido no próximo capítulo.

5. A MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA NO ÂMBITO DO “NOVO CPC.”

Antes mesmo de adentrar à questão da mediação, interessante entender que políticas públicas correspondem a programas ou atividades que devem ser levadas a efeito direta ou indiretamente pelo Estado, mas com a participação de agentes públicos ou privados. Elas tem o objeto de assegurar direitos – não raras vezes constitucionais – que promovam a cidadania e de forma difusa, mas também pode ter conotação mais dirigida, em que o público beneficiado faz parte de determinada categoria social, cultural, ética ou econômica.

Para se buscar uma compreensão sobre o tema em epígrafe, cumpre primeiramente resgatar que o novo CPC foi sugerido por uma Comissão de Juristas, em 2009, e aprovado pelo Senado Federal no final de 2014. Segundo a Agência Câmara Notícias (*apud* Barbosa; Silva, 2015, p.1224), “o texto ficou três anos na Câmara, quando foi objeto de mais de 100 audiências públicas e de discussões nos estados.” Além disso, “uma nova versão do CPC foi aprovada pela Câmara dos Deputados em março de 2014”, sendo certo que o “texto retornou ao Senado que deu a palavra final sobre o tema.”

Isto posto, tenha-se em mente que dentre as inovações atingidas com o novo Código, cumpre destacar o papel relevante dado aos métodos consensuais de solução de conflitos, delineado pelos seus idealizadores desde o Projeto de Lei nº 8046/10, bem como pela sua respectiva exposição de motivos, os quais foram consolidados na versão final do texto. Desde o início:

[...] pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz. (Exposição de Motivos do novo CPC).

A Exposição de Motivos do Novo CPC relembra a tendência mundial dessa prática conciliativa citando, de modo especial, a experiência contida no modelo processual civil alemão no qual:

Por força de uma lei de 1999, os órgãos legislativos dos 'Lander' tinham sido autorizados, sob determinadas circunstâncias, a exigirem, requisito de admissibilidade da ação, que se realizasse prévia tentativa de conciliação extrajudicial. Doravante, nos termos do art. 278, deve o tribunal, em princípio, levar a efeito a tentativa, ordenando o comparecimento pessoal de ambas as partes. O órgão judicial discutirá com elas a situação, poderá formular-lhes perguntas e fazer-lhes observações. Os litigantes serão ouvidos pessoalmente e terá cada qual a oportunidade de expor sua versão do litígio [...]. (BARBOSA; SILVA, 2015, p.1226).

A própria ex-presidente Dilma Rousseff, em seu discurso proferido na solenidade de sanção da nova Lei nº 13.105/15 (CPC), destacou o papel da conciliação ao afirmar que o espírito do Novo Código, “valoriza como nunca a conciliação, a busca do entendimento, o esforço pelo consenso, como formas de resolver pacífica e naturalmente os litígios com soluções negociadas, que satisfaçam da melhor maneira possível as partes envolvidas.” (apud Triboli, 2015, s.p.).

Sob essa ótica, a experiência conciliadora constante nos Juizados Especiais é levada de forma destacada ao Novo Código, para ser aplicada em todas as lides da justiça comum. O Novo CPC, já no §2º de seu artigo 3º estabelece que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.” Referida normativa reforça tal entendimento ao determinar, no parágrafo subsequente, (§3º), que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos “deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

Para fazer cumprir esse ideal, o Novo CPC incluiu os conciliadores e mediadores judiciais como auxiliares da Justiça (art. 165-ss.), regulando sua forma de atuação e os princípios que deverão observar em suas atribuições: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada. Estabeleceu também aos tribunais, ainda, a criação de Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos e abriu a “possibilidade” de os mediadores e os conciliadores serem remunerados por suas atividades.

Neste sentido, interessante consultar a doutrina pátria para verificar, sobre a criação dos Centros de Soluções de Conflitos, que:

Os tribunais deverão criar centros de solução de conflitos. A criação destes centros e suas linhas gerais estão previstas no art. 165, *caput*, do CPC, e nos arts. 8º a 11º da Resolução n. 125/ 2010 do CNJ. É importante observar que a criação destes centros é obrigatória.

Estes centros serão preferencialmente responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação, que ficarão a cargo dos mediadores ou conciliadores – a realização da mediação ou da conciliação no próprio juízo onde tramita o processo deve ser encarada como algo excepcional (art. 165, *caput*, CNJ). Além disso, estes centros têm o dever de atender e orientar o cidadão na busca da solução do conflito (art. 165, *caput*, CPC, e art. 8º, Resolução 125/ 2010, CNJ). Os centros contarão com um juiz coordenador e, se necessário, com um advogado, aos quais caberá a sua administração, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores (art. 9º, *caput*, Resolução n. 125/ 2010), CNJ). As sessões de conciliação e mediação pré-processual devem realizar-se nestes centros. (DIDIER JUNIOR, 2015, p.278)

De outro lado, a nova lei processual civil atribuiu ao autor a opção pela realização ou não da audiência de conciliação ou de mediação (art. 319, VII). No entanto, caso opte por buscar uma solução consensual para o seu litígio, o CPC traz toda a regulamentação para a realização da audiência de conciliação ou de mediação (art. 319, VII).

Outros avanços estão nos mecanismos trazidos pela nova normativa, possibilitando a mediação nas ações envolvendo manutenção e reintegração de posse (art. 565) e nas ações de família (art. 694-ss.)

Observa-se, portanto, um grande avanço na metodologia procedimental ampliando os casos de sucesso dos Juizados Especiais para todo sistema processual civil brasileiro e o alcance das audiências de conciliação e de mediação que, sem sombra de dúvida, torna a justiça mais célere e contribui para a pacificação social.

Com efeito, os métodos consensuais de solução de conflitos são, indiscutivelmente, vias promissoras tão esperadas no auxílio para desburocratização da Justiça, ao mesmo tempo em que permitem um exercício democrático de cidadania e uma fenomenal economia de operacional, papéis, horas de trabalho, etc.

Verifica-se que os meios alternativos de solução de conflito se coadunam com os princípios e valores constitucionais brasileiros. A valorosa experiência das referidas formas alternativas de resolução de controvérsias, de forma cooperada e cidadã, representam passos que avançam rumo à plena democratização do Poder Judiciário, ainda que para se alcançar esse ideal haja muitos desafios a serem superados.

