

UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS

JOSSANNER NERY NOGUEIRA LUNA

**CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL COMO MECANISMO DE
EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA NO PLANO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Palmas-TO
2015

JOSSANNER NERY NOGUEIRA LUNA

CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA NO PLANO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Tarsis Barreto Oliveira.

Palmas-TO
2015

L961c Luna, Jossaner Nery Nogueira.

Conciliação e mediação pré-processual como mecanismo de efetivação da justiça no plano da prestação jurisdicional. / Jossaner Nery Nogueira Luna. - Palmas, TO, 2015.

98 f.

Dissertação (Mestrado Profissionalizante) - Universidade Federal do Tocantins - Campus Universitário de Palmas - Curso de Pós-Graduação (Mestrado) em Prestação Jurisdicional em Direitos Humanos, 2015.

Orientador: Tarsis Barreto Oliveira

1. Prestação jurisdicional. 2. Conciliação. 3. Mediação. . I. Título

JOSSANNER NERY NOGUEIRA LUNA


CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA NO PLANO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

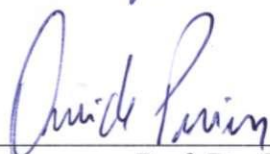
Orientador: Prof. Dr. Tarsis Barreto Oliveira.

Data da aprovação: ____ / ____ / ____

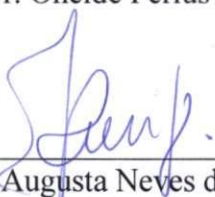
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Tarsis Barreto Oliveira



Prof. Dr. Oneide Perius



Prof.ª Dra. Jaci Augusta Neves de Souza

Palmas-TO
2015

À minha esposa Lucinei, pelo amor e
companhia constante.

Ao Antônio, meu filho, responsável por uma
nova forma de ver o mundo.

Agradecimentos

Ao Prof. Dr. Tarsis Barreto Oliveira pela forma sensata, clara e inteligente com que me auxiliou no desenvolvimento do presente estudo em meio às dificuldades do caminhar.

Ao Prof. Dr. Oneide Perius e Prof.^a Dra. Jaci Augusta Neves de Souza por iluminar o caminho do conhecimento acadêmico durante o exame de qualificação, juntamente com meu Orientador.

À toda equipe da Escola da Magistratura Tocantinense e Universidade Federal do Tocantins por tornar possível a realização de um sonho.

“A mente que se abre a uma ideia, jamais voltará ao seu tamanho original.” (Albert Einstein)

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto demonstrar de que forma a mediação e a conciliação pré-processual podem contribuir para um acesso efetivo à Justiça no Estado do Tocantins. O direito de acesso à Justiça é um direito social básico, garantido pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição. Nas sociedades contemporâneas, os conflitos aumentaram não somente em quantidade, mas em complexidade, sendo diversos os obstáculos enfrentados pelo Judiciário, dificultando ou impedindo o acesso à Justiça. Várias soluções para esses problemas foram buscadas, dentre as quais os meios alternativos de resolução de disputas, incluindo-se aqui a conciliação, mediação e a arbitragem, os quais apresentam as seguintes vantagens: custos baixos, celeridade, informalidade. Enfim, a mediação e a conciliação formam novos paradigmas de resolução de controvérsias, na qual um terceiro imparcial e independente procura, por meio da organização do diálogo entre as pessoas, ajudá-las a restabelecer a relação social, a prevenir e a solucionar os litígios.

Palavras chaves: Acesso à justiça. Mediação e Conciliação. Meios alternativos de resolução de conflitos.

ABSTRACT

The present research demonstrates the contribution mediation and pre-trial can bring to the effective access to justice in the state of Tocantins. The Access to Justice is a basic social right, guaranteed by Article 5, paragraph XXXV of the Constitution. In contemporary societies, conflicts have increased not only in number but in complexity, with many obstacles faced by the judicial system, hindering or restraining this right. Several solutions to these problems were sought, among them, alternative ways for the resolution of legal disputes, including conciliation, mediation and arbitration, which have the following advantages: low costs, speed, informality. Finally, mediation and conciliation provides new dispute resolution paradigms, in which an impartial and independent third party helps the disputants to restore the social relationship, to prevent and to solve legal disputes on their own, by organizing the dialogue between them.

Keywords: Access to justice. Mediation and Conciliation. Alternative means of conflict resolution.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	9
2.	PODER JUDICIÁRIO E ACESSO A JUSTIÇA	10
2.1	A crise da Justiça	13
2.2	A cultura da litigiosidade	16
3.	DOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	21
3.1	Processo, autocomposição e autodefesa	21
3.2	Conciliação	24
3.3	Mediação	26
3.4	Arbitragem	29
4.	DA CONCILIAÇÃO	31
4.1	Conceito	31
4.2	Características da conciliação	36
4.3	Espécies de conciliação	38
4.4	O Conciliador e sua seleção	38
5.	DA MEDIAÇÃO	41
5.1	Conceito	41
5.2	Características da mediação	41
5.3	Espécies de mediação	46
5.4	O Mediador e sua seleção	48
6.	A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	51
6.1	Da audiência de conciliação e mediação como primeiro ato processual e o comparecimento das partes	54
6.2	Da mediação nos processos de família	55
7.	DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL	63
7.1	Conceito e características da conciliação e mediação pré-processual	63
7.2	Do tribunal multiportas	66
7.3	Do papel dos advogados, defensoria pública e ministério público na conciliação e mediação pré-processual	73
8.	Proposta de resolução de implantação de conciliação e mediação pré-processual presencial e eletrônica pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins	77
9.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	83
10.	REFERÊNCIAS	85
	ANEXO - projeto de gerenciamento de casos do Tribunal de Justiça de São Paulo	90

1. INTRODUÇÃO

O acesso à justiça com celeridade processual é um dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados aos cidadãos brasileiros.

É também um dos clamores da sociedade civil, que critica veementemente o poder público, em razão da morosidade e lentidão decorrentes da excessiva jurisdicionalização e da formação da indústria de causas judiciais.

Já se solidificou o entendimento de que a resposta judicial, materializada por meio da sentença, nem sempre atende aos anseios das partes que buscam muito mais resgatar prejuízos emocionais do que necessariamente reparações de ordem econômica.

Diante disto, o Estado vem buscando o aprimoramento da Justiça, tornando-a mais efetiva e mais célere, pela adoção de meios alternativos de resolução de conflitos, dentre as quais, a mediação, conciliação a arbitragem, buscando assim atender aos anseios da sociedade.

O uso de mecanismos alternativos pode ser uma valiosa contribuição para evitar o óbvio desgaste pessoal e intenso tormento psicológico e moral que acompanham uma disputa judicial que, embora não por inoperância ou desinteresse dos magistrados e demais operadores do Direito, se arrasta por anos. E muitas vezes, as partes ainda que saiam vencedoras na pretensão, ficam insatisfeitas com a demora no julgamento da lide.

O objetivo da pesquisa será aprofundar a discussão teórico-conceitual sobre mediação e conciliação, em especial a pré-processual, analisando-as como instrumentos para a solução dos conflitos entre as partes e sua relação com o auxílio ao acesso à justiça e à celeridade processual.

Constitui também escopo da pesquisa a demonstração, de que a mediação e a conciliação são instrumentos muito importantes na resolução consensual de conflitos, notadamente nas Varas de Família, com a busca da reconstituição das relações familiares, por meio de acordos e soluções mais próprios de cada pessoa humana envolvida no conflito.

O estudo tratará da fundamentação teórica, ressaltando a necessidade da busca de formas alternativas de resolução de conflitos, descrevendo os procedimentos de mediação e conciliação, suas diferenças e a necessidade de colaboração dos operadores do direito em ambos os processos.

2. PODER JUDICIÁRIO E ACESSO A JUSTIÇA

Inicialmente, a preocupação da doutrina com relação ao Princípio do Acesso à Justiça era a busca de mecanismos efetivos que viabilizassem a prestação jurisdicional a todos os cidadãos, de modo a superar as barreiras geográficas, econômicas e burocráticas impostas ao funcionamento do Poder Judiciário.

Hodiernamente, os problemas relacionados ao Acesso à Justiça não estão mais restritos aos custos processuais ou à disponibilização da prestação jurisdicional de forma igualitária e ao alcance de todos. A questão, na atualidade, também está relacionada com a qualidade dos serviços oferecidos e com a eficácia dos mecanismos de solução para a pacificação das relações sociais.

De acordo com Torres¹:

A experiência de conciliação com o objetivo de resolver situações de caráter patrimonial disponível, no campo extrajudicial, tem como ideia a supervisão do Poder Judiciário, contando com a presença e a iniciativa de magistrados, assim como, engajamento de órgãos públicos e entidades particulares para efetivar a solução dos conflitos, numa demonstração inequívoca de buscar o mais amplo acesso à Justiça.

Em estudo sobre o Acesso à Justiça, Greco² afirma “a necessidade de pôr à disposição do cidadão não só os serviços de prestação jurisdicional, mas também o dever de informação e conscientização dos direitos de cada indivíduo pelo Estado, que deverá fornecer todas as condições para livremente exercê-los.”

Ao lado da melhoria qualitativa dos serviços jurisdicionais, o acesso à Justiça depende em grande parte da estruturação e fortalecimento de várias modalidades de tutela jurisdicional diferenciada, que abrange a arbitragem, mediação e a conciliação.

Carneiro³, ao tratar do Acesso à Justiça, registra a importância de uma atuação ética de todos os profissionais que participem da atividade judicial ou extrajudicial, e a indispensabilidade da “utilização dos instrumentos e dos institutos processuais de forma a obter a melhor produtividade possível, ou seja, utilização da técnica a serviço dos fins idealizados.”

¹ TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 164.

² GRECO, Leonardo. **O acesso ao direito e à justiça**. In: Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 2-3.

³ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: uma nova sistematização da formulação de uma nova Teoria Geral do Processo**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 63.

A preocupação com a qualidade da prestação jurisdicional é evidenciada no relato de Rodrigues Júnior⁴, para quem “[...] deve-se tomar o cuidado para, em nome de uma justiça mais célere, não se colocar em risco os princípios do contraditório e ampla defesa, pois, conforme adverte Humberto Theodoro Júnior, “a pressão da opinião pública contemporânea por procedimentos mais rápidos e mais baratos não pode, evidentemente, subverter os fundamentos de um procedimento justo.”

A doutrina, também, já começa a explicitar outros métodos de solução de conflitos, destituídos de intervenção da autoridade judicial, como forma de minimizar a crise do judiciário. Tais métodos não pregam o fim do monopólio estatal sobre a função jurisdicional. O que se busca, são alternativas mais baratas e dinâmicas para a pacificação social. Além disso, nada impede, quando necessário, que os interessados recorram ao Órgão Público. Ligado ao exposto, Alexandre Câmara enfatiza que é necessário que a sociedade se conscientize de que os meios alternativos de resolução de conflitos, tais como a mediação e a arbitragem, já podem ser utilizados e produzem resultados semelhantes aos que são alcançados por meio do processo judicial, com a vantagem de que estão livres dos entraves da burocracia estatal.

O cidadão, idealmente, ao escolher qualquer forma alternativa de solução de conflitos, não o deve fazer por inacessibilidade ou ineficiência do órgão estatal, mas deve pautar a escolha pela sua livre vontade. Por isso, não basta instituir outras formas de composição de conflitos e acreditar que a crise do Judiciário estará superada. As mudanças em tal órgão são necessárias e urgentes, mas devem ser conciliadas com essa nova tendência mundial de se resolverem conflitos.

Segundo Bolzan de Moraes⁵, a adoção de tais métodos alternativos de resolução de conflitos deverá:

[...] deixar para trás aquela visão de que um sistema só é eficiente quando, para cada conflito, há uma intervenção jurisdicional e passa-se à construção da ideia de que um sistema de resolução de conflitos é eficiente, quando conta com instituições e procedimentos que procuram resolver controvérsias, a partir de necessidades e dos interesses das partes. Ou seja, a provocação dos tribunais, que se dá em nível inicial, passaria a ter um caráter subsidiário. O sistema judicial só seria acionado depois de tentados outros métodos de resolução, a não ser que a questão envolvida versasse sobre direitos não disponíveis pelas partes envolvidas, ou que não seja aconselhado

⁴ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática de mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 34-37.

⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999, p. 107.

o tratamento judicial meramente subsidiário, ou seja, quando a provocação da jurisdição seja absolutamente necessária.

Assim, face à exigência de democratização do acesso à justiça, a tendência é desenvolver mecanismos de pacificação social mais eficientes. Cappelletti⁶ reforça a ideia de que são necessárias medidas alternativas que estejam ao alcance de todos os cidadãos, capazes de promover a resolução dos conflitos de maneira mais simples, econômica e rápida:

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

Câmara⁷ frisa que “se o Estado tem o monopólio da jurisdição, não tem o monopólio da realização da justiça. Esta pode ser alcançada por vários meios, sendo a jurisdição apenas um deles.”

Por fim, Guerra e Ferraz⁸ registram que com efeito, a demanda por justiça é também a demanda por justiça tempestiva e integra as Cartas Constitucionais não como uma garantia secundária, mas como um dos componentes do devido processo legal. “[...] O julgamento que demora a ser proferido, mas vai perdendo, progressivamente, o seu sentido reparador, até que transcorrido o tempo razoável para solução do conflito, qualquer solução será irremediavelmente injusta, por mais justo que seja o seu conteúdo.”

Pelo exposto, verifica-se que os problemas atuais enfrentados pelos processualistas brasileiros não estão mais adstritos à falta do acesso à justiça, mas também dizem respeito à qualidade da prestação jurisdicional e ao tempo estimado para que um litígio seja definitivamente resolvido na via judicial.