Em que pese a Resolução n. 125/2010 do CNJ, vir ao encontro da justiça brasileira contemporânea, o mesmo não se pode dizer ao comparar o novo CPC com a Lei de Mediação (13.140/2015). Isso porque, segundo Duarte (2015, s.p.), “a alteração ritual mais significativa no procedimento estratificado no Novo CPC, frente ao velho procedimento ordinário, é a existência da audiência de mediação ou conciliação em sequência à apresentação da inicial pelo autor e antecedendo a resposta do réu (art. 334 do novo CPC).” Explica ainda que o novo *codex* “pretende

conduzir inicialmente as partes para a solução consensual da controvérsia, para depois, frustrada a possibilidade de autocomposição, passar-se propriamente ao momento da resposta.” Leciona, ainda, que o “Código estruturou tal fase em capítulo próprio (Capítulo V do Título I do Livro I da Parte Especial), regrando, aliás, a função de conciliador e mediador entre os auxiliares da justiça (Seção V do Capítulo III do Título IV do Livro III da Parte Geral)”.

A visão positiva em relação à mediação no novo CPC, pode ser encontrada no esforço doutrinário a entender que:

O Novo Código de Processo Civil, positiva de forma muito objetiva onde e quando será aplicada, cabendo aos operadores do direito se adaptarem aos novos tempos e participarem de forma efetiva na busca da pacificação social, única forma de obtermos a melhor atuação do Poder Judiciário, e a prestação jurisdicional mais efetiva. Aos advogados, muitos dos quais resistentes a essas modalidades de solução de conflitos, restará se adaptarem e criarem mecanismos próprios, ou em parcerias, cercado-se de profissionais especializados de outras áreas do conhecimento (psicólogos, assistentes sociais, terapeutas de família, dentre outros), para o melhor desempenho da atividade profissional. Aos Juízes e Promotores de Justiça, caberá uma mudança de postura, com a aceitação das novas normas que regerão os procedimentos judiciais, atuando de forma menos formalista, mais receptivos e sensíveis à importância das novas técnicas de solução de conflitos eleitas pelo CNJ e pelo legislador brasileiro. Ao Estado, restará a responsabilidade de adotar as medidas adequadas e necessárias para que o novo sistema de solução consensual de conflitos atinja os objetivos propostos, na busca de uma sociedade mais justa, menos conflituosa, igualitária, em sintonia com os fundamentos assegurados na Constituição Federal: Dignidade Humana e Cidadania. (PEREIRA, 2015, s.p.).

Em que pese esta dissertação já ter abordado recente e parcialmente a questão do direito comparado, há que se levar em conta ainda que, segundo Didier Júnior (2015, p.278), “a mediação e a conciliação podem realizar-se perante câmaras privadas. Nos EUA, por exemplo, é o que normalmente acontece. Bem pensadas as coisas, talvez seja este o ambiente mais adequado para a solução negocial dos conflitos”, sendo que tais “câmaras possuem suas regras

procedimentais, além de um quadro de mediadores e conciliadores cadastrados.” Nesse sentido, tanto podem caracterizar-se como “exercício de uma atividade lucrativa, como podem ser câmaras de conciliação de caráter comunitário, geridas por associações de bairro ou entidades não-governamentais sem finalidade lucrativa”, e exemplifica com o caso dos “sindicatos, com as suas comissões de conciliação prévia para as questões trabalhistas.” Finaliza o mesmo autor no sentido de que “as câmaras de arbitragem costumam atuar, também, como instância de mediação e conciliação”.

Sobre esta questão, cabe destaque para a seguinte exposição:

A administração pública pode criar câmaras administrativas para solução consensual de conflitos. Essas câmaras podem, por exemplo, ter competência para: (art. 174, CPC):

- a) Dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública (conflitos de competência entre órgãos de fiscalização, p. ex.);
- b) Avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública (pedidos de parcelamento de dívidas fiscais, p. ex.);
- c) Promover, quando couber a celebração de termo de ajustamento de conduta, instrumento negocial importante para a solução de conflitos coletivos. (art. 5º, §6º, Lei n. 7.347/1985);

A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), instituída pelo Ato Regimental nº5, de 27 de setembro de 2007, tem sua estrutura definida pelo Decreto nº 7.392, de dezembro de 2010, que teve sua redação alterada pelo Decreto nº 7.526, de 15 de julho de 2011. Trata-se de modelo muito interessante e que pode servir como paradigma para a criação de órgãos semelhantes nos outros entes federativos. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p.279).

Como complemento, interessante expor o artigo 18 do Decreto nº 7.392/2010, quando estabelece a seguinte competência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF):

- I – Avaliar a admissibilidade dos pedidos dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União;
- II – Requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação;

III – Dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre essas e a Administração Pública dos Estados, Do Distrito Federal, e dos Municípios;

IV – Buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do judiciário, ou propor propostas dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial;

V – Promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório;

VI – Propor, quando couber ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação;

VII – Orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados.

5.1. A mediação como direito fundamental na solução de conflitos e seus princípios.

Para iniciar a discussão deste último tópico, convém explicar que o acesso à justiça é direito consagrado constitucionalmente na Carta Magna pátria, em seu artigo 5º, inciso XXXV. Dito isto, cabe entender que a mediação configura sem dúvida uma forma de acesso à justiça e, nesse contexto, ratifica o disposto no dispositivo constitucional.

Para adentrar ao tema em epígrafe, torna-se necessário destacar o posicionamento de Moraes (1991, p.33), ao afirmar que é preciso que um número cada vez maior de pessoas tenham acesso a oportunidade de chegar aos umbrais da Justiça, como um fato natural e inerente à condição da própria pessoa humana, como parte indispensável do complexo de direitos e deveres que caracteriza o viver em sociedade. Só assim se conseguirá estabelecer o acesso à ordem jurídica justa.

Importante ressaltar a observação de Salomão (1997, p.24), ao lembrar, que, diante de muitas vezes, diante da pequenez do bem jurídico violado, quase sempre o ofendido acaba renunciando ao próprio direito, por saber que a morosidade do

judiciário lhe trará mais prejuízo do que benefício. Em geral é a camada menos favorecida da população quem sofre com as consequências mais desastrosas da dificuldade do acesso à justiça. A falta de acesso ao judiciário constitui, ainda hoje, um dos problemas que mais afligem a sociedade brasileira.

É importante dizer, ainda, que o ingresso à justiça e o acesso a uma ordem jurídica justa não se caracteriza pelo simples ato de ingressar com o processo em juízo, nem pelo simples fato de o interessado ter acesso ao direito de protocolar uma ação em determinada esfera judicial. Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 40), ressaltam que, seja nos casos “de controle jurisdicional indispensável, ou naquele em que a pessoa deveria cumprir com a obrigação, deixou de cumprir e de dar satisfações, a pretensão trazida pela parte ao processo necessita e apela por medida de justiça.”