O indivíduo que provoca a atuação jurisdicional para a resolução de um conflito não espera apenas a procedência do seu pedido; ele necessita, em verdade, de uma resposta para as suas questões de forma célere e devidamente fundamentada.

A celeridade é fator muito importante na condução de um litígio, pois sabidamente é bastante desgastante prolongar por muito tempo qualquer discussão, ainda mais quando existe

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça**. In Revista de Processo, n. 74, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 82-97.

⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 42.

⁸ FERRAZ, Leslie; GUERRA, Sérgio. **A demora do Judiciário e o custo Brasil**. In Jornal Valor Econômico, Publicado em 8 de jan. 2009.

algum grau de animosidade e descontentamento entre as partes. Além dos atritos emocionais, na maioria dos casos há alguma urgência na definição das relações sociais envolvidas, por motivos familiares, financeiros, de saúde, ocupacionais e até psicológicos, a demandar uma solução rápida e eficaz para as questões controvertidas. Quando a solução final para um determinado conflito demora muito para ser proferida, várias relações jurídicas correlatas ao objeto litigioso podem ser reflexamente comprometidas, gerando inúmeros prejuízos e ocasionando maiores dificuldades a serem enfrentadas pelas partes.

É inconcebível pensar que o Poder Judiciário, ao invés de resolver os problemas que lhes são submetidos à apreciação acabe ocasionando maiores prejuízos aos interessados em razão da morosidade nos julgamentos. Infelizmente, na prática, a demora nos julgamentos torna vários provimentos jurisdicionais ineficazes, pois quando prolatados não há mais possibilidade de reversão da situação de equilíbrio, seja em razão do tempo, seja em razão de alguma situação impeditiva que se concretizou antes. Muitas vezes, em demandas judiciais ajuizadas por idosos, enfermos, pessoas em estado de grave necessidade, os autores vêm a falecer antes de obter algum pronunciamento judicial favorável.

Tamanha é a importância da celeridade processual que o legislador constituinte a erigiu como princípio básico, inserindo por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a regra prevista no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo a qual: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A fundamentação de uma decisão por sua vez, possui também grande relevância para a realização do acesso à justiça em sua inteireza, pois além da função de assegurar segurança jurídica ao provimento jurisdicional correlato, possui uma missão instrutiva e pedagógica sobre os direitos e deveres das partes envolvidas. As partes precisam ser convencidas pelo magistrado de que aquela decisão é a que melhor se aplica ao seu caso concreto. Não se trata de exigir a concordância com a decisão (na maioria das vezes, a parte sucumbente continua crendo estar com a razão, bem como apresentará diversos fundamentos para impugnar o provimento desfavorável), mas uma decisão bem fundamentada, com linguagem clara e acessível ao conhecimento de seus destinatários, condizente com as provas apresentadas nos autos e em consonância com as normas legais aplicáveis, terá maiores chances de dar término ao conflito, minimizando inclusive a predisposição dos sucumbentes à interposição de recurso.

2.1 A crise da Justiça

A respeito da crise da Justiça, Andrighi⁹ faz a seguinte crítica: embora haja um grande número de operadores do direito “propalando o exercício da cidadania, realçando a crise do Poder Judiciário (...) poucas são as propostas concretas oferecidas para que se possa ver alguma esperança (...)”.

Dentre as possíveis soluções para a crise do Poder Judiciário, continua destacando a autora acima citada:

1) necessidade de se criar e manter assessorias técnicas para os magistrados, mediante a grande quantidade de demandas judiciais submetidas à apreciação de cada profissional, num pequeno espaço de tempo; 2) treinamento e capacitação de conciliadores judiciais para cada vara judicial, no intuito de aumentar o número de audiências de conciliação, e, conseqüentemente, promover uma filtragem das demandas que serão submetidas ao julgamento pelo magistrado.

No entanto, embora existam soluções conhecidas por todos para a melhoria da prestação jurisdicional, muitos são os obstáculos a serem enfrentados para sua concretização, como ‘[...] a mentalidade da administração da Corte que entende como desvio de função o fato de um funcionário ser deslocado por algumas horas por semana para servir um juiz de vara cível para presidir as audiências de conciliação.’ ‘[...] a aceitação dos próprios juizes que têm dificuldade de dividir a sua cátedra, porque na audiência de conciliação o conciliador é um juiz de fato, e ficam cheios de medo em permitir que alguém sente na sua cadeira.’ ‘[...] a reação dos advogados quer por desconhecimento, quer por dificuldade de tratar com um leigo que está, naquele momento, desenvolvendo a atividade jurisdicional.’ ‘[...] a nossa formação romanista de que só o juiz investido das funções jurisdicionais é o único ser capaz de resolver os conflitos judicializados’.

Outra forma de amenizar os problemas encontrados no funcionamento do Poder Judiciário se deu por meio de inúmeras alterações legislativas processuais, tendentes a promover a mediação e conciliação entre as partes litigantes em sede judicial.

Neste ensejo, Carvalho Dias¹⁰ assevera que:

[...] a eficiência da função jurisdicional, recomendação principiológica contida na Constituição Federal (...) jamais será conseguida pelo Estado com magníficas construções doutrinárias ou reformas amiúde feitas nos códigos processuais como sucede em nosso País, às vezes de forma leviana. Na realidade, o brasileiro tem o fetiche da lei. Ao mudá-la, ilude-se, supondo que a modificação introduzida no ordenamento jurídico opera, automaticamente, a transformação da realidade. A eficiência da função jurisdicional, a ser exercida pelo Estado no processo, sem dilações indevidas, somente será conseguida, em primeiro lugar, com a reforma da mentalidade e com a melhoria da formação técnica dos operadores do direito. Em

⁹ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Conciliação judicial**. Palestra Proferida na IV Jornada Brasileira de Direito Processual Civil. Fortaleza, 09 Agosto de 2001. Disponível no site: <http://bdjur.stj.jus.br>. Acesso em 03 de maio de 2015.

¹⁰ CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.202.

segundo lugar, com adequada infra-estrutura material e pessoal dos órgãos jurisdicionais e da introdução de métodos racionais de trabalho.

No que diz respeito às causas e soluções para a crise da justiça, Calmon¹¹ reconhece que é unânime a constatação da desproporção entre a oferta de serviços e a quantidade de conflitos a resolver:

[...] Em realidade, outros fatores devem ser considerados, desde a existência de uma massa de conflitos represada pelos obstáculos econômicos, social, políticos e jurídicos no acesso à justiça, até a baixa qualidade do serviço judicial, sobretudo a necessidade de se oferecer o serviço justiça da forma mais ampla possível, com a utilização dos diversos mecanismos desenvolvidos para essa finalidade. (...) Considerando a crise da justiça e a eficiência própria das soluções autocompositivas, embora seus mecanismos mais eficientes sejam eminentemente uma atividade privada, é imprescindível que o Estado adote medidas de incentivo à sua realização, promovendo o que se chama, nesse trabalho, de uma política pública de incentivo à utilização em larga escala dos mecanismos para obtenção da autocomposição.

Para fins do presente estudo, podemos apontar como uma das principais causas da crise jurisdicional a morosidade e o comprometimento da qualidade dos provimentos judiciais, ambos decorrentes do desequilíbrio existente entre a quantidade de demandas ajuizadas e a capacidade operacional disponibilizada ao Poder Judiciário por força de lei. A partir daí exsurge a preocupação de dotar os procedimentos judiciais de mecanismos que acelerem o andamento processual e permitam a filtragem das causas submetidas à apreciação dos magistrados, que, em número bastante reduzido e sem condições adequadas para o exercício de sua função jurisdicional, acabam não correspondendo aos anseios dos jurisdicionados, não logrando êxito, em vários casos concretos, em pôr um fim satisfatório aos conflitos levados ao seu conhecimento.

Destarte, a doutrina reconhece que a solução para os problemas no funcionamento do Poder Judiciário dependerá da adoção de mecanismos de tutela diferenciada, que não se rendam às limitações organizacionais e ao hipossuficiente aparelhamento judicial. É justamente neste momento que os meios alternativos de pacificação surgem como possíveis instrumentos de contenção e prevenção das demandas levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, resolvendo de forma mais rápida os litígios de menor complexidade já postos em juízo, e solucionando conflitos extrajudiciais de maneira mais eficiente, sem as restrições formais impostas legalmente aos procedimentos judiciais.

¹¹ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 5-7.

Em meio a tantos problemas, os magistrados muitas vezes se sentem reféns da situação na qual se encontram, e, sem os instrumentos adequados para o exercício de sua função pacificadora, acabam desestimulados, acomodando-se em uma rotina burocrática, sem maiores expectativas. Neste ensejo, Greco¹² afirma que “os mais perniciosos riscos a que se sujeitam os juízes em razão do excesso de trabalho, da rotinização das suas atividades e da falta de estímulo ao desempenho qualitativo, são o conformismo e a indiferença burocrática”, e, em contraposição ao desestímulo dos magistrados resultante das deficiências estruturais e procedimentais, alerta que: Os juízes precisam com frequência renovar a sua têmpera, avaliar o desempenho do Judiciário e de si próprios e aferir se estão com eficiência atendendo a demanda social por Justiça, inserindo nesse processo necessariamente mecanismos de consulta pública e de participação democrática que contribuam para o constante aprimoramento da sua atividade.

Os cidadãos precisam confiar no Judiciário como garantia da eficácia dos seus direitos e de uma convivência social pacífica e justa. Essa confiança resulta menos do valor intelectual dos juízes e da erudição das suas decisões, e mais da consciência dos cidadãos de que o Judiciário de fato assume a responsabilidade de buscar com todo o empenho a realização daqueles objetivos, enfrentando e superando todos os obstáculos que se antepõem e colocando-se efetivamente à disposição de todos que dele necessitam.

Em suma, observa-se que os problemas na organização e capacidade de atendimento do Poder Judiciário são muitos, no entanto, a solução talvez seja, a princípio, utópica, embasada na força de vontade dos profissionais do direito e na utilização de mecanismos alternativos de pacificação e contenção de conflitos. Mas há esperança, e, como se verá adiante, várias experiências bem sucedidas de superação de problemas estruturais comprovam que a criatividade dos operadores do direito, a humanização das relações sociais estabelecidas e a persistência do meio jurídico e acadêmico em buscar novos sistemas de trabalho contribuem significativamente para a melhoria da prestação jurisdicional.

2.2 A cultura da litigiosidade

O problema da “cultura da sentença”¹³ é aplicável a toda e qualquer utilização dos meios alternativos de pacificação dos conflitos. De fato, evidencia-se no ordenamento jurídico

¹² GRECO, Leonardo. O acesso ao direito e à justiça. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

¹³ WATANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação**, in Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005, pp. 684-690.

brasileiro uma premente necessidade de formação acadêmica e profissional voltada para a utilização dos meios alternativos.

Como registra Calmon¹⁴, “A sociedade moderna se apresenta como uma cultura de conflitos, na qual não somente se verifica uma enorme e interminável quantidade de conflitos, como, igualmente, o hábito predominante de atribuir ao Estado a responsabilidade de proporcionar sua solução.”

Garcez¹⁵ salienta que “a tradição cultural oriental prefere as culturas mútuas e negociações em contraposição ao litígio, porque as relações comerciais entre orientais são baseadas na boa-fé das partes, com forte ênfase no consenso social e na busca da harmonia nas relações humanas.”

A partir de uma análise apurada dos procedimentos adotados em nosso ordenamento jurídico brasileiro, resta patente que a boa-fé das partes foi relegada para um segundo plano, e a burocratização do sistema judiciário aparece como um inócuo instrumento contentor da atuação desleal dos litigantes em juízo. A imposição de barreiras burocráticas e protocolos, supostamente visam garantir a segurança do procedimento judicial, mas o seu efeito é exatamente o oposto ao pretendido.

O ser humano só deposita confiança em outro indivíduo quando conhece claramente as regras do jogo, e quais são as armas de que ambos oponentes dispõem para um possível enfrentamento. A burocracia e a complexização das relações humanas reduzem a transparência das regras e abrem oportunidades para manobras desleais, fraudulentas, inaugurando assim, um ambiente dificilmente propício para o estabelecimento de relações de confiança.

Também Medina¹⁶ observa que, hodiernamente, constata-se de modo bem claro que, não obstante a ampliação do uso de métodos alternativos de resolução de litígios, sobretudo após a implementação dos Juizados Especiais e depois da regulamentação da arbitragem, a sociedade e os profissionais do direito, de um modo geral, desconhecem ou confundem os diversos meios não-tradicionais da solução de conflitos.

[...] As razões que explicam tamanha falta de conhecimento dos causídicos pátrios, sobre os métodos alternativos de solução de conflitos, são basicamente duas: a escassa literatura específica sobre o assunto no Brasil e o reduzido número de cursos jurídicos que tenham, nos respectivos

¹⁴ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 25.

¹⁵ GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 10.

¹⁶ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, pp. 107-108.

currículos, disciplinas cujo conteúdo programático cuide desses temas. Em nosso país, mesmo quando o advogado possui conhecimentos a respeito de institutos como a arbitragem, a mediação e a conciliação, ainda assim, faz pouco uso dos métodos alternativos de solução de litígios. Alguns fatores contribuem de forma decisiva para que isso ocorra.

Na mesma direção, afirma Serpa¹⁷ “entre 10 advogados entrevistados sobre mediação, 9 respondem revelando o seu total desconhecimento. Uns afirmam que praticam mediação, em seus escritórios, mas a descrevem como conciliação, transação e outras figuras jurídicas. Outros ainda confundem o processo com arbitramento, mas também não conseguem definir essa outra forma de resolver disputas”

A partir de tais considerações, resta claro que, no Brasil, a cultura pacificadora ainda se amolda aos conceitos antigos de submissão dos litígios ao Poder Judiciário, mantendo-se imperiosa uma mudança na formação dos novos profissionais do direito e na mentalidade dos jurisdicionados quanto à utilização dos meios judiciais como ultima *ratio*, e não mais como única forma de resolução das disputas advindas das várias relações sociais estabelecidas.

A respeito da cultura da litigiosidade em juízo, Andrighi¹⁸ adverte que:

A cultura conciliatória ainda não fincou definitivamente suas estacas no seio da advocacia, nem na magistratura. Temos um trabalho de catequese para fazer. O ensino da ciência do direito é pautado pelo incentivo à beligerância, isto é, o fim precípua das aulas nas faculdades de direito é doutrinar os alunos no sentido de, ao se depararem com qualquer ofensa ao direito subjetivo, seja grande ou pequena, o único caminho a ser trilhado será o ajuizamento de ações, e ganhará fama o advogado que manejar o maior número possível de pedidos de liminares.

Neste esteio, a citada Autora entende que a solução para o problema da falta de cultura conciliatória não depende exclusivamente de alterações legislativas, sendo também necessária “a transformação do comportamento dos integrantes dos vários segmentos profissionais que participam ativamente da operacionalização dos serviços judiciários” E prossegue a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Andrighi¹⁹:

Pouca valia terá um bom ordenamento legal se estivermos à míngua de aplicadores conscientes e preparados para enfrentar os tempos modernos. Hoje dependemos muito mais da boa vontade de todos (juízes, advogados e funcionários das secretarias) do que das providências do legislativo para promovermos a verdadeira reforma do Judiciário. Creio que podemos começar esta reforma interna, de dentro para fora do Poder Judiciário, pela deliberação de aplicarmos a lei processual vigente, por exemplo, instalando, efetivamente, a prática da conciliação. Contudo, o que temos visto ocorrer na

¹⁷ SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e prática da mediação de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 42.

¹⁸ Id., 2001, p. 14.

¹⁹ Id., 2001, p. 15.

prática é o que se segue: 1) os juízes deixando de designar a audiência de conciliação prevista no art. 331, para fazê-lo apenas na audiência de instrução e julgamento nos termos do art. 448; 2) os advogados do autor se opondo à designação de mais uma audiência porque redundará em alongamento do processo por causa do assoberbamento das pautas; 3) os advogados dos réus impugnando, mediante agravo, a ausência de designação da audiência de conciliação, cujo recurso chegará ao STJ quando o juiz já terá proferido sentença e a decretação da nulidade absoluta do processo importará em maior atraso no deslinde da causa.

Evidentemente, deve-se monitorar o procedimento do juiz que descumpra as regras processuais, mas antes de fazê-lo, precisa-se verificar se ele recebeu do tribunal o treinamento adequado, com o fornecimento do ensino das técnicas conciliatórias para conduzir a audiência de conciliação. Precisamos observar se o juiz, de posse das referidas técnicas, se dispôs a ler o processo preparando-se, com a devida antecedência, para na audiência formular propostas concretas com o fim de resolver o processo. Quando o juiz só estuda o processo depois de iniciada a audiência conciliatória ou depois que restou frustrada a proposta, provocará insegurança às partes e descrédito no seu trabalho, pois é facilmente perceptível quando o juiz não está dominando o conteúdo do processo.

O principal obstáculo para ampla aceitação e uso dos mecanismos como o da arbitragem, a mediação e a conciliação, em nosso país, decorre da falta de uma cultura de soluções alternativas de conflitos.

A cultura da litigiosidade só poderá ser amenizada a partir de um trabalho de conscientização e formação dos operadores do direito, estabelecendo-se o Poder Judiciário como última medida a ser considerada para a resolução de qualquer problema.

De fato, a litigiosidade em juízo é combatida com maior fervor pelos magistrados e pelos advogados públicos, que sofrem os efeitos do crescimento e acúmulo de demandas judiciais de forma mais intensa, dadas as funções por eles desempenhadas.

Para os advogados particulares, em um primeiro momento, o crescimento de demandas judiciais significaria um aumento de clientela, o que em tese, possibilitaria aos profissionais um incremento nos ganhos com honorários contratuais e sucumbenciais. No entanto, há que se registrar, esta crença é equivocada, pois observa-se na prática processual que, à medida em que o volume de processos aumenta, o Poder Judiciário se utiliza cada vez mais do julgamento em bloco de questões semelhantes, sem adentrar os detalhes de cada caso concreto, o que faz crescer o número de improcedências e extinções dos processos sem o julgamento do mérito. Destarte, uma maior filtragem das demandas judiciais e a utilização dos meios alternativos como forma de resolução dos conflitos de menor complexidade proporcionariam aos advogados particulares uma maior chance de êxito nas ações ajuizadas e

a realização de acordos com os demandados traria resultados certamente positivos, com economia de tempo, plena satisfação dos clientes, e pagamento de honorários contratuais com maior rapidez.

O crescimento na dinâmica das relações sociais faz com que os mecanismos mais céleres aumentem as chances de ganho dos profissionais do direito, aumentando a capacidade de atendimento, e incrementando as possibilidades de atuação do advogado, que continuaria a prestar seus serviços de assistência judiciária, e também dando consultoria e assessoramento para a resolução de conflitos extrajudicialmente.

Pelo exposto, resta evidenciado que a adoção dos mecanismos da conciliação e mediação seriam vantajosas para os magistrados, advogados públicos e particulares, serventários da justiça, e, principalmente, para as partes litigantes.

3. DOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

3.1 Processo, autocomposição e autodefesa

De início, importante situar o leitor acerca de alguns conceitos que servirão de base para o presente estudo.

A noção mais adequada de litígio para o tema em questão é extraída a partir da definição de Carnelutti²⁰, representada por um conflito juridicamente transcendente e suscetível de solução na via judicial, seja pela decisão imperativa de um terceiro, seja por consenso dos próprios litigantes. A lide seria caracterizada pela resistência de uma parte à pretensão de outra.

Na visão de Carnelutti²¹, a solução parcial de um litígio pode ser alcançada de duas formas: 1) com o sacrifício dos próprios interesses (autocomposição); 2) com o sacrifício dos interesses alheios (autodefesa).

Tanto a autocomposição quanto a autodefesa comportam o sacrifício dos interesses de forma unilateral (ex.: legítima defesa, estado de defesa) ou bilateral (ex.: conciliação, mediação e arbitragem).

Alcalá-Zamora²² também aponta a subclassificação da solução parcial como egoísta (autodefesa) ou altruísta (autocomposição). Para o autor, as três válvulas de escape dos litígios seriam basicamente o processo, a autocomposição, e a autodefesa.

A autodefesa constitui mecanismo bastante deficiente e perigoso por revestir-se de caráter predominantemente primitivo (pois reflete reações naturais e impulsos), além de ostentar menor complexidade em seu desenvolvimento jurídico. Isto explica o fato de ser um mecanismo repudiado em alguns ordenamentos – e, quando previsto, sua utilização é admitida somente em casos excepcionais, como por exemplo, a legítima defesa.

A autocomposição, por sua vez, pode surgir antes ou depois do processo e revela-se, à primeira vista, como o melhor dos três mecanismos de solução dos litígios em razão dos baixos custos que oferece, além de ser resultante de um consenso entre as partes. No entanto, aponta Alcalá-Zamora²³ que o consenso formado nem sempre é ideal, sendo tal condição

²⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Trad. da 5. ed. italiana por Santiago Sentis Melendo. EJEJA, v. I, Buenos Aires, 1989, pp. 364-365.

²¹ Ibid., p. 364-365.

²² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa** (Constitucional estudio de los fines del proceso). México: Universidade Autónoma de México, 2000, p. 12.

²³ Ibid., p. 12.

dependente da concorrência positiva de vários fatores externos (organização social e política, nível ético dos profissionais de direito, eficiência da legislação processual etc).

A partir de tais considerações, o mesmo autor conclui que o processo seria, afinal, o meio que apresenta maiores condições de oferecer uma solução justa e pacífica. Mas, para que o processo atinja um resultado ideal, é necessária a presença de um terceiro imparcial mais *forte* que as partes litigantes, para que possa impor coativamente a sua *vontade*, de modo a repelir possível resistência ou desobediência aos comandos que vier a proferir. Daí se extrai a soberania dos Estados, refletida no exercício da função jurisdicional.

Alcalá-Zamora defende o estudo dos institutos da autocomposição e da autodefesa dentro do Direito Processual, uma vez que se ocupam de finalidade característica do processo jurisdicional. Além disso, a autodefesa é o antecedente histórico do processo, e a autocomposição objetiva proporcionar a prevenção e a redução das demandas judiciais.

Além da legítima defesa e do estado de necessidade, pode se citar outros exemplos de autodefesa comumente aceitos pelos ordenamentos jurídicos: reclamações administrativas; revisão dos atos administrativos pela própria Administração; exercício do Poder Disciplinar; controle do exercício de atividades profissionais por entidades de classe; arbitragem em matéria esportiva e, por fim, aponta uma espécie de “zona cinzenta” ao relacionar os movimentos grevistas, boicote, lock out, que, tratados pelo Direito do Trabalho, expressam, de certa forma, uma espécie de autodefesa. No âmbito internacional, são expressões de autodefesa: as guerras, as intervenções de grandes potências sobre as menores potências; a criação de tribunais de exceção; os embargos comerciais; as rebeliões; os golpes políticos e as revoluções.

Daí se extraem como características inerentes ao mecanismo da autodefesa a parcialidade e o egoísmo, apenas se excetuando deste último a legítima defesa de terceiro. Para Alcalá-Zamora, a legítima defesa de terceiro reveste-se de importante função social, representando a forma mais intensa de cooperação dos cidadãos com a luta contra o crime. Isto seria, na visão de Carnelutti²⁴, hipótese em que se contemplaria um particular exercendo uma verdadeira função pública.

Para o autor, a autodefesa não se distingue dos demais mecanismos de solução de conflitos em razão da preexistência de um ataque, nem pela inexistência de um determinado procedimento. Os elementos diferenciadores da autodefesa seriam: a) Ausência de um juiz distinto das partes; b) Imposição das decisões por uma parte sobre a outra (aspecto egoísta).

²⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Trad. da 5. ed. italiana por Santiago Sentis Melendo. EJEA, v. I, Buenos Aires, 1989, p. 374.

Ao discorrer sobre a razão de ser da autodefesa, o autor reconhece que, se por um lado sua utilização pode trazer grandes males aos litígios de grandes proporções, por outro, tem a sua utilidade como mecanismo de filtragem dos litígios submetidos ao Poder Judiciário razão pela qual destaca a autodefesa como meio eficaz para a resolução de conflitos de menor relevância. Esta consideração não afasta a advertência quanto aos perigos da utilização da autodefesa como mecanismo solucionador de conflitos, nem serve como argumento para propagar sua generalização ante a falência do Estado, mas autoriza que a autodefesa como meio pacificador não seja descartada de plano, pois sua utilização em determinados casos poderia proporcionar economia processual.

Ao citar Carnelutti, Alcalá-Zamora destaca que a afirmação de que a autodefesa acarreta o sacrifício da composição do litígio na via processual em favor da solução imediata do litígio não seria correta, devendo ser entendida a autodefesa como um meio que sacrifica a composição imparcial do litígio em favor de uma composição parcial do litígio²⁵.

Ao discorrer sobre os motivos que levam as partes a estabelecer um acordo, importante destacar a ponderação do autor no sentido de que uma autocomposição mal conduzida seria equiparável à autodefesa. Dentre as genuínas formas de autocomposição são enumeradas a desistência, o reconhecimento do pedido e a transação.

A consignação em pagamento, também constituiria uma forma de autocomposição, uma vez que o autor, ao depositar em juízo o valor que entende devido, implicitamente propõe um acordo, qual seja, o de pagar a quantia *X* ao seu credor.

A confissão, por outro lado, não implica necessariamente o encerramento do processo por autocomposição dando ensejo tão somente ao reconhecimento dos fatos apresentados, que servirá apenas como meio probatório para a formação da convicção do julgador.

A perempção, a renúncia e a desistência, por emanarem da vontade das partes, também constituem formas de autocomposição.

Já o consentimento da vítima não se confunde com a desistência, a renúncia, ou o perdão, uma vez que o consentimento se prestaria à prevenção do litígio.

Na retratação, desistência espontânea e no arrependimento eficaz, a autocomposição só se faz presente quando o resultado ilícito não é atingido ou a situação anterior é recomposta (se atingido ou irreversível, a desistência e o arrependimento valem apenas como circunstância atenuante). Nestes casos em que o resultado é evitado eficazmente, a

²⁵ Ibid., p. 30.

autocomposição precede o processo que se instaura, sendo a via judicial hábil a promover tão somente a sua homologação.

3.2 Conciliação

A conciliação é uma forma de resolução de conflitos. Por meio dela, um terceiro (conciliador) auxiliará na busca da solução do conflito, de forma justa para ambas as partes, mas poderá interferir na negociação.

Sobre o tema, Assmar²⁶, no artigo Legislação Brasileira, ao se referir sobre a Mediação de Conflitos, diz que:

Conciliação: o conciliador conduz as partes na análise de seus direitos e deveres legais, buscando um acordo. As partes é que decidem os termos do acordo, mas o conciliador pode fazer sugestões e opinar quanto ao mérito da questão. O objetivo da conciliação é o acordo.

A conciliação tal qual a mediação, também pode ser pré-processual (extrajudicial), neste caso ainda não há demanda instaurada, ela é uma faculdade das partes e pode ser realizada a qualquer momento. A conciliação, da mesma forma pode ocorrer após a instauração do processo (judicial), nesta hipótese já há processo e a iniciativa de conciliar a parte, invariavelmente, é do juiz e não das partes.