É por tal motivo que o processo deve ser resolvido e conduzido de modo que propicie o trânsito à justiça ou, melhor dizendo, de maneira que fique comprovado o acesso a uma ordem jurídica que seja justa. O ingresso à justiça por meio de uma ordem jurídica é caracterizado pelo maior número de pessoas que possuem alcance a um sistema judiciário com o direito de demandar e responder à demanda de forma correta.

É nesse sentido que o positivismo jurídico tem posto em destaque vários princípios e garantias. Sempre que somados e usados adequadamente traçam caminho para que os cidadãos tenham acesso à ordem jurídica justa. Assim, a ideia central que move toda a Constituição e a criação desses princípios e garantias é para que todo cidadão, ferido em seu direito, consiga ter alcance à justiça de forma equitativa.

Interessante aqui constatar que:

Diante da constatação de que somente os mecanismos já citados eram ainda insuficientes ao efetivo acesso à justiça, já que a solução processual – o processo ordinário contencioso – mesmo quando são superados os problemas de patrocínio e de organização dos interesses, pode não ser a solução mais eficaz, nem no plano de interesses das partes, nem naquele dos interesses mais gerais da sociedade, busca o “movimento de acesso à justiça” novas alternativas para resolução de conflitos que não restritas ao ordenamento processual, normalmente exasperador de paixões e conflitos. Algumas destas alternativas, contempladas no plano do pluralismo jurídico, já estão sendo aceitas como instrumental procedimental competente para dirimir litigiosidades, como, por exemplo, a mediação, a conciliação informal e a arbitragem, entre outros. (TORRES, 2002, s.p.)

Além disso, o posicionamento doutrinário ainda vai no sentido de que “o procedimento da mediação também visa incluir socialmente o indivíduo, ampliando seu universo cultural, possibilitando o conhecimento de seus direitos e deveres, dirimindo a hostilidade.” Concluem que o “que se busca com esse procedimento é o necessário fomento à paz e o incentivo às práticas de cidadania, sendo requisitos essenciais no contexto do Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição Federal”. (PARRA, LOPES, 2011, p.14).

Tenha-se ainda em mente que:

O acesso à justiça é direito e garantia fundamental, estando previsto formalmente no Título *Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Individuais e Coletivas*. Mas, o fato dos meios alternativos de solução dos conflitos de interesses não estarem previstos formalmente no texto constitucional, não significa que também não se tratam de um direito fundamental, pois, conforme ensina Ronnie Preuss Duarte, “são direitos fundamentais em sua dimensão formal aqueles expressamente previstos na Constituição, ao passo que serão direitos fundamentais numa dimensão material aqueles outros que, nada obstante não contarem com previsão expressa no texto constitucional, tenham objeto análogo aos direitos formalmente fundamentais”. (apud PARRA; LOPES, 2011, p.14).

Brandão (2014, s.p.) leciona que os meios alternativos de solução de conflitos se mostram auxiliares do Poder Judiciário, “despontando com a finalidade máxima

de acesso à justiça e preenchendo funções essenciais do processo de desenvolvimento humano, já que promovem a condição de agente do cidadão e expressa a liberdade individual social.” Vai mais além ao expor que se trata de um esforço importante para a “efetividade do direito fundamental ao acesso à justiça, conjugando mediação com a cultura da paz e o desenvolvimento com a paz social, a fim de ampliar a cidadania, que requer a atuação conjunta do Estado, da sociedade e de todos os cidadãos.”

Interessante colocar ainda como nota conclusiva que o uso de meios alternativos de solução de conflitos de forma maciça pode contribuir para sua difusão entre a população brasileira e, dessa forma, fique deveras socializada, bem como contribua para desafogar o Judiciário de uma avalanche de processos que poderiam ser solucionados por intermédio de meios não convencionais.

É óbvio que a crise que assola a administração da justiça brasileira, especialmente a morosidade processual, apresenta certa possibilidade de amenização por meio dos equivalentes jurisdicionais, entre eles a mediação. Assim, os métodos cooperativos possibilitam a utilização de práticas não adversariais na resolução de conflitos, o que sem dúvida acresce sobremaneira a questão do acesso à justiça e da celeridade processual.

O processo em si e a solução de litígios lucram significativamente com os meios alternativos de solução de conflitos, especialmente no tocante ao acesso à justiça, à pacificação social e à solidariedade social.

Assim, é certo que tais equivalentes jurisdicionais atuam como instrumentos inquestionáveis de acesso à justiça e, dessa forma, ratificam o dispositivo constitucional (artigo 5º, inciso XXXV) a entender que tal acesso configura um direito fundamental.

Não há como se falar na mediação sem compreendê-la num contexto de direito fundamental na solução de conflitos individuais e, também, coletivos, mesmo porque ela tem atuado com rapidez e eficácia frente aos conflitos que lhe dizem respeito, o que leva ao entendimento de que tanto os centros como os escritórios de mediação vêm formalizando acordos e a eles atribuindo título executivo extrajudicial, que são submetidos à homologação judicial.

Para compreender os princípios da mediação, interessante ainda verificar o posicionamento doutrinário a entender que:

De acordo com os *Standards MAMP (Massachusetts Association of Mediation Programs)*, a mediação caracteriza-se pelos seguintes princípios:

1. *Voluntariedade* – o princípio que reconhece o direito de as partes participarem livremente de um acordo alcançado nos encontros de mediação. Qualquer das partes tem o direito de retirar-se da mediação a qualquer momento;
2. *Consentimento informado* – é o princípio que afirma o direito de as partes obterem informações sobre o processo e mediação e, quando resulta necessário, acerca de seus direitos legais, opções e recursos relevantes, antes de participar de mediação, consenti-la ou aprovar os termos do acordo ali alcançados;
3. *Poder das partes/autodeterminação* – é o princípio que reconhece que as partes em disputa têm a faculdade, o direito e o poder de definir suas questões, necessidades e soluções, e de determinar o resultado do processo da mediação, sendo responsabilidade das partes decidirem mutuamente os termos de qualquer acordo que seja celebrado;
4. *Imparcialidade/neutralidade* – é o princípio que afirma o direito das partes a um método de mediação que lhes sirva de um modo justo e equitativo e a contar com mediadores que se abstenham de todo prejuízo ou favoritismo, percebido ou real, de fato ou de palavra;
5. *Confidencialidade* – é o princípio que afirma que toda a informação obtida pelo mediador ou pelas partes se manterá dentro do programa de mediação, exceto se eventual revelação for autorizada previamente pelas partes. (CALMON, 2015, p.115).