Normalmente, o emprego da conciliação se dá nos litígios que versem sobre direitos disponíveis, ou da parte disponível dos direitos em litígio.

A conciliação judicial tem previsão no nosso ordenamento jurídico, conforme infere-se da leitura dos artigos 125, inciso IV, 277, 331; 447, 448 e 599, inciso I, todos do Código de Processo Civil de 1973. Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...) IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes; Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de 30 dias, citando-se o réu com antecedência mínima de 10 (dez) dias e sob a advertência prevista no parágrafo 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro; 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

²⁶ ASSMAR, Gabriela. Legislação Brasileira no que tange à Mediação de Conflitos. *Mediare – Centro de Administração de Conflito*. Disponível em: <http://www.mediare.com.br/08artigos_09legislacaobrasileira.html>. Acesso em 3 de maio de 2015.

preposto, com poderes para transigir; Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento; Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, mandará tomá-lo por termo; Art. 599. O juiz pode, em qualquer momento do processo: I – ordenar o comparecimento das partes.

Vê-se, portanto, a preocupação manifestada pelo legislador em proporcionar aos litigantes, em processo judicial, meios mais efetivos para a solução dos conflitos, preocupação esta amplificada pelo novo Código de Processo Civil de 2015, que será tratada em capítulo próprio.

Na conciliação, tal como na mediação, deve prevalecer o princípio da autonomia da vontade das partes, ou seja, as partes livremente é que vão escolher e decidir qual a melhor solução para o litígio.

No processo conciliatório, é necessário que as partes queiram e se esforcem para encontrar a solução e, principalmente, que sejam capazes de honrar os compromissos assumidos, evitando assim a propositura de nova demanda, com a inexecução do acordo celebrado.

Trata-se de um mecanismo vantajoso que visa, especialmente, oferecer uma solução mais célere às demandas judiciais, almejando sempre o fim de um litígio e não só de uma causa.

Nesse sentido, Barbosa²⁷ afirma:

A conciliação é um equivalente jurisdicional de alta tradição no direito brasileiro, que pode ser definida como reorganização lógica no tocante aos direitos que cada parte acredita ter, polarizando-os, eliminando os pontos incontroversos, para delimitar o conflito, e, com técnicas adequadas, em que o conciliador visa corrigir percepções recíprocas, aproxima as partes em um espaço concreto.

Mais adiante ela afirma ainda que, na conciliação, há a negação do conflito, pois o objetivo a que se propõem as partes é a celebração do acordo como uma forma de liberação daquele constrangimento oriundo da litigiosidade, e, para tanto, assumem compromissos mútuos, resultando em um consenso, orientado pelo princípio da autonomia da vontade dos litigantes. O que caracteriza esse equivalente jurisdicional é a celebração de acordo.

²⁷ BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar**: instrumento para a reforma do Judiciário. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Por oportuno, urge ressaltar que conciliar não implica abrir mãos de direitos. Conciliar consiste na construção de um acordo, através de concessões mútuas.

Em se tratando de conciliação judicial, cabe ao conciliador explicar o que é a conciliação, falar das vantagens de se resolver o problema amigavelmente, ouvir as partes, compreender o conflito, e conduzir as partes à análise de soluções.

Obtida a conciliação, procede-se a seguir a homologação do acordo, que é o ato pelo qual se certifica o direito, como anuncia o artigo 449 do Código de Processo Civil, culminando assim com o encerramento do processo. Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

Enquanto que, no caso da conciliação pré-processual, não se faz necessária a homologação judicial. A homologação do acordo, que resolve o processo sem julgamento de mérito, constitui a sentença em título executivo judicial e enseja a coisa julgada.

Ao buscar a homologação judicial, as partes objetivam a segurança jurídica que somente a sentença promove o que, aliás, também impede que a causa possa ser revista a qualquer momento. Uma vez homologado, o acordo está coberto pelo manto da coisa julgada; conseqüentemente, será exigível, devendo ser cumprido imediatamente, sob pena de dar ensejo à fase para cumprimento de decisão judicial, como inserto do Capítulo X do Título VIII do Código de Processo Civil de 1973 (artigos 475-J *usque* 475-R).

Homologado o acordo, ele somente poderá ser revisto em duas hipóteses: a) poderá ser revogado mediante vontade dos envolvidos, com a celebração de novo acordo, ou; b) ocorrendo qualquer vício de vontade assim reconhecido em decisão judicial proferida em procedimento autônomo devidamente instaurado para tal desiderato – ação anulatória.

Não se pode olvidar que a conciliação não é papel a ser desempenhado somente pelo conciliador, uma vez que ao juiz incumbe de ofício, em qualquer fase do processo e a qualquer tempo, conciliar sempre que possível, almejando sempre a pacificação social.

Aliás, a intervenção pessoal do juiz na condução do processo de conciliação tem se revelado de grande importância para o sucesso da conciliação, bem assim para que ela seja encontrada com maior rapidez.

3.3 Mediação

A mediação consiste numa forma de resolução de conflitos, em que um terceiro (mediador), que pode ser escolhido pelas partes, auxiliará na busca da solução da contenda, de

forma justa para ambas as partes, mas sem interferir na negociação, posto que são elas próprias que efetivamente escolhem a melhor solução para o problema que as afligem.

Calmon²⁸, assim define mediação:

[...] 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. A mediação se faz mediante um procedimento voluntário e confidencial, estabelecido em método próprio, informal, porém coordenado.

A mediação, como já dito alhures, apesar de ter a intervenção de um terceiro, ele não interfere na negociação, porquanto ele atua tão somente como um facilitador.

É importante destacar que a mediação pode ser realizada antes mesmo da instauração do processo judicial. Revelando-se assim, forma preventiva de pacificação de conflitos.

A mediação tem como benefícios a celeridade, efetividade dos resultados, preservação da autoria, atendimento dos interesses mútuos, redução do custo emocional, redução do custo financeiro e privacidade.

Além disso, ela tem por fim a preservação da relação social, preponderante para prevenir a formação de conflitos, bem assim a reincidência deste e a melhoria no relacionamento interpessoal e, conseqüentemente, a facilitação do cumprimento dos acordos, bem como tem a função de prevenir novas lides.

Ensina Rodrigues Júnior²⁹ que a mediação possui como princípios o caráter voluntário; não adversidade; credibilidade, imparcialidade e neutralidade do mediador; flexibilidade e informalidade do processo e a confiabilidade do processo.

O caráter voluntário caracteriza-se pela vontade das partes, ou seja, para promover a resolução de um conflito mediante a mediação, é necessário o consenso, a vontade convergente das partes envolvidas em fazer um acordo.

Aponta o referido doutrinador como elemento do caráter de voluntariedade o seguinte: O objetivo maior da mediação é o consenso. Por isso, é de suma importância que as partes envolvidas queiram livremente utilizá-la na resolução dos seus conflitos. As partes que buscam a mediação devem possuir, pelo menos, a intenção de promover um acordo, ou seja, devem acreditar que poderão obter um resultado satisfatório, pois as decisões deverão ser tomadas, voluntariamente por elas.

²⁸ CALMON, Petrónio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

²⁹ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática de mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 85/88.

A não adversidade consiste no fato de que, na mediação, não há perdedores ou ganhadores, não há competição, não há disputa; ao final do conflito, todos saem vencedores.

A esse respeito, Rodrigues Junior³⁰ traz clássico exemplo criado pelo Programa de Negociação de Harvard e que ilustra bem esse princípio:

[...] suas duas filhas estão brigando desesperadamente para ver quem fica com a última laranja da casa. Ambas precisam muito da laranja e não há como providenciar outra naquele momento. Qual atitude você tomaria? A decisão que melhor representa o critério de justiça e bom senso, no consciente e inconsciente das pessoas, é repartir a laranja ao meio, dando metade a cada filha.

Aparentemente o problema foi resolvido da melhor forma possível. Aparentemente, porque após cada qual pegar a parte que lhe cabe, um espreme sua metade para fazer um suco e joga a casca fora e a outra utiliza a casca como ingrediente para fazer um doce e joga a polpa fora. Assim, com aquela decisão que parecia justa e equilibrada, ambas deixaram de ganhar com a repartição da laranja. Logo, a decisão satisfatória seria descascar a laranja por inteiro, entregar a casca para uma e a polpa para outra. Tal decisão só é possível num sistema não-adversarial de resolução de conflitos, no qual, em lugar de se buscar um ganhador e um perdedor, busquem-se ganhadores.

A informalidade é outra característica da mediação, porque as partes com o auxílio do mediador estabelecem as regras a serem utilizadas na negociação, com vistas à resolução do problema consensualmente.

O rigorismo do sistema judicial brasileiro é apontado como fator de dificuldade na mediação, porquanto impõe forma rígida de procedimento, para que o juiz trate a causa nos limites em que foi proposta, não podendo decidir a questão a favor do autor, de natureza diversa do pedido nem condenar o réu em quantia superior ou em objeto diverso do que foi demandado.

A esse respeito é explícita a legislação processual, como se vê dos artigos 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil³¹: Art. 128 “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.” Art. 460 “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

³⁰ Ibid., p. 87.

³¹ Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 4 de maio de 2015.

Isso já não ocorre no procedimento de mediação que, por falta de procedimento específico a ser obedecido, se permite investigar os verdadeiros interesses dos envolvidos, levando a uma resolução integral do conflito apresentado.

A confidencialidade implica em dizer que a existência e as ocorrências do processo não serão divulgadas a quem quer que seja; as partes e seus interesses serão preservados de forma sigilosa, devendo o mediador preservar o segredo de tudo que foi revelado nas sessões de mediação.

A mediação vem gradativamente conquistando espaço no país e para promover a divulgação desse instrumento em 1997 foi criado o Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, que tem como aliado o Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil – IMAB, que também tem contribuído para a divulgação da mediação e o Conselho Nacional de Justiça em 29 de novembro de 2010 aprovou a Resolução n.º 125 que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, com grande ênfase na conciliação e mediação e criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

A aplicação da mediação pode ser utilizada para dirimir conflitos em diversas áreas tais como família, cível, trabalhista, comercial e ambiental.

Nas matérias concernentes à família, a mediação tem o escopo de promover o acordo entre as partes, auxiliar e restabelecer a comunicação entre elas, dirimindo pelo diálogo, pela negociação, os aspectos adversariais e competitivos existentes, prevenindo novos conflitos.

Dessa forma, a mediação tem se revelado grande aliada nas causas de família, porque tem como preocupação fundamental a preservação emocional das partes, e são essas, em sua maioria, questões de ordem emocionais que circundam as varas de família.

3.4 Arbitragem

Lemes³² apresenta a definição de arbitragem de René David:

Uma técnica que visa a dar a solução de uma questão, que interessa às relações entre duas pessoas, por uma ou mais pessoas – o árbitro ou árbitros (tribunal arbitral) – que detêm os seus poderes de uma convenção privada e julgam com base nessa convenção, sem serem investidos dessa missão pelo Estado.

³² LEMES, Selma. **Arbitragem na administração pública**: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 59.

A arbitragem é um mecanismo heterocompositivo, adversarial e extrajudicial de solução de conflitos, por meio do qual um terceiro neutro, imparcial e não integrante da magistratura, com formação técnica, conduz o procedimento arbitral por voluntariedade das partes, propicia a realização de provas e atos em ampla defesa e contraditório, aplica o direito objetivo ou a equidade ao caso concreto por sentença, independentemente dos interesses e da satisfação das partes, cujo teor pode ser coercitivamente executado na via judicial.

É muito interessante sua utilização em casos que envolvam questões técnicas específicas, pois o árbitro pode ser escolhido dentre aqueles que detêm os conhecimentos necessários para a solução da controvérsia, tornando às vezes, dispensável a realização de perícia.

A possibilidade de eleição de árbitros da confiança das partes confere à arbitragem uma vantagem em relação ao sistema judicial, no qual o juiz é sorteado e as partes são obrigadas a aceitar o perito nomeado pelo juiz, embora lhes seja assegurado o direito à contraprova por meio dos assistentes técnicos.

Parte da doutrina concebe a arbitragem como um modo autocompositivo de solução de conflitos, tendo em vista o consórcio de vontades para a edição da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral.

Contudo, a unidade de propósitos para a eleição da via arbitral é insuficiente para afastar o caráter heterocompositivo da arbitragem, pois seu procedimento ostenta caráter nitidamente adversarial, em que duas partes em posições antagônicas litigam e um terceiro neutro e equidistante decide a controvérsia em relação triangular.

São passíveis de arbitragem as questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, relativas a bens com valor econômico de que as partes possam livremente dispor, alienar, ceder, onerar, negociar e renunciar.

4. DA CONCILIAÇÃO

4.1 Conceito

Vocábulo derivado do latim *conciliatione*, a conciliação representa o ato ou o efeito de conciliar, unir, compor ou combinar; um ajuste, acordo ou harmonização entre pessoas e situação de conflito.

Na definição de Calmon³³:

Conciliação é, pois, um mecanismo de obtenção da autocomposição que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte ou é fiscalizado ou orientado pela estrutura judicial; e que tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a só solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes.

Sob uma óptica técnico-processual, a conciliação se materializa na condução sequenciada de quatro etapas, a saber: abertura; esclarecimentos; criação de opções e acordo. As fases em referência receberam nas palavras de Braga Neto³⁴ a seguinte definição:

(a) abertura, onde são feitos, por intermédio do conciliador, os esclarecimentos iniciais sobre o procedimento e todas as implicações legais referentes ao alcance do acordo gerado naquela oportunidade ou de sua impossibilidade. Logo após, passa-se para os (b) esclarecimentos das partes sobre suas ações, atitudes e iniciativas que acabaram por fazer nascer o conflito. Momento de vital importância no procedimento, pois é nele que se manifestam as posições de cada uma das partes. O conciliador, por seu turno, deverá identificar os pontos convergentes e divergentes da controvérsia, através do desencadeamento de perguntas sobre o fato e a relação causal entre eles, bem como se fazer valer de uma escuta ativa sobre a comunicação verbal e não verbal das partes. Na sequência, encaminha-se para o estímulo a (c) criação de opções, quer seja através de sugestões trazidas pelo terceiro, quer seja por intermédio de propostas delineadas pelas partes, com o objetivo de se atingir o almejado consenso pela solução, e, posteriormente, (d) acordo, sua redação e sua assinatura.