O artigo 166 do Novo CPC determina que a mediação e a conciliação são regidos pelos princípios da independência, da imparcialidade, do autorregramento da vontade, da normalização do conflito, da confidencialidade, da oralidade, da

informalidade e da decisão informada. Sobre tais temas, relevante verificar como se posiciona a doutrina pátria, a saber:

A *independência* rege a atuação do mediador e do conciliador, que têm o dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo obrigação de redigir acordo ilegal ou inexecutável (art. 1º, § 5º, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores judiciais – Anexo da Resolução n. 125/2010-CNJ).

A *Imparcialidade* é realmente indispensável em um processo de mediação ou conciliação. Mediador e conciliador não podem ter qualquer espécie de interesse no conflito. Trata-se de um reflexo do princípio da impessoalidade, próprio da administração pública (art. 37, caput, CF/1988). A aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar um ambiente favorável à composição, não ofende o dever de imparcialidade (art. 166, §3º).

O princípio do *autorregramento da vontade* é, como se sabe, corolário da liberdade. Na mediação e na conciliação é um pressuposto e, ao mesmo tempo, a sua própria razão de ser: tudo é pensado para que as partes definam a melhor solução para o seu problema jurídico. O respeito à vontade das partes é absolutamente fundamental, podendo ser considerado, aliás, o princípio mais importante no particular. O mediador e o conciliador estão, por isso, proibidos de constranger os interessados à autocomposição. A vontade das partes pode direcionar-se, inclusive, à definição das regras procedimentais da mediação ou conciliação e, naturalmente, até mesmo à extinção do procedimento negocial (art. 166, § 4º, CPC; art. 2º, §2º, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais – Anexo da Resolução 125/2010-CNJ).

A *confidencialidade* estende-se 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 (art. 166, § 1º, CPC). Mediador e conciliador têm, assim, o dever de sigilo profissional. Ambos, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação (art. 166, § 2º, CPC).

A *oralidade e a informalidade* orientam a mediação e conciliação. Ambas dão a este processo mais “leveza”, sem o ritual e a simbologia próprios da atuação jurisdicional. Mediador e conciliador devem comunicar-se em linguagem simples e acessível e não devem usar nenhum tipo de roupa solene (veste talar, toga etc.) É conveniente que a negociação realize-se em ambiente tranquilo, se possível sem barulho, em mesa redonda e com as paredes pintadas na cor clara. Todos são aspectos cênicos importantes, pois permite um diálogo mais franco, reforçando a oralidade e informalidade.[...]. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p.277-278).

Para finalizar, tem-se que anteriormente foram colocadas as regras pátrias que regem a mediação no território nacional. Todavia, convém ter em mente que antes mesmo de as mesmas lograrem efeito legal outras iniciativas já haviam sido objeto de discussão, como poderá ser observado no próximo capítulo.

6. AS INICIATIVAS QUE ANTECEDERAM O PROJETO DA LEI N. 94/2002 NO SENADO FEDERAL.

Para se enveredar no tema em epígrafe torna-se importante destacar brevemente o histórico exposto por Luchiari (2012, p. 70), sobre as iniciativas que antecederam a Lei nº 94/2002, a saber. A iniciativa de maior relevância, em relação ao instituto da mediação ocorreu em 1998, quando foi apresentado, pela OAB/SP, o Projeto de Lei nº 4.327/1998, o qual tratava da mediação no processo civil, e o Projeto n. 4.827/1998, de autoria da deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, que de maneira facultativa, por meio de sete artigos, institui a mediação em duas formas: sendo uma extrajudicial, realizada fora do processo, antes de sua instauração, e realizada por mediador, podendo ser conduzida por qualquer pessoa capaz e com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do litígio, e a outra no formato judicial realizada durante o curso do processo judicial.

Foi num evento realizado na sede da OAB/SP que se tornou público o novo texto elaborado pelos juristas brasileiros e com acompanhamento feito pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual; pela primeira vez foi apresentada a expressão “mediação paraprocessual”.

De acordo com Luchiari (2012, p. 71), em 2002, o plenário da Câmara dos Deputados aprovou e encaminhou ao Senado o projeto de Lei da deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, direcionado à Comissão de Constituição e Justiça, cujo relator foi o senador Pedro Simon, realizando-se audiência pública no ano seguinte. A partir daí, o Ministério da Justiça, através de sua Secretaria da Reforma do judiciário, reuniu e orientou as instituições especializadas e ligadas à matéria, bem como seus respectivos profissionais, para elaboração de um novo texto para aquele Projeto de Lei.

Sampaio e Braga Neto (2007, p. 136)³, verificam nesse mesmo sentido o surgimento do então texto denominando “versão consensuada”, ampliando em vinte e seis os artigos em relação ao texto original. Tal renovação proporcionou, além da mediação judicial e extrajudicial, outras duas modalidades de mediação: a prévia e incidental.

Os aspectos principais do texto foram alterados, segundo Luchiari (2013, p.70), alguns meses depois pelo relator senador Pedro Simon, que apresentou projeto substitutivo, sendo acolhida parte da redação da “versão consensuada”.

Sampaio e Braga Neto, (2007, p. 136) contribuem com o tema ao lecionar que o relatório final da Comissão de Constituição e Justiça foi aprovado em junho de 2006, na forma de substitutivo. O plenário do Senado aprovou, no mês subsequente, o novo texto do Projeto de Lei nº 94/2002, com os seus quarenta e sete artigos.

6.1. Da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado na solução de conflitos de interesses (Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça)

A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e foi publicada em 29 de novembro de 2010. Referida normativa guarda extrema relevância, bem como relação com esta pesquisa.

Para Wüst (2013, p. 50), o que se almeja com referida Resolução “é a alteração da cultura arraigada no íntimo dos cidadãos, aquela em que o Estado-Juiz deve dizer a quem pertence o direito, para uma cultura de pacificação social, mediante o restabelecimento do diálogo entre as partes.”

³ A mediação prévia e a mediação incidental não constituem o objeto deste trabalho, pois fazem parte da Lei nº 94/2002.

E Neumann (2013, p.56) explica que, com tal normativa, o tratamento de conflitos na fase pré-processual “torna-se vantajoso uma vez que, na maioria das vezes, antes do ajuizamento da ação os ânimos estão mais acomodados, facilitando à comunicação mediada e um possível acordo anterior à instauração da lide.” Além disso, “se possível consenso entre os conflitantes (seja pela reconciliação, seja pelo acordo), um processo judicial pode ser evitado ocorrendo, aqui sim, a diminuição do contencioso judicial e a celeridade na resposta.”

A instituição da política pública de solução adequada dos conflitos por meio da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, segundo Luchiari (2012, p. 81-82), vem privilegiar a conciliação e a mediação judicial. O que se busca com a implantação desta política é fazer com que a solução seja mais adequada nos casos de conflitos de interesses. Nelas as partes terão participação decisiva na busca de algum resultado que satisfaça seus interesses, fazendo com que seus relacionamentos sejam preservados, propiciando a ambos a justiça coexistencial. O resultado que esta política irá proporcionar na redução do volume de serviços do Judiciário será mera consequência desse relevante resultado social.

Aos jurisdicionados será proporcionado, mediante a política pública judiciária, uma solução mais adequada das controvérsias. Pois, ao contrário de barrar o ingresso à justiça assegurará aos mesmos o acesso à ordem jurídica justa. Além do mais, reduzirá de maneira significativa os litígios a serem ajuizados, que venham a ser judicializados. (Ibidem, p.82).

Some-se a isso, a explanação de Grosman e Mandelbaum (2011, p. 306), ao relatar brevemente que diante da exigência de uma política pública destinada à divulgação e informação da mediação e dos métodos consensuais de solução de conflitos nacionalmente, o que se tinha, até então, estava sendo desenvolvido de

forma desordenada e sem planejamento. Isso poderia levar a um descontrole, ocasionando uma superposição de tarefas que resultaria em não atingir o objetivo maior, que era a solução das lides.

Então, para a utilização dos métodos consensuais seria necessário que um órgão público, com notoriedade nacional, implantasse de forma paulatina e muito bem organizada, uma nova política pública de tratamento e solução de conflitos de interesses, com incentivo aos métodos consensuais de autocomposição. Coube tal responsabilidade, por fim, ao Conselho Nacional de Justiça, pelo fato de ser um órgão integrado por juízes e representantes da sociedade civil.

Devido a insuportável sobrecarga de processos em todos os níveis do Poder Judiciário, o ministro Cesar Peluso, então Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, em seu discurso de posse proferido em 23 de abril de 2010, manifestou a necessidade de tomar como meta em seu mandato esta política pública. (Ibidem, p.305).

Segundo Grosman e Mandelbaum (2011, p.306), ao estabelecer esta meta como uma diretriz a ser seguida, referido ministro, com base na proposta encaminhada pelo respeitado professor Kazuo Watanabe, do Conselho Nacional de Justiça, nomeou um grupo com o propósito de trabalhar na minuta da Resolução que instituiria no Brasil a política pública de soluções controversias de forma adequada para o seu tratamento. Este grupo foi composto pelos magistrados José Guilherme Vasi Werner, Sidmar Dias Martins, Tatiana Cardoso de Freitas, Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira e por Valéria Ferioli Lagrasta Luchiari.

Conforme relatos de Luchiari (2012, p. 82-83), o Comitê Gestor da Conciliação apreciou e aprovou a referida minuta sob a coordenação da conselheira Morgana Richa. A referida Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça foi

baixada e publicada em 1º de dezembro de 2010, instituindo-se no território nacional, no âmbito do Poder Judiciário, a Política Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses.

Postas as considerações anteriores, tem-se o posicionamento de Salles, Lorencini e Alves da Silva (2012, p.9), ao observarem com muita propriedade, que a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, foi o “marco legal” para que fosse permitida a instalação da conciliação junto aos setores dos fóruns, permitindo que a resolução de conflitos fosse organizada na sociedade civil por meio de uma nova política pública judiciária, a partir do próprio Poder Judiciário, onde os tribunais criaram e organizaram seus próprios setores de conciliação judicial e, em alguns casos, núcleos comunitários de solução de conflitos.

Nesse mesmo sentido, interessante explicar que:

A Resolução nº 125 do CNJ visa instituir uma “Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses”. Confere aos órgãos judiciários a tarefa de “oferecer mecanismos consensuais de controvérsias para além da solução dada por sentença, como a mediação e a conciliação, e “prestar atendimento e orientação ao cidadão”. Fixa as bases para essa política: “centralização das estruturas judiciárias, adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como acompanhamento estatístico específico, sendo possível firmar parcerias com entidades públicas e privadas para a prestação do serviço.” E, no âmbito dos Tribunais, determina que mantenham Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, para realização das sessões de conciliação e mediação, e atendimento e orientação ao cidadão. (Ibidem).

O programa de implantação dos meios consensuais de solução de controvérsias envolve a população, sensibilizando-a sobre o desenvolvimento de tal política pública. Isso ocorre por meio da capacitação de seus operadores, bem como dos meios de divulgação para que a população seja informada. Constitui-se, com isso, uma parceria entre o Conselho Nacional de Justiça e a rede de órgãos do

Poder Judiciário e entidades públicas e privadas. O objetivo é a implementação desta política pública, voltada ao tratamento e solução de conflitos de interesses com a aplicação dos métodos autocompositivos, praticados de forma obrigatória por todos os Tribunais de Justiça dos Estados. (LUCHIARI, 2012, p.82-83).

Algumas diretrizes foram estabelecidas para regulamentar de forma segura e adequada o trabalho dos conciliadores e mediadores. Foram estabelecidos critérios de seleção e capacitação mínima, exigindo também a qualidade do serviço. Foram exigidos critérios de avaliação permanente quantitativa (número de usuários e de acordos – banco de dados) e qualitativa (acompanhamento de resultados - controle social), assim como instituir o Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores; uma definição sobre a remuneração adequada dos mediadores e conciliadores; buscam incentivar as instituições privadas e públicas da área educacional a criarem disciplinas pertinentes aos métodos consensuais, inclusive nas escolas de magistratura, em seus cursos de iniciação funcional, incluindo módulos voltados aos métodos consensuais. (Ibidem, p.83).

Nesse sentido, finalmente foi estabelecida uma interlocução entre o Conselho Nacional de Justiça com a Ordem dos Advogados do Brasil, com o Ministério Público e com as Defensorias e Procuradorias Públicas. O propósito era o de incentivar e envolver a participação de tais organismos no desenvolvimento da referida Política Pública, visando estimular a prevenção dos litígios. (Ibidem).