Diversas teorias podem ser utilizadas por advogados na condução de uma negociação legal. Além dos modelos posicionais de negociação, por meio dos quais advogados avançam sem maiores rigores técnicos, lógicos e argumentativos, técnica conhecida como barganha posicional, outros vêm se destacando no meio jurídico. Um dos métodos mais reconhecidos

³³ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 144.

³⁴ BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 65-66.

na atualidade é o da negociação baseada em princípios ou méritos; teoria desenvolvida a partir de pesquisas realizadas na universidade norte-americana de Harvard.

Sua popularização, todavia, ganha corpo no desenhado contexto da tendência de desformalização das controvérsias, responsável por elevar a conciliação a figurar como um dos mais usuais métodos de resolução de conflitos no Brasil.

Praticada nas modalidades judicial ou extrajudicial, a conciliação tem por finalidade conduzir as partes ao caminho do entendimento, ou seja, à obtenção de um acordo mútuo e voluntário. Além dos escopos social (pacificação de conflitos), jurídico (atuação do direito no caso concreto) e político (integração de indivíduos na distribuição da justiça), a conciliação vem se destacando no bojo de ações direcionadas à resolução de demandas reprimidas ou suprimidas, bem como a redução do volume e do tempo de duração dos processos judiciais.

Na modalidade judicial ou endoprocessual, prática que se revela habitual no dia-a-dia forense nacional, notadamente nos Juizados Especiais e Justiça do Trabalho, a conciliação é conduzida incidentalmente nos processos judiciais, geralmente por juízes ou bacharéis em Direito. É dever do magistrado promover a tentativa de conciliação entre as partes (art. 125, IV, CPC). Sendo frutífera a conciliação, homologada a transação, o juiz declarará o processo extinto. Não homologará, todavia, acordos ofensivos aos parâmetros legais estabelecidos para o caso concreto.

A prática da conciliação extrajudicial ou pré-processual, realizada quando não há processo judicial em curso, tem sido exercida em Câmaras de Conciliação e Arbitragem, nos Escritórios de Advocacia, nas Defensorias Públicas, Ministério Público e demais núcleos de assistência e orientação do país, a exemplo dos Núcleos de Prática Jurídica das Escolas de Direito e atualmente os Tribunais têm buscado inserir tal cultura no Poder Judiciário com a efetiva implantação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

A conciliação assemelha-se à mediação quanto aos seguintes atributos ou características: voluntariedade; informalidade; flexibilidade; autoridade das partes na elaboração de decisões mutuamente aceitáveis; atuação imparcial de um terceiro interventor; além do fato de serem procedimentos privados. Nada obstante as similitudes, os dois não se confundem. Mediação e conciliação diferenciam-se em quatro pontos fundamentais, quais sejam: indicação; o propósito principal; a profundidade da apreciação do conflito e o modo de atuação do terceiro interventor.

O primeiro elemento de diferenciação diz respeito à indicação de cada um dos referidos métodos a determinadas espécies de conflitos. Segundo Bacelar³⁵, a conciliação seria mais indicada para a condução de relações circunstanciais, nas quais as partes conflitantes não se fazem ligadas por vínculos afetivos, familiares, comerciais, trabalhistas, dentre outros que justifiquem a necessidade de desenvolvimento de técnicas de restabelecimento e de fortalecimento de relações estremecidas pelo conflito. A título de exemplificação das chamadas relações circunstanciais, destacamos os conflitos decorrentes de acidentes de trânsito, que vinculam as partes conflitantes, circunstancialmente, por divergências acerca da responsabilidade pelo ressarcimento dos prejuízos materiais ou morais produzidos.

Relações circunstanciais, geralmente, não requerem maiores atenções com a continuidade de relacionamentos, eis que limitados ao evento ou à circunstância geradora do conflito. Não havendo continuidade no relacionamento entre as partes, desnecessário se torna falar na necessidade de preservação do diálogo entre os envolvidos no conflito. O interesse das partes conflitantes aqui restringe-se à resolução da controvérsia por meio de acordo: objetivo imediato da conciliação.

Já a mediação tem sua indicação recomendada para a condução de conflitos entre indivíduos inseridos em relações qualificadas pela existência de múltiplos vínculos, que, por serem continuadas, não devem ser interrompidas logo após a resolução de uma controvérsia. As relações conflituosas de natureza familiar, trabalhista, empresarial e de vizinhança figuram dentre as que fazem transparecer, com frequência, a continuidade das relações entre os conflitantes: particularidade que requer do mediador uma atuação mais complexa do que a de simples facilitação do acordo.

Em se tratando de relações continuadas ou continuativas, o fortalecimento ou o restabelecimento da comunicação é pressuposto fundamental para que os conflitantes possam estruturar acordos condizentes com os seus mais lícitos interesses, necessidade e possibilidades. Tamaña relevância justifica a preocupação do mediador com o desenvolvimento de um trabalho de priorização do diálogo e da harmonia entre os mediados, tido como o propósito imediato da mediação. Na mediação, ao contrário do que se observa na conciliação, o acordo deve ser visado como objetivo secundário, ou seja, uma consequência da real comunicação entre as partes.

³⁵ BACELAR, Roberto Portugal apud TAVARES, Fernando Horta. **Mediação & conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 48.

A esse respeito, Sales³⁶ elucidou o segundo elemento de diferenciação, qual seja: o propósito principal, assim definido:

Na conciliação, resolve-se o conflito que se expõe, não cabendo ao conciliador apreciá-lo com profundidade, verificando o que há além dele. E ainda o conciliador intervém muitas vezes no sentido de formar um acordo. Na mediação, é preocupação primeira do mediador verificar todo o contexto do conflito, trabalhando-o, analisando os fatos e transformando o real conflito, não podendo o mediador forçar qualquer acordo. O acordo deve nascer porque as partes decidiram assim e não por intervenção de terceiro.

A partir da identificação dos principais propósitos dos métodos autocompositivos em referência, depreende-se o terceiro ponto de diferenciação, a saber: a profundidade da apreciação do conflito. Por objetivar o acordo, nada mais natural que a apreciação do conflito pelo conciliador seja mais rasa ou superficial.

O mesmo não procede no exercício da mediação. Seu principal escopo – mais abrangente do que o propósito principal da conciliação – é a pacificação restauradora das relações conflituosas, e não das circunstâncias pontuais, motivadoras do conflito. Sendo o acordo uma consequência do desenvolvimento da comunicação produtiva, a apreciação do conflito, necessariamente deve ser mais aprofundada.

O quarto e último elemento diferenciador entre a mediação e a conciliação – o modo de atuação do terceiro interventor –, comentado por Figueira Júnior³⁷, é a forma de atuação do terceiro interventor. Na mediação, a atuação do terceiro interventor se dá de maneira um tanto quanto passiva, por não lhe ser permitido opinar incisivamente, lançando propostas pessoais de soluções para as situações que lhe sejam apresentadas.

Vale destacar que, embora passivo no que tange à intervenção no mérito do conflito, o mediador é bastante ativo em termos de facilitação da resolução do conflito.

Já na conciliação, a intervenção do terceiro se dá de forma mais ativa ou participativa. Em outras palavras, o conciliador não se preocupa tanto com a manutenção de vínculos entre os conflitantes, ou com os aspectos não manifestados do conflito. Por ser a obtenção do acordo seu propósito principal e imediato, após ouvir as declarações das partes conciliadas, o conciliador lança suas propostas de soluções consensuais, declara o que considera ser vantajoso ou desvantajoso para as partes conciliadas, desconsiderando muitas vezes, elementos velados do conflito.

³⁶ SALES, Lília Maria de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 38.

³⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional**. São Paulo: LTr, 1999, p. 31.

A atuação interveniente do conciliador condiz com os propósitos da conciliação, mas deve ser vista com ressalvas. O perigo da propositura de soluções está no fato de que o que pode lhe ser mais vantajoso ou desvantajoso poderá não ser para os conflitantes. Por esta razão, consideramos mais importante do que o intuito imediato de obter o acordo, a criação de condições, para que o mesmo possa ser formulado, sem que as partes sejam induzidas ao consenso, e de maneira que sejam atendidos os reais interesses, necessidades e possibilidades dos envolvidos.

Calmon³⁸ conceitua a conciliação como:

Um mecanismo de obtenção da autocomposição que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte ou é fiscalizado ou orientado pela estrutura judicial; e que tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a só solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes.

Sobre a conciliação, Garcez³⁹ opina que:

No Brasil a expressão conciliação tem sido vinculada principalmente ao procedimento judicial, sendo exercida por juízes, togados ou leigos, ou por conciliadores bacharéis em direito, e representa, em realidade, um degrau a mais em relação à mediação, isto significando que o conciliador não se limita apenas a auxiliar as partes a chegarem, por elas próprias, a um acordo, mas também pode aconselhar e tentar induzir as mesmas a que cheguem a este resultado, fazendo-as divisar seus direitos, para que possam decidir mais rapidamente.

Entretanto, essa orientação não tem sido seguida com rigor, pois o termo conciliação tem sido empregado tanto para denominar o mecanismo voltado à autocomposição que tenha vínculo direto com o Poder Judiciário, conduzido pelo juiz togado, pelo juiz leigo ou por conciliador designado, quanto para o uso do mecanismo totalmente desvinculado do Judiciário, sem qualquer pedido jurisdicional prévio ou em andamento, conduzido por conciliador independente.

No Brasil, a conciliação não é instituto novo. Em 1832, já constava do Código de Processo Criminal do Império de Primeira Instância a possibilidade de recorrer ao Juiz de Paz para a solução do litígio. A conciliação aparecia também como condição obrigatória para a propositura de procedimento contencioso no Regulamento 737 de 1850. Contudo, em 1939, não foi recepcionada pelo Código de Processo Civil. Atualmente, está expressamente prevista

³⁸ Ibid., p. 52.

³⁹ Ibid., p. 54.

em diversos dispositivos do Código de Processo Civil e em leis que tratam de variadas matérias.

A conciliação é um modo autocompositivo, consensual e voluntário de solução de conflitos, por meio do qual um terceiro neutro e imparcial é chamado para conduzir o procedimento, propiciar o diálogo produtivo entre as partes, a confrontação de seus pontos de vista, a investigação superficial do conflito (que não ultrapassa o nível das posições), auxiliar ativamente na criação e negociação de opções, inclusive com sugestões próprias e aconselhamentos, e no fechamento do acordo, com o intuito de alcançar um resultado que solucione a controvérsia manifesta.

Sobre a postura do conciliador, Bacellar⁴⁰ ensina que:

Deve o conciliador fazer-se apresentar de maneira adequada, ouvir a posição dos interessados e intervir com criatividade – mostrando os riscos e as consequências do litígio -, sugerindo opções de acordo e incentivando concessões mútuas.

É de muita valia que não só o juiz, mas também o conciliador, mostre aos interessados os riscos e as consequências do litígio, como a dificuldade de produzir provas, a possibilidade concreta de que, na decisão, ocorra a perda “de tudo”, a demora natural que decorre da apreciação litigiosa de uma causa, entre outras delongas. Até mesmo os incômodos de deslocamento e o custo material e emocional que decorrem da pendência devem ser enfatizados como forma de desestimular a litigiosidade e alcançar o acordo por meio da conciliação.

A conciliação focaliza o presente a partir do passado e não se preocupa com o relacionamento futuro.

É indicada para resolver situações pontuais ou circunstanciais, que não necessitem de investigação aprofundada do conflito, nem envolvam relação de trato sucessivo ou que se prolongue no tempo.

Corresponde à expressão processual da transação material. Como mecanismo para alcançar a autocomposição, não se confunde com o acordo, que corresponde ao seu resultado.

Valoriza a lide, a pretensão manifesta, o pedido das partes e busca a solução imediata da controvérsia, sem investigar questões subjacentes.

4.2. Características da conciliação

⁴⁰ Ibid., p. 76-77.

Considerado um procedimento rápido, ocorrendo normalmente em uma única sessão. As etapas de seu processo são resumidamente apontadas em quatro fases, segundo Braga Neto⁴¹:

1) abertura – o conciliador expõe o procedimento às partes, delimitando implicações e impossibilidades legais de um acordo; 2) exposição dos fatos – as partes relatam o conflito, manifestando seus posicionamentos. O conciliador, nesse momento, identifica os pontos passíveis de conciliação, separando os ataques pessoais dos reais problemas; 3) conciliador elabora propostas para o acordo; 4) a conciliação celebrada será assinada pelas partes e por estas comprometidas.

A conciliação pode ser endoprocessual quando acontece durante o processo judicial, com a atuação dos juízes e conciliadores, objetivando ajudar as partes a chegarem a um acordo final. E pode ser pré-processual, aquela que ocorre fora do poder judiciário, cujo fundamento no direito brasileiro se originou nas Ordenações do Império através da determinação de juízes de paz para solucionarem os conflitos.

A proposta de conciliação poderá ser proposta por um terceiro estranho ao conflito e nunca imposta. A lei estipula que, nos conflitos individuais ou coletivos, sejam sempre sujeitos à conciliação; não havendo acordo, o juízo conciliatório converte-se, obrigatoriamente em arbitral. As partes podem celebrar o acordo, pondo fim ao processo, mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório.

O instituto está presente em todos os segmentos da Justiça, pois o objetivo principal é a solução do conflito entre as partes, e conseqüentemente a redução da quantidade de ações ingressadas muitas vezes, por falta de um verdadeiro diálogo entre as partes.

Na esfera cível, a conciliação está associada nos casos de aplicações do Código de Processo Civil, especificamente ações que versarem sobre direitos disponíveis e determinados direitos de família; e nos casos previstos pela Lei nº 9.099/95 - Juizado Especial. O papel do juiz é de incentivar as partes a terminarem o conflito através de uma conciliação, conversando e explicando suas vantagens, entretanto não deve demonstrar tendências sobre sua decisão, nem ao menos ameaçar as partes para se conciliarem.

No âmbito penal, a conciliação poderá acontecer nos casos de crimes contra a honra e os determinados pela Lei nº 9.099/95 – contravenções e crimes com pena não superior a dois anos (exceto os que requisitarem rito especial). O papel do juiz é oferecer a tentativa de

⁴¹ BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: **Estudos sobre a mediação e arbitragem**. Organização Lilia Maia de Moraes Sales, Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2003, p. 03.

conciliação entre as partes, de modo amigável e informal, expondo as vantagens do término do conflito.

Na esfera trabalhista, a conciliação pode ocorrer nas Comissões de Conciliação Prévia, que é denominada como extrajudicial, e as judiciais que ocorrem perante o juiz, o poder judiciário. A proposta de conciliação pode ser efetuada em qualquer momento da audiência na Justiça do Trabalho, entretanto existem dois momentos em que o instituto obrigatoriamente será proposto: após a apresentação da defesa e antes de proferida a sentença. Aceita pelas partes e homologada pelo juiz, não será modificada nem revogada.

4.3 Espécies de conciliação

A conciliação é um meio propício à resolução de conflitos, em que o terceiro (conciliador) atua com poder de decisão.

Pode ser endoprocessual (nos termos dos arts. 447 e 448 do Código de Processo Civil brasileiro, que dispõem sobre a conciliação antes da instrução processual no procedimento ordinário) ou pré-processual (como dispõe a Lei n. 9.958 de 12/01/2000, ao tratar das Comissões de Conciliação Prévia na Justiça do Trabalho), ou através de previsões de normas internas dos Tribunais.

4.4 O Conciliador e sua seleção

A figura do conciliador nasceu com a promulgação da Lei nº 9.099/99 (Anexo II). O conciliador é uma pessoa selecionada para exercer o múnus público de auxiliar os litigantes ou envolvidos na questão a resolver um litígio.

No exercício da função, ele deve agir com imparcialidade, e não deve tomar partido e nem pender em favor de uma parte em detrimento da outra. Ele deve ser uma pessoa que deve ganhar a confiança das partes, e tem como instrumento importante para isso, a confidencialidade, ou seja, deve cientificar as partes de que tudo que for dito perante ele não será compartilhado com mais ninguém, pois as informações que lhe são prestadas serão sigilosas. Ele tem que inspirar respeito e confiança, deve ser gentil, paciente, muito imparcial, tem que ter capacidade de colocar-se no lugar do outro, sem no entanto tomar partido, capacidade de escutar e aplicar as técnicas de conciliação.

O conciliador é um auxiliar da justiça na busca pela pacificação social. Mas, frise-se, não basta somente sua vontade para a resolução do conflito, pois não cabe a ele decidir, e sim às partes. E, se elas não quiserem resolver amigavelmente a contenda, nem o conciliador tampouco o juiz pode impor sua vontade. Isto porque a resolução amigável do processo é uma faculdade das partes, ou seja, elas o fazem se quiserem, sob pena de ferirem-se princípios fundamentais constitucionalmente assegurados.

Ademais, para haver a validade no ordenamento jurídico, deve prevalecer na celebração dos acordos a soberania da vontade das partes, voltadas para um mesmo fim, livre de qualquer vício de consentimento. A equidade no resultado é deveras importante, o que deve estar o conciliador sempre atento para não ensejar desequilíbrio quando da solução do impasse.

Como elemento técnico necessário, é imprescindível que o conciliador seja uma pessoa com muito bom senso, além é claro, portador do conhecimento das técnicas pertinentes à conciliação. No entanto, é muito relevante para o bom e melhor desempenho de tal atividade, que o conciliador tenha no mínimo algum conhecimento do ordenamento jurídico nacional, porquanto, conhecendo melhor os meandros legais, sua desenvoltura para a solução do litígio por meio de um acordo tem mais chances de sucesso, ou ao menos, a conciliação será alcançada com maior brevidade, não exige-se que o conciliador seja bacharel em direito, podendo ser proveniente preferencialmente dos cursos de pedagogia, assistência social, psicologia, e outros com formação humanista ou outro curso superior da área de exatas.

Não se pode olvidar, que quando as partes procuram o judiciário, geralmente, elas objetivam a manifestação de alguém que tenha conhecimento técnico, para desse modo, evitar lesão a seu direito.

Dessa forma, deve o conciliador eximir-se de forçar a aceitação de um acordo por uma das partes. Além disso, deve ele velar pela preservação dos interesses e direitos das partes, inclusive, se necessário for, abstendo-se de encaminhar o acordo para homologação quando perceber que está havendo prejuízo para um dos envolvidos ou mesmo encerrar a audiência em razão do ânimo beligerante das partes.

Deve-se abolir o pensamento de que o conciliador é um agente ávido a realizar acordos. Na verdade, ele vai fazer o que as partes quiserem porque ele não tem poder de decisão. Sua função é facilitar o diálogo entre as partes e sua conduta deve se pautar pelos mesmos princípios éticos aplicados ao mediador.

Além disso, ele deve ser neutro e imparcial, paciente e durante o exercício de seu mister, deve conduzir os trabalhos sem pressa, criando assim um clima de confiança e

propiciando uma conversa franca, de modo que os interessados realmente possam falar de suas angústias e de seus interesses, sem qualquer receio.

Aliado a tudo isso, o conciliador tem que ser uma pessoa que acredita na capacidade de mudança das pessoas, sob pena do trabalho ser inócuo antes mesmo de iniciar-se.

Em se tratando de conciliação judicial, o conciliador tem papel fundamental, porque ele pode intervir na negociação. O juiz, ao contrário, embora possa intervir e dar sugestões ao deslinde da querela na busca da conciliação, e deve fazer isso com parcimônia, sob pena de considerar-se que ele está fazendo um pré-julgamento da causa lhe apresentada.

Ao conciliador aplicam-se os mesmos preceitos éticos do mediador, cujos princípios de sua atuação, ainda que em juízo, são definidos no Código de Conduta Ética do Mediador.

5. DA MEDIAÇÃO

5.1 Conceito

A mediação é um modo autocompositivo, consensual e voluntário de solução de conflito, por meio do qual um terceiro neutro e imparcial é escolhido para conduzir o procedimento, o qual inclui o diálogo produtivo entre as partes, a confrontação de seus pontos de vista, a investigação do conflito, o esclarecimento das posições e interesses, a criação de opções, a negociação das opções e o fechamento do acordo, com o intuito de alcançar um resultado efetivo para o conflito. Focaliza o presente com vistas a um melhor relacionamento no futuro. É indicada para situações que necessitam de investigação aprofundada do conflito, ou que envolvam relações complexas, ou relações que se prolongam no tempo.

5.2. Características da mediação

As principais características da mediação são: voluntariedade, cooperação, responsabilização, intervenção de terceiro, confiabilidade, flexibilidade e confidencialidade.

Deve ser ressaltado que, como instituto em formação, não há consenso na doutrina quanto aos traços distintivos da mediação ora apresentados, que correm o risco de sofrer mudanças.

Em conjunto com a voluntariedade, é possível enquadrar o que é denominado de liberdade das partes e consentimento informado.

A voluntariedade consiste na liberdade de optar pela mediação como meio de solução de conflitos e de continuar em todas as etapas do procedimento que lhe é correlato ou abandoná-la a qualquer tempo.

Não há que se fazer distinção se a iniciativa partiu do interessado (espontaneidade) ou decorreu de aconselhamento de outrem (voluntariedade). Mesmo quando a mediação for indicada pelo juiz (e, por vezes, remetida ao setor específico sem consentimento prévio), é imprescindível a aceitação, a adesão ao procedimento pelos mediandos. Não se desconhece que a legislação de vários países, com o intuito de criar a cultura da mediação, adota a mediação obrigatória, também chamada de mandatória, como instância prévia à via jurisdicional, a exemplo da Lei n° 24.573, da Capital Federal Argentina, e agora com o novo Código de Processo Civil também ocorrerá nas ações de famílias.

Nesse caso, a obrigatoriedade restringe-se ao comparecimento na primeira sessão da mediação, mas persiste a característica da voluntariedade porque ninguém é compelido a prosseguir nas etapas seguintes do procedimento e muito menos a negociar ou firmar um acordo.

O princípio do consentimento informado, apontado por Calmon⁴², insere-se no princípio da voluntariedade. Consoante o referido autor, tal princípio se expressa pelo “direito de as partes obterem informação sobre o processo de mediação e, quando resulta necessário, acerca de seus direitos legais, opções e recursos relevantes, antes de participar da mediação, consenti-la ou aprovar os termos do acordo ali alcançados.”

Ora, para a eleição da via mediacional, é imprescindível o conhecimento sobre seus fundamentos e funcionamento. Assim, tal “direito de informação” sobre a mediação, na verdade, não constituiu exatamente um direito, mas faz parte da liberdade de opção responsável, pois não se pode escolher sem conhecer.

No que diz respeito a cooperação, é possível enquadrar o que vem sendo denominado pela doutrina como não-competitividade, não-adversariedade, consensualidade, ideologia.

Significa que na mediação as partes devem agir de forma cooperativa, visando solucionar o conflito sem fomentar a competição e a adversariedade, para buscar um resultado do tipo “ganha-ganha” (no qual as duas partes ficam satisfeitas), e não “perde-ganha” (no qual uma das partes fica satisfeita e a outra, necessariamente, insatisfeita).

Esta idéia advém da teoria dos jogos, que ganhou notoriedade especialmente após o conceito de equilíbrio desenvolvido por Nash⁴³, segundo o qual a escolha social deve se pautar naquilo que é melhor para cada um, individualmente, mas igualmente para o conjunto, considerando também o melhor para o outro, pois numa interação sistêmica a sobrevivência de cada um depende do bom funcionamento do todo.

No que tange a responsabilização, é possível enquadrar o que a doutrina chama de poder de decisão das partes, autoridade das partes, protagonismo, autodeterminação.

Exprime o poder de decisão dos envolvidos sobre o conflito, por meio de sua participação direta na criação e escolha de opções.

A mediação proporciona às partes a possibilidade de refletir sobre sua responsabilidade no desenvolvimento do conflito, sobre as possibilidades para solucioná-lo e sobre o resultado de seus atos.

⁴² CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Gazeta Jurídica, 2. ed, 2013, p. 122.

⁴³ BERNI, Duilio de Avila, **Teoria dos jogos**, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 26-27.

O mediador auxilia na melhoria da qualidade da comunicação entre as partes, clareando seus interesses e necessidades, sem induzir respostas ou sugerir resultados. Por outro lado, preserva o protagonismo das partes na mediação, que tomam para si a responsabilidade, no sentido de sujeito de ação, e não no sentido de culpabilidade, como empregado no Direito Penal.

Para o processo mediacional, é imprescindível a intervenção de uma terceira parte, como catalisadora de soluções. Intervenção aqui, não deve ser entendida em sentido autoritário, mas cooperativo.

O mediador intermediará a comunicação entre as partes até que a mesma se estabeleça de forma direta e produtiva, depois, procurará transformar a hostilidade em solidariedade, para criar um clima propício à realização de um acordo, benéfico a todos. Se as partes conseguissem negociar diretamente entre si, não precisariam do auxílio do mediador.

A confiança exprime o crédito das partes nas qualidades profissionais do mediador, o que permitirá concluir que o trabalho será bem feito e corresponderá as suas expectativas. É a peça-chave da mediação, de vez que, sem a confiança das partes, o mediador não consegue nem completar a fase investigatória do procedimento e colher delas a exposição do conflito, relaciona-se com a neutralidade, a imparcialidade, a equidistância e a competência do mediador.

A neutralidade refere-se a valores do próprio mediador, que deve se sentir confortável para conduzir o procedimento sem se incomodar com questões ou valores pessoais, seja em relação ao objeto, seja em relação às partes.

Seria difícil de acreditar que o mediador conseguiria, na condução do procedimento, despir-se de sua formação, de sua origem, de suas crenças, de seus valores pessoais, de suas ideologias sociais, políticas, econômicas, religiosas. Não é possível libertá-lo de seu inconsciente, de seus registros, de sua memória.

Nesse contexto, o que se busca é a neutralidade possível, ou seja, aquela exercida de tal forma que não afete a mediação de modo evidente e impositivo, que não transcenda do mediador para o procedimento, que disponibilize um ambiente confortável para todos os participantes e favorável para o acordo.

A imparcialidade refere-se à relação do mediador com as partes. Significa que o mediador deve atuar sem favorecimentos, sem privilégios, sem arbitrariedades, sem tomar partido ou formar aliança com uma das partes.

A equidistância exprime o tratamento isonômico entre os mediados, outorgando-lhes as mesmas oportunidades, o que compreende também, a responsabilidade do mediador

em garantir o equilíbrio da relação no procedimento, corrigindo-o quando necessário (por exemplo, quando uma das partes comparece assistida de advogado e a outra não).

A competência do mediador se expressa pela sua capacitação e habilidade para o exercício desse mister. Inclui diligência, zelo, prudência, técnica, aperfeiçoamento, paciência, atenção, empatia, serenidade.