As práticas autocompositivas foram implementadas junto às agências reguladoras de serviços públicos e junto às empresas, com o objetivo de desenvolver e acompanhar por meio de estatísticas e bancos de dados, para aferir e visualizar os resultados. Também a conciliação e a mediação são estimuladas à

implantação junto aos entes públicos quando envolverem matéria sedimentada na jurisprudência, sendo concedido um selo de qualidade baseado nos resultados.

6.2. Da Emenda nº 01, de Janeiro de 2013, do Conselho Nacional de Justiça

Como já exposto no decorrer desta dissertação, o órgão competente para controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do artigo 37 da Constituição Federal, é o Conselho Nacional de Justiça. Assim, o direito de acesso à justiça, previsto no artigo 5º da referida Carta Magna implica o acesso à ordem jurídica justa mediante envolvimento dos órgãos judiciários.

Caberá ao Poder Judiciário estabelecer uma política pública de tratamento adequado aos litígios e aos problemas jurídicos, que ocorrem em larga escala e de forma crescente na sociedade brasileira. Implicam os mecanismos de solução das divergências, em especial os métodos consensuais, como a mediação e a conciliação.

Sendo estes considerados instrumentos efetivos de pacificação social e solução e prevenção de litígios, os programas já experimentados no país têm reduzido o número de lides e a quantidade de recursos e execução de sentenças.

Destarte, considerando-se que a organização dos serviços de conciliação e mediação são práticas autocompositivas inominadas e que outros métodos consensuais de solução de controvérsias devem servir também de princípios e base para a criação de juízos de resolução de conflitos especializados na matéria, o Conselho Nacional de Justiça alterou, por meio da Emenda nº 01 e 02, de janeiro de 2013 e de 08 de Março de 2016, respectivamente, alguns artigos da Resolução nº

125, de 29 de novembro de 2010. Assim, de forma definitiva instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos, assegurando aos cidadãos o direito de solução de suas divergências pelos meios adequados, conforme a sua natureza e peculiaridades.

Entende-se que foi com o apoio do Conselho Nacional de Justiça que se formalizou as bases para uma Política Judiciária Nacional de tratamento adequada na resolução de conflitos de interesses, com iniciativas setorizadas e centradas na integração das estruturas baseadas no consenso entre os mecanismos formais

Uma vez definida pelo Poder Executivo uma Política Nacional de incentivo aos mecanismos para obtenção dos meios consensuais de soluções de controvérsias, deve-se observar as responsabilidades e definir os papéis que cada setor social deve assumir, incluindo os papéis dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como dos entes federados; e, por fim, a participação do cidadão, peça fundamental e preponderante na realização da autocomposição (negociação, mediação e conciliação).

Francisco Maia Neto, secretário geral da Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, CENCA/COPREMA, destaca por meio de um breve histórico os seguintes acontecimentos:

A CEMCA/COPREMA é uma das comissões temáticas do órgão maior da advocacia no Brasil, que trata dos assuntos relacionados aos institutos extrajudiciais apropriados ou adequados de solução de conflitos, conhecidos pelas siglas MASC (Métodos Alternativos de Solução de Conflitos) ou MESC (Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias), cuja função precípua é a consolidação desses institutos junto aos advogados brasileiros, contribuindo de forma efetiva para a pacificação social.

Cumprindo os requisitos regimentais que regem estes organismos no CFOAB (Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil), foi criado, no âmbito da CEMCA (Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB), um grupo de trabalho, que

ganhou a denominação de COPREMA (Colégio de Presidentes das Comissões de Mediação e Arbitragem) das Seccionais da OAB e entidades nacionais, compreendendo não só os temas da comissão nacional, mas também os presidentes das comissões estaduais que tratam dos mesmos temas, além de representantes de quatro entidades nacionais da área ABEArb (Associação Brasileira de Estudantes de Arbitragem) CBAr (Comitê Brasileiro de Arbitragem), CBMAE (Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial) e CONIMA (Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem), permitindo assim uma maior capilaridade das ações empreendidas pelo Conselho Federal nessas questões. (MAIA NETO, 2016, p.4).

Dentre as principais realizações da CEMCA/COPREMA, destacam-se as seguintes:

- Defesa exitosa dos interesses da advocacia, com a aprovação de parecer no Conselho Federal sobre a possibilidade de cobrança de honorários em arbitragem via escritórios de advocacia;
- Elaboração do Manual de Mediação de Conflitos para Advogados – escrito por Advogado, em convênio firmado entre o Ministério da Justiça e OAB Federal;
- Formatação de plano estratégico para introdução de ensino das disciplinas de mediação e arbitragem nos cursos de Direito no país;
- Participação nas comissões do Ministério da Justiça e do Senado, para elaboração de projetos de lei sobre mediação (criação da Lei n. 13.140, de 26 de Junho de 2015) e arbitragem (reforma da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, com as alterações da Lei n. 13129, de 26 de maio de 2015);
- Elaboração de sugestão de grade curricular para as disciplinas de mediação e arbitragem a serem introduzidas nos cursos de Direito;
- Programação de curso nacional de capacitação em mediação, em quatro módulos, com carga horária total de 80 horas, a ser oferecido às Seccionais da OAB, para a capacitação dos advogados locais, entre outras. (Ibidem, p.4).

Diante de todo o exposto até o momento, acredita-se ter ficado de fácil absorção a importância das ADRs, (Alternative Dispute Resolutions, sigla em inglês, que traduzindo, significa Alternativas de Resoluções de Disputas), mesmo porque, sem referidos métodos alternativos a justiça brasileira estaria fadada à estagnação, haja vista o potencial que tais iniciativas apresentam no tocante a desafogar o já exacerbado contexto processual pátrio.

Todavia, esta pesquisa restaria inócua se não apresentasse, como exigência a qualquer trabalho científico, algumas conclusões do autor da pesquisa em relação ao objeto principal de estudo, o que será levado a efeito na sequência.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Guardadas as exceções, é fato que o ser humano busca se relacionar com o seu próximo da melhor forma possível, mas nem sempre isso ocorre; muitas vezes as divergências e contraposições nos pensamentos, a busca pelos mesmos interesses e/ou ideais gera divergência nas relações interpessoais.

Mesmo assim, as pessoas procuram uma forma de manter relacionamentos pacíficos; mesmo diante de alguns posicionamentos filosóficos no sentido de que “o homem é um ser essencialmente bárbaro ou mal” – respectivamente Engels e Hobbes, por exemplo –, os agentes sociais da contemporaneidade buscam uma convivência harmoniosa. Outros entendem haver entre os homens um “contrato social” (Rousseau), afirmando para tanto que os homens celebravam um contrato recíproco, pois a busca pela pacificação social não é oriunda de um contrato, mas inerente ao ser humano.

Assim, é de se inferir que a busca pela paz e a fuga da intriga/desavença é inerente ao ser humano, motivo pelo qual, como forma de apaziguar as desavenças e criar um ambiente de segurança e proteção ao indivíduo, o Estado evoluiu e criou o Poder Judiciário, também obviamente em resposta às demandas do tecido social.

Isso leva ao entendimento de que todas as divergências individuais e coletivas que não logram resolução entre as partes de forma pacífica acabam por desembocar em forma processual no Poder Judiciário. Some-se a isso à explosão demográfica dos últimos séculos e tem-se uma legião infindável de litigantes, buscando seus interesses individuais em referido organismo estatal.

Não é necessário um exercício de reflexão muito aprofundado para constatar que o Estado, por meio do Judiciário, não consegue atender a demanda de forma satisfatória; há uma visão sedimentada culturalmente no sentido de que não é

salutar esperar a resposta do Estado, pois com a quantidade de recursos – em que pese o “duplo” grau de jurisdição – uma lide pode facilmente chegar a uma década para sua solução. Isso obviamente testa a paciência do usuário, além do que onera seu não raras vezes limitado orçamento.

Sendo o ser humano essencialmente mau ou bárbaro, o que podemos afirmar com absoluta certeza, é que sua criatividade é ilimitada, e isso não nos resta dúvidas. Daí que, como forma de auxiliar o Poder Judiciário, desafogá-lo de processos e resgatar na população o senso de justiça e de proteção aos litigantes, foram introduzidos os meios alternativos de solução de conflitos, também conhecidos por mediação, negociação, conciliação e arbitragem.

Observa-se que os métodos consensuais de solução de controvérsias devem ser vistos doravante não mais como uma alternativa para alcançar as soluções de conflitos fora do Poder Judiciário, mas como meios ou métodos importantíssimos a serem utilizados por este organismo.

Conforme estabelecem os princípios constitucionais previstos no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, eles configuram forma adicional de acesso à justiça, proporcionando que as soluções adjudicadas, típicas do Judiciário, sejam complementadas pelas soluções não adjudicadas.

Destarte, tais princípios não se referem apenas à entrada formal à justiça; diz respeito a uma forma complementar de acesso à ordem jurídica justa, que conduz à pacificação social – escopo magno da jurisdição –, de forma mais qualificada, célere e efetiva na adequação da tutela jurisdicional.

Assim, o ingresso qualificado à justiça nem sempre é alcançado por meio da sentença, mediante solução adjudicada. As divergências, postas suas naturezas e peculiaridades, nem sempre são passíveis de uma solução adequada, haja vista os

tipos heterogêneos de conflitantes. Isso poderia ser evitado com a prática e a utilização de outros métodos de solução, além dos adjudicados. Observa-se o quanto é importante a utilização desses outros métodos e da escolha do mais adequado para cada tipo de conflito e para cada tipo ou característica de indivíduo envolvido.

Ressalte-se, porém, que em nenhum momento existe a intenção de diminuir a importância dos magistrados e/ou do Poder Judiciário, com suas soluções adjudicadas. Ao contrário, o objetivo é fazer com que as causas que tratam de direitos indisponíveis – por serem mais complexas – ou as causas em que as partes desejam se submeter a uma solução adjudicada por meio da sentença, sejam reservadas aos juízes para que exarem a devida solução processual.

Com o advento da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e das Emendas nº 01 e 02, de janeiro de 2013 e de Março de 2016 respectivamente, foi estabelecida uma Política Nacional de tratamento adequado aos conflitos de interesse, assegurando a todos o direito à solução das controvérsias conforme suas naturezas e distinções. Assim, podemos observar maiores opções disponíveis para a solução dos litígios.

O objetivo magno da Política retro citada é a pacificação social e o acesso à justiça de forma menos morosa e com custos mais acessíveis. Contudo, mesmo diante do fato de a conciliação estar enraizada no meio judicial, a mediação vem a acrescentar ao referido meio, permanecendo como uma forma a mais na busca da pacificação social por meio da solução de litígios.

Portanto, mais que um método para atenuar a morosidade do Poder Judiciário, destaca-se que seu objetivo primordial não é, de forma alguma, reduzir o número de processos existentes no Judiciário, mas oferecer às partes a pacificação

de seus conflitos de uma maneira materializada pela celeridade, eficiência e validade judicial.

Em que pesem entendimentos contrários – e equivocados, diga-se de passagem – de que os meios alternativos de solução de controvérsias são “concorrentes” do Poder Judiciário, fato é que tais meios são alternativos e “parceiros” de tal organismo, pois promovem o acesso à justiça com maior celeridade, eleva o agente social à condição de cidadão e expressa a liberdade individual social. Não existe uma cidadania “melhor” ou “pior”; há apenas um tipo e ela deve ser buscada de forma a contrapor qualquer corrente contrária.

Por fim, conclui-se que o presente trabalho teve por objetivo esclarecer os métodos alternativos de solução de controvérsias, principalmente a mediação, seja ela privada ou judicial, de forma efetiva. E, também, esclarecer a prática desse meio alternativo em conformidade com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do acesso à justiça, e da duração razoável do processo, conforme estabelecem o artigo 1º (inc. III) e 5º (inc. XXXV e LXXVIII) da Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

- AZANBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Globo, 1980.
- BARBOSA, Orina Pisk Azevedo; SILVA, Cristiano Alves da. Os métodos consensuais no âmbito do novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei nº13.105/2015). **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. a. 1, n 4. Lisboa, Portugal: Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015. p.1211-1236.
- BARBOSA, Rui. **Escritos e discursos seletivos**. 1. ed. 3. reimp. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. Mediação e ampliação do acesso à justiça. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3856, 21 jan. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26450>>. Acesso em: 27 nov. 2015.
- CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. **Fundamentos da medição e da conciliação**. 3.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Os poderes do Presidente da República**. Coimbra: Editora, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro; *et al.* **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARDOSO, Antônio Pessoa. **Justiça alternativa: juizados especiais**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CLÉVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo no Estado contemporâneo e na constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- DEMARCHI, Juliana. **Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2.