A flexibilidade do procedimento, também chamada de informalidade, corresponde à inexistência de regras fixas e pré-estabelecidas no processo de mediação. A estruturação deste será construída pelo mediador em conjunto com as partes.

O informalismo permite a flexibilização do procedimento conforme a necessidade do caso concreto, o que não elimina a realização de atos concatenados em uma sequência lógica e ordenada. As etapas da mediação devem ser na medida do possível, seguidas, embora o modo de realização e a duração delas seja bastante variável. A oralidade e a simplicidade dos atos devem ser prestigiados, mas o emprego destas dependerá da complexidade do caso.

O informalismo é um grande desafio, que confere ao mediador a oportunidade de mostrar sua habilidade. Por um lado, apresenta a vantagem da adequação do procedimento ao caso concreto, por outro, sem uma tabela a ser consultada, sem um modelo a ser cumprido, o mediador despreparado poderá perder-se na condução do procedimento.

Em sentido geral, a confidencialidade, significa que toda a informação obtida pelo mediador ou pelas partes em razão do processo deve ser mantida em sigilo em relação a outras pessoas alheias à mediação, exceto, se houver expressa autorização dos mediandos ou quando exceder os limites da mediação.

A confidencialidade apresenta-se na mediação tanto para proteção do mediador quanto para proteção dos mediandos. Em relação ao mediador, a proteção profissional lhe garante, que mesmo quando convocado como testemunha, não será obrigado a depor sobre assuntos que foram tratados em mediação. Tal garantia está consubstanciada no artigo 207 do Código de Processo Penal.

Em relação às partes, a proteção dos mediandos garante que a informação, prova ou documento, obtido por meio do procedimento, não será levado a Juízo, exceto se autorizado por eles ou quando exceder os limites da mediação.

Sem essa garantia, fica inviabilizada uma relação de confiança hábil a possibilitar um diálogo aberto e franco sobre as necessidades e interesses de cada um. A confidencialidade assegura às partes, o não prejuízo por suas próprias declarações e documentações apresentadas, evitando que estes elementos constituam prova contra si, em caso de insucesso da mediação e prosseguimento pela via jurisdicional.

Assim, conclui-se que a confidencialidade abarca somente as informações, provas e documentos expostos na mediação pela outra parte, cuja utilização em juízo, poderiam eventualmente, outorgar à parte contrária uma vantagem processual em juízo. Para garantia do sigilo, as partes e o mediador estabelecem um compromisso de confidencialidade.

Na mediação privada, tal compromisso é lavrado antes do início do procedimento e é recomendável que sejam previstas consequências para os casos de descumprimento do mesmo.

Na mediação judicial, a obrigação do mediador decorre de lei ou atos normativos, mas deve ser enfatizada na fase da abertura para que as partes não possam alegar desconhecimento da norma. Observa-se que os participantes não guardam sigilo absoluto de tudo o que foi conversado na mediação, pois acabam comentando com familiares, amigos e com o advogado, especialmente se não estavam presentes na sessão.

Nesse sentido, considerando-se a impossibilidade do sigilo absoluto, entende-se que, para ter relevância jurídica, a quebra da confidencialidade não deve ser mínima, mas deve gerar algum prejuízo ou constrangimento aos outros mediandos. Nesse contexto, a revelação dos dados obtidos em mediação pode acarretar responsabilização cível e penal.

No âmbito cível, mesmo sem previsão contratual, cabe indenização por perdas e danos, nos termos do artigo 186 do Código Civil. No âmbito penal, a violação do sigilo é tratada tanto no capítulo referente aos crimes contra a liberdade individual (cometida por particular) quanto no capítulo referente aos crimes contra a Administração Pública (cometida por funcionário público).

A quebra da confidencialidade por parte do mediador, pode ser enquadrada no crime de violação de segredo profissional, previsto no artigo 154 do Código Penal, em se tratando de mediação privada, e no crime de violação de sigilo funcional, previsto no artigo 325 do mesmo estatuto, em caso de mediação judicial.

Nas duas hipóteses, a ilicitude da revelação do conteúdo será excluída se houver justa causa, ou seja, se for necessária por algum motivo relevante. Especificamente na mediação judicial, para efeitos penais, o mediador é equiparado a funcionário público, nos termos do artigo 327 do Código Penal.

Outro aspecto relevante a ser ressaltado sobre a confidencialidade é que o dever de guardar sigilo não se confunde com o dever de denunciar fatos ou crimes de que o mediador eventualmente tenha notícia em razão do procedimento.

Na mediação privada, fica a critério do mediador denunciar ou não. Recomenda-se estabelecer no contrato de prestação de serviços a relação entre o mediador e os mediandos,

prevendo-se inclusive as hipóteses de interrupção ou suspensão do procedimento e de denúncia aos órgãos competentes, caso se tenha conhecimento de situação que envolva violência ou abuso contra menores, por exemplo. Na mediação judicial, como o mediador enquadra-se na situação de funcionário público, tem o dever de denunciar, consoante previsão legal.

5.3. Espécies de mediação

A inexistência de litigância na mediação possibilita a utilização de diversos conhecimentos técnicos tendentes a levar as partes a um acordo. A questão conflituosa é discutida tendo em vista os aspectos jurídicos envolvidos, bem como o complexo de relações intersubjetivas, as quais geram a desestabilização dos envolvidos, sobretudo nas questões de maior envolvimento emocional.

O que se observa é que, ainda que resolvidos os problemas de cunho jurídico, sejam ordenados, as partes podem estar absorvidas por questões muito menos jurídicas e mais emocionais, movidas pela dor, pela vingança, pela tristeza, pela decepção, frustração, enfim, uma gama de possibilidades que as impede de ver a questão com clareza, enfocando apenas o aspecto jurídico, ou se satisfazendo com a letra fria da lei.

Estes fatores são considerados de extrema relevância quando se trata da mediação, uma vez que o mediador deseja que a solução encontrada possa refletir-se para o futuro, evitando desgastes que, novamente, poderão se tornar motivo de demandas. Este não é, de modo algum, o desejo do processo de mediação, afinal, almeja-se à criação de uma nova cultura, capaz de levar os seres humanos ao diálogo e à compreensão mútua.

De acordo com Adolfo Braga Neto, os anos setenta foram marcantes para a mediação, a qual se desenvolveu e ampliou seu campo de atuação; tanto no aspecto teórico como prático. A década seguinte viu o crescimento da política liberal, que buscava afastar-se das suas tradicionais tarefas, devolvendo ao indivíduo a responsabilidade pelos seus atos. São palavras de Braga Neto⁴⁴:

Na realidade, na década seguinte à de setenta, a mediação passou a se desenvolver como um movimento mundial vocacionado para o auxílio às pessoas envolvidas em controvérsias, constituindo-se fruto de uma tendência liberal em escala mundial, com a retirada cada vez maior do

⁴⁴ BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação de Conflitos e Políticas Públicas – A experiência com a mediação comunitária em distritos de alta vulnerabilidade da Grande São Paulo**, <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4230>. Acesso em: 3 maio 2015.

Estado nos assuntos afetos aos interesses dos particulares. Resulta, também, do reconhecimento da plenitude do cidadão como objeto de deveres e direitos, que por si só poderá melhor administrar, transformar ou resolver seus próprios conflitos. Decorre da constatação de que fórmulas tradicionais formais de resolução de controvérsias não mais satisfazem os usuários, que cada vez mais se envolvem em conflitos de distintas naturezas e formas diante da complexidade das inúmeras inter-relações existentes nos tempos pós-modernos.

Para atender ao dinamismo das relações globalizadas da pós-modernidade, os teóricos e estudiosos apresentam a mediação subdividida em tipos, as quais variam de acordo com o contexto e com a prática. Marodin e Breitman⁴⁵ indicam cinco modalidades paralelas de mediação: 1) mediação global e mediação parcial; 2) mediação fechada e mediação aberta; 3) mediação intrajudicial e mediação extrajudicial; 4) mediação pública e mediação privada; 5) mediação simples e co-mediação.

Está se diante da mediação global quando existe acordo sobre todas as questões referentes à disputa e, mediação parcial, quando apenas alguns tópicos forem aludidos. A mediação fechada ocorre quando as informações obtidas durante o processo não são passíveis de revelação; ocorrendo o oposto com a mediação aberta, na qual os dados, se necessário, poderão ser revelados.

A mediação pública é aquela oferecida por órgão estatal, ao passo que a mediação privada é oferecida por entidade privada, por profissional autônomo ou associação de mediadores. Enfim, o último tipo refere-se ao número de mediadores envolvidos; se se tratar de apenas um profissional, tem-se a mediação simples; caso haja um corpo de envolvidos, uma equipe multidisciplinar, por exemplo, diz-se co-mediação.

É possível, ainda, falar-se em mediação comunitária (ou social). Como é de se supor, está voltada para as relações sociais estabelecidas e, conseqüentemente, para os conflitos dela oriundos. A dinâmica atual, construída desde meados do século passado, tem por escopo, neste tipo de mediação, uma redefinição social. Objetiva-se redesenhar a dinâmica das relações, de modo a favorecer a participação, promover a criação de espaços dialógicos, facilitadores da comunicação, da participação e da reflexão. Proporciona-se “um espaço de criatividade pessoal e social, possibilitando a realização da cidadania plena e, conseqüentemente, da justiça.”⁴⁶

Desta feita, o mais elevado escopo da mediação não é a busca do direito a ser aplicado ao conflito, mas sim, o apaziguamento das partes envolvidas na controvérsia

⁴⁵ MARODIN, Marilene e BREITMAN, Stella. **A prática da moderna mediação**: integração entre a psicologia e o direito, 2002, p. 506.

⁴⁶ SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**, 2001, p. 67.

percebendo-se como indivíduos sociais. As partes envolvidas no conflito mantêm, em todos os momentos, o controle da relação conflituosa, buscando de próprio punho, o caminho da resolução pacífica do mesmo.

Do exposto, é possível compreender que, seja qual for a modalidade escolhida para se proceder à mediação, importa fazer justiça, no sentido lato; bem como de garantir os direitos dos indivíduos que convivem. Este acesso à justiça, implica em última análise, ao acesso aos direitos humanos, por isso Sarlet⁴⁷ explica que não se trata mais “de liberdade perante o Estado, e sim, de liberdade por intermédio do Estado”, o que leva ao entendimento de que cabe à governança estatal o papel de garantir a todos os indivíduos e a cada um, acesso ao rol de direitos humanos, estejam eles positivados ou não.

5.4 O Mediador e sua seleção

A pessoa que conduz a mediação é denominada mediador, o qual é um terceiro imparcial que promove o diálogo entre as partes, mediante a redução das hostilidades, buscando encontrar uma solução ao conflito que satisfaça os interesses de ambas. Sua influência resulta de sua autoridade, que é garantida pelos próprios envolvidos, em razão da credibilidade pessoal, confiança e habilidade que tem para intervir em uma negociação.

Targa⁴⁸ assim define o mediador:

Aquele que facilita o processo de entendimento, controlando a conversa e auxiliando as partes a vislumbrar pontos de interseção em seus interesses, que podem ser importantes para a elaboração de um acordo e, principalmente, para a efetivação de um futuro relacionamento, mais agradável.

Considerando a mediação *uma prática linguística*, o mediador deve ter habilidade em controlar o diálogo entre os participantes de forma que “a conversa flua por três fases distintas da mediação: (a) ouvir os aspectos particulares da disputa das partes envolvidas; (b) negociar diferentes pontos da disputa; e (c) trabalhar em uma resolução ou acordo justo.”⁴⁹

Cada mediador tem uma forma diferente de solucionar problemas. Muito embora não haja uma fórmula específica para se definir um bom mediador, algumas características dos

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 11 ed. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2012, p. 51.

⁴⁸ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. **Mediação em juízo**. São Paulo: LTr, 2004, p. 163.

⁴⁹ CHENAIL, Ronald J.; ITKIN Perry S. **Gerenciamento das Mudanças Linguísticas na Mediação de Divórcio**. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 225-242.

mediadores facilitam a solução das controvérsias. São elas: serem bons ouvintes, serem objetivos (ou neutros), terem conhecimento de seus próprios preconceitos, terem familiaridade com os fortes sentimentos das partes, saberem se comunicar, serem assertivos e saberem avaliar de forma realista as suas próprias habilidades e limitações, para ajudarem as partes a chegarem a um acordo.

Alguns autores entendem que as qualidades essenciais em um bom mediador são: a confiança, a paciência, a tenacidade, o conhecimento, a inteligência, a imparcialidade, além de serem especialistas em comunicação, que envolve saber ouvir o que as partes têm a dizer e promover a comunicação entre elas⁵⁰.

Uma questão controvertida é saber quem tem o melhor perfil para ser mediador. Para alguns, os Bacharéis em Direito seriam os mais capazes para mediar conflitos, uma vez que conhecem as regras jurídicas. Há os que defendem que são mais adequados os profissionais das áreas de Pedagogia, Psicologia e Sociologia. Para SALES⁵¹ não se sustenta a tese de que deve ser exigida formação jurídica para ser mediador, salientando que “o ato de mediar conflitos independe da profissão que o mediador exerce, dependendo apenas da qualificação para ser mediador.”

Por fim, na visão de Vezzulla⁵² o mediador para ter uma formação plena, deverá conhecer muito de negociação; possuir conhecimentos de linguística e semiótica; ter conhecimentos básicos de psicologia; entender de técnicas de gestão de controvérsias; possuir conhecimento das leis que disciplinam o caso mediado; ter uma visão da realidade sócio-econômica dos mediados e possuir técnicas específicas de investigação e resumo. Enfim, cada mediador desenvolverá sua própria técnica e estilo.