DOURADO, Sabrina. Jurisdição. **JusBrasil** [online], 2011. Disponível em: <<http://sabinadourado1302.jusbrasil.com.br/artigos/121935850/resumao-de-jurisdiacao-muito-bom>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

DUARTE, Zulmar. A difícil conciliação entre o novo cpc e a lei de mediação. **Jota Notícias** [online], 17 ago. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao>>. Acesso em: 18 set. 2016.

FAURA, Norma V. López. **El poder na mediación**: uma respuesta interdisciplinaria. Buenos Aires: Eudeba, 1997.

FISHER, R.; URY, W.; PATTON, B. **Como chegar ao sim**: a negociação de acordos sem concessões. 2 ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz. **Direito civil**: família. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GOMES NETO, José Mario Wanderley. **O acesso à Justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo**: resolução na prestação jurisdicional – Guia pratico para a instalação do setor de conciliação e mediação. 3 reimp. São Paulo. Atlas, 2013.

GROSMAN Cláudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. **Mediação no Judiciário**: teoria na prática e prática na teoria. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

HOROWITZ, Sara. **Conflicto y negociación, in mediación**: una repuesta interdisciplinaria. Buenos Aires: Eudeba. 1º ed. 1997.

ITS - Instituto de Tecnologia Social. **Direitos humanos e mediação de conflitos**. [online]. São Paulo: Instituto de Tecnologia Social; Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2009. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/mediar_conflictos/curso_m_conflictos_modulos_1_10.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2016.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Mediação judicial**: análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MAIA NETO, Francisco. Um breve histórico da CEMCA/COPREMA. In: MOLA JÚNIOR, Ademar. *et.all.* **Reforma da Lei de Arbitragem**: comentário ao texto completo. São Paulo: OAB/SP; COPREMA, 2016.

MARTINS, Ives Granda da Silva. **A constituição brasileira de 1988: interpretações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

MAYER, Larissa Affonso. Métodos alternativos de resolução de conflitos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2997, 15 set. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19994>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed.- São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Silvana Campos, **Juizados de Pequenas Causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MUSZKAZAT, Malvina Ester. **Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações**. 2. ed. São Paulo: Summus, 2008.

NEUMANN, César Augusto Gomes. Comentários aos artigos 9º e 10 da Resolução nº 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010. In: SPENGLER, Fabiana Marion (Org.). **A Resolução 125 do CNJ e o papel do terceiro conciliador e mediador na sua efetivação**. Curitiba: Multideia, 2013.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes com doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; MIGLIAVACCA, Luciano de Araújo. **A Resolução 125 do CNJ como política pública de fortalecimento da cidadania no tratamento dos conflitos**. [online], s.d. Disponível em: <http://www.imed.edu.br/Uploads/micimed2014_submission_139.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2016.

PARRA, Patrícia; LOPES, Mariane Helena. **A mediação como forma de efetivação de acesso à justiça**. (Anais). VII ENNPEX – Universidade e Gestão Pública: perspectivas e possibilidade. Campo Mourão, PR: Faculdade Estadual de Ciências e Letras de Campo Mourão, 21 a 23 set. 2011. Disponível em: <http://www.fecilcam.br/anais/vii_ennpex/PDF/direito/01-direito.pdf>. Acesso em: 4 julho 2016.

PEREIRA, Clovis Brasil. **Conciliação e mediação no novo CPC – nº 03**. ProLegis [online], 15 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-no-03/>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

PINHO, Rodrigo Cesar Rebello. **Da organização do Estado, dos poderes e histórico das constituições**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROCHA, J. A. **Lei de Arbitragem**: uma avaliação crítica. São Paulo: Atlas, 2008.

SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. **Negociação, mediação e arbitragem**: curso básico para programas de graduação em direito. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Roteiro dos Juizados Especiais Cíveis**. Rio de Janeiro: Destaque, 1997.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; Adolfo BRAGA NETO, A. B. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Negociação, Mediação e Arbitragem. Curso básico para programas de graduação em Direito**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

SIQUEIRA, Carol. **Sancionado novo Código de Processo Civil, que entra em vigor daqui a um ano**. [online]. Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-EJUSTICA/483606-SANCIONADO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL,-QUE-ENTRA-EMVIGOR-DAQUI-A-UM-ANO.html>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

SOUSA JUNIOR, Ariolino Neres. O duplo grau de jurisdição no cotidiano forense. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6471&revista_caderno=21>. Acesso em: 16 jul. 2016.

SOUZA JÚNIOR, Cesar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TORRES, Ana Flavia Melo. Acesso à Justiça. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, III, n. 10, ago 2002. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4592>. Acesso em: 16 jul. 2016.

TRIBOLI, Pierre. **Sancionado novo Código de Processo Civil, que entra em vigor daqui a um ano**. [online]. Câmara dos Deputados; Câmara de Notícias, 16 mar. 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/483606-SANCIONADO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL,-QUE-ENTRA-EM-VIGOR-DAQUI-A-UM-ANO.html>>. Acesso em: 18 set. 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e práticas restaurativas**. 2 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2012.

VEZZULLA, J. C. **Mediação**: teoria, prática e guia para utilizadores e profissionais. Edição Conjunta. Lisboa; Brasil: Agora Publicações, 2001.

WATANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação**. In: MORAE, Mauricio Zanoide; e YARSHELL, Flávio Luiz (cords.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005-b.

WEINGÄRTNER, Lis. Mediação é escolha alternativa para resolução de conflitos. Publicado na **Revista Justilex**, ano VII, nº 76, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2009.

WÜST, Caroline. Comentários ao artigo 8º da Resolução nº 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010. In: SPENGLER, Fabiana Marion (Org.). **A Resolução 125 do CNJ e o papel do terceiro conciliador e mediador na sua efetivação**. Curitiba: Multideia, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**. Trad. De Juarez Tavares. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 1995, p.87.

▪ **Legislações**

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4827/1998** (Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Explicação da ementa: Institui a "Reforma Processual Civil"). Disponível em: <www.camara.gov.br>.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Emenda nº 01, de 31 de Janeiro de 2013 do CNJ**. Disponível em: Disponível em: <www.cnj.jus.br>.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça** (Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências). Disponível em: <www.cnj.jus.br>.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 5 de outubro de 1988 – obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 48 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015** (Código de Processo Civil). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. **Lei 13.129, de 26 de maio de 2015** (Lei de Arbitragem). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015** (Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973** (Código de Processo Civil). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. **Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996** (Dispõe sobre Arbitragem). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850** (Código Comercial). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 166/2010** (Reforma do Código de Processo Civil). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br>>

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 94/2002** (Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br>>

EUROPA. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>.