Discute-se se para ser um bom mediador é suficiente ter dons inatos e se pode aperfeiçoá-los, bem como se os que carecem desses dotes podem desenvolver essas habilidades. Segundo Caivano, Gobbi e Padilha⁵³ é possível aprender a ser um mediador eficiente. Contudo, é recomendável que, mesmo a pessoa que tenha dotes naturais e alguma experiência em intermediação de conflitos, receba um bom treinamento, desenvolvendo suas aptidões e aprendendo a reconhecer as necessidades dos participantes, as estratégias

⁵⁰ DAVIS, J. A. **Entrevista a HSM Management: uma radiografia da relação empresa + família + propriedade.** HSM Management, [S. l.], v. 41, p. 96-103. nov./dez. 2003

⁵¹ SALES, Lilia Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.86.

⁵² VEZZULLA, Juan Carlos. **A mediação. O mediador. A justiça e outros conceitos.** In: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). **Mediação- Métodos de Resolução de Conflitos**, n. 1. São Paulo: LTr, 1999

⁵³ CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. **Negociación y mediación: instrumentos apropiados para la abogacía moderna.** 2.ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

adequadas a cada caso, bem como as regras do processo de mediação. Essa formação envolve tanto um embasamento teórico, como a parte prática.

Em síntese, são qualidades essenciais a um bom mediador: a paciência, a confiança, a tenacidade, o conhecimento, a inteligência, a imparcialidade, a neutralidade e possuírem habilidades em comunicação. É preciso que o mediador tenha consciência da importância de seu papel para o exercício da mediação. Além disso, os cursos de formação devem ter em mente que é necessária uma boa capacitação dos mediadores para se alcançar uma alta qualidade do serviço de mediação, visando contribuir de forma efetiva para a prevenção e solução dos litígios.

6. A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

No Brasil a conciliação tem previsão antiga no Código de Processo Civil, sendo depois disseminada na Lei dos Juizados Especiais de 1999, já a mediação como instrumento de composição de conflitos no plano jurisdicional apenas começou a ganhar forma legislativa em novembro de 2010, quando o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, regulamentando as atividades de conciliação e mediação judiciais.

O art. 1º da Resolução institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, com o objetivo de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados, deixando claro que incumbe ao Poder Judiciário, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de conflitos, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, e a orientação ao cidadão.

Para cumprir tais metas, os Tribunais deverão criar os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, e instalar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Já com a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça em vigor, diante das perspectivas do regramento da mediação judicial pelo Novo Código de Processo Civil que se descortina, e ainda, face a necessidade de tratar de questões concernentes à integração entre a solução judicial e as formas autocompositivas, foi redigido um Anteprojeto de Lei de Mediação Civil que aprovado transformou na Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015, dispendo sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

No entanto, a questão mais relevante, está na clara opção do Código de Processo Civil pela forma facultativa da conciliação e mediação, e não obrigatória, com exceção das ações de família onde a conciliação e mediação são obrigatórias.

Importante enfatizar esta questão, eis que no passado houve grande controvérsia acerca deste ponto por conta de um dos aspectos mais polêmicos daquela proposta legislativa em 1998: a obrigatoriedade de realização desse procedimento em todos os processos de conhecimento, salvo algumas exceções ditas pelo projeto.

Muito embora a ideia de se impor a mediação incidental em determinadas hipóteses seja bastante sedutora, a solução do novo Código de Processo Civil andou bem. Na redação do novo Código de Processo Civil há a determinação de criação pelos Tribunais dos centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e

audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 165, do CPC). O novo Código de Processo Civil enfoca, especificamente, a conciliação e mediação feita dentro da estrutura do Poder Judiciário. Isso não exclui, contudo, a conciliação e mediação pré-processual ou mesmo a possibilidade de utilização de outros meios de solução de conflitos.

Contudo, a institucionalização da conciliação e mediação que aterrissa no direito processual brasileiro merece algumas breves considerações devido a algumas peculiaridades.

A experiência brasileira na área da resolução dos conflitos vem sendo gradualmente transformada, mas a cultura demandista é uma característica que faz com que o serviço judiciário seja muito procurado, deixando-o cada vez mais disfuncional, lento, inacessível aos excluídos, burocratizado, ineficiente e imprevisível⁵⁴.

Além disso, sob o pretexto de apresentar outros meios de composição de conflitos para além da solução adjudicada, o Poder Judiciário se avoca da realização da mediação impregnado-a com o peso da intervenção estatal aprofundando o anacronismo ao conceito contemporâneo de outros métodos de resolução de conflitos.

A difusão do uso da mediação desta forma realmente é a mais fácil e cômoda, quando o ideal, seria que os métodos de solução de disputas além da jurisdição fossem apresentados nas universidades, aos operadores do Direito através dos advogados, defensores públicos, promotores de justiça e divulgados de forma geral na sociedade especialmente através das escolas de formação básica.

Educar a sociedade a resolver seus próprios conflitos ou a escolher o melhor método para resolvê-los é uma tarefa árdua, principalmente quando, por mais que seja frustrante a inoperância dos serviços judiciais, é difícil quebrar um sistema que apesar de opressivo, é confortável porque é conhecido, familiar. Só a educação orienta quanto as regras de conduta e os valores que orientarão a opção escolhida; dota e treina os indivíduos a distinguir entre razões corretas e incorretas de preferência e da inclinação em seguir aquelas e evitar estas; induz os indivíduos a internalizar normas que dali em diante guiarão a sua prática⁵⁵.

Fux⁵⁶, nos estudos realizados inicialmente pela Comissão de Juristas encarregados da elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, assim afirma, sobre a

⁵⁴ NALINI, José Renato. **Os três eixos da reforma do Judiciário**. Revista do Advogado (AASP), n. 75, abr. 2004, p.67.

⁵⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2000, p.70.

⁵⁶ FUX, Luiz. (Presidente da Comissão de propostas ao novo Código de Processo Civil). In MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 197. Disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2010/12/14/adocao-de-conciliadores-e-mediadores-e-avanco-do-novo-cpc-diz-valter-pereira>>. Acesso em: 10 junho 2015.

necessidade de adoção de instrumentais que atuem na prevenção do litígio enquanto condição de eficiência para as demais medidas preconizadas no novo instituto:

A comissão conclui, nas diversas proposições, por dotar o processo, e, a fortiori, o Poder Judiciário de instrumentos capazes não de enfrentar centenas de milhares de processos, mas, antes, de desestimular a ocorrência desse volume de demandas, com o que, a um só tempo, salvo melhor juízo, sem violação de qualquer comando constitucional, visou tornar efetivamente alcançável a duração razoável dos processos, promessa constitucional e ideário de todas as declarações fundamentais dos direitos do homem, de todas as épocas e continentes, e, ainda, propiciar maior qualificação da resposta judicial, realizando o que HANS KELSEN expressou ser o mais formoso sonho da humanidade, o sonho de justiça. Como forma de política pública, no intuito de facilitar o acesso dos brasileiros à justiça, uma vez que se reduzirá o número de demandas e de recursos que dificultam o andamento dos processos. A expectativa é a de que se reduza pela metade o tempo de trâmite de uma ação no Judiciário, permitindo mais rapidez e celeridade nos processos.

Em perfeita consonância com o propósito da nova codificação Fux⁵⁷ ainda argumenta que “a Comissão privilegiou a conciliação, incluindo-a como o primeiro ato de convocação do réu a juízo, uma vez que ainda nesse momento o desgaste pessoal e patrimonial das partes é diminuto e encoraja as concessões”.

A fundamentação legal da proposta está citada no novo Código de Processo Civil em seu artigo 165, o qual trata da realização de conciliação ou mediação, ambas devendo ser estimuladas por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. O § 2º refere que o conciliador poderá sugerir soluções para o litígio e o § 3º diz que o mediador auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Ressalta-se a figura dos conciliadores e dos mediadores judiciais, uma vez que deve se tornar peça chave no combate à morosidade da Justiça. Essa expectativa foi registrada durante a primeira sessão de discussão do projeto (PLS 166/10) de reforma do Código de Processo Civil (CPC) no Plenário do Senado. Segundo salientou o relator da matéria, senador Valter Pereira (PMDB-MS), esses personagens terão atuação destacada entre as chamadas "formas alternativas de resolução de conflitos."⁵⁸

⁵⁷ Ibid., p. 197.

⁵⁸ Ibid., p. 197.

A Lei n.º 13.140/2015 previu os mediadores extrajudiciais, onde não se exige qualificação técnica ou inscrição em conselho profissional ou entidade de classe, e os mediadores judiciais que devem ser graduados há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenham capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM ou pelos tribunais. Com efeito, não vingou a redação originária do PL 166/2010 que exigia que o mediador fosse inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Note-se, porquanto, que houve muita evolução, a sociedade vai se abrindo para as novas formas de composição dos conflitos e o Estado vem desempenhando o seu papel na busca de uma efetividade da prestação jurisdicional.

6.1. Da audiência de conciliação ou mediação como primeiro ato processual e do comparecimento das partes

Por ocasião do recebimento da petição inicial o juiz já determinará a citação do réu e designará audiência de conciliação ou mediação, devendo o réu comparecer acompanhado de advogado e ou defensor público. Deve o ato de citação ocorrer com no mínimo vinte dias antes da audiência, de forma a possibilitar o conhecimento dos fatos e a preparação para se apresentar no centro judiciário de solução consensual de conflitos na data designada.

Agora a audiência de conciliação ou mediação será realizada antes mesmo do oferecimento da defesa, será uma verdadeira audiência preliminar, será ela o primeiro ato processual, onde as partes poderão dialogar para resolver de forma consensual os seus conflitos, através da condução pelo conciliador ou mediador judicial.

Não se tratando de ações de família, onde a realização da audiência de conciliação ou mediação será sempre obrigatória como primeiro ato processual, nos demais processos a regra geral é designação da audiência preliminar, só existindo duas hipóteses em que esta audiência não será designada, quando ambas as partes manifestarem, de forma expressa, o desinteresse na composição consensual e quando no processo não se admita autocomposição.

Em caso de desistência de ambas as partes da audiência de conciliação ou mediação, deve o autor indicar o seu desinteresse na petição inicial e o réu por petição apresentada com dez dias de antecedência da data da audiência, começando desta data o prazo para sua resposta.

O comparecimento à audiência de conciliação ou mediação constitui um dever processual das partes, constituindo o não comparecimento do autor ou do réu, ato atentatório à dignidade da justiça, que será sancionado com multa de até dois por cento do valor da causa ou da vantagem pretendida, devendo as partes estarem acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

Previu o novo Código de Processo Civil, que a parte pode ir pessoalmente a audiência de conciliação ou mediação ou pode constituir representante por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir, assim tanto a pessoa jurídica, como a pessoa natural ou os entes despersonalizados podem se fazerem representar nesta audiência preliminar.

O representante da parte na audiência de conciliação ou mediação, precisa ter poderes para negociar e transigir, ele não postula, não alega e nem depõe pela parte, como faz o preposto das audiências trabalhistas que representa as empresas. A atuação do representante se restringe à negociação e assinatura do acordo, se este ocorrer.

O advogado e o defensor público não podem ocupar o lugar da parte ou do representante da parte na audiência de conciliação ou mediação, devem estes sujeitos processuais participarem auxiliando as partes, pois o diálogo processual que leva a resolução consensual do conflito deve ser tratado diretamente pelos interessados envolvidos na lide, as partes processuais ou seu representante.

A ausência das partes ou de seu representante com poder para transigir a audiência de conciliação ou mediação constitui ato atentatório a dignidade da justiça, sancionado com multa pecuniária, a partir da vigência do novo Código de Processo em janeiro de 2016. Será possível saber se as partes irão ou não comparecer às audiências de conciliação ou mediação iniciando o efetivo diálogo para resolução dos conflitos, ou delegarão tal ato a seus representantes processuais e ou advogados, tornando inócua tal audiência.

Deveria o novo Código de Processo Civil exigir a presença das partes na audiência de conciliação ou mediação sob pena de arquivamento do processo ou revelia, desde que citada pessoalmente, como já acontece no rito dos Juizados Especiais, o que além de estimular de forma cogente a efetiva participação das partes na audiência de conciliação ou mediação abreviaria o trâmite processual, com o julgamento do processo no seu limiar.

6.2. Da conciliação e mediação nos processos de família

Em todos os núcleos familiares estão presentes os conflitos. As brigas nos lares parecem fazer parte do cotidiano das pessoas, havendo uma certa sequência de episódios repetitivos que influenciam na discriminação de papéis para cada membro da família diante de um problema.

Dessa forma, no cotidiano das pessoas, as brigas familiares são uma realidade e cada pessoa está acostumada a assumir determinada conduta diante dos conflitos: uns são mais agressivos, outros preferem o silêncio, existem os que se envolvem nas disputas alheias, outros preferem não se envolver.

Como já salientado, hoje não existe apenas o modelo patriarcal de família. Na verdade, coexistem diversas formas, que são marcadas pelos traços da igualdade, individualidade e afetividade.

Essa quebra nas relações vinculares de natureza familiar é marcada por inúmeras peculiaridades. Quando envolve problemas familiares, sabe-se que existe uma carga emocional que muitas vezes obscurece as reais causas que originaram as desavenças. Como argumenta a autora Nazareth⁵⁹, “as emoções são o tecido da composição familiar”. Logo, os aspectos emocionais estão presentes nestes conflitos.

Os conflitos familiares são bastante complexos, tendo em vista que envolvem emoções e sentimentos ocultos, tais como: dores, mágoas, vinganças, dentre outros. Esta complexidade de sentimentos impede que as pessoas consigam dimensionar seus problemas de forma adequada e os solucionem de maneira pacífica. Desta feita, a maioria desses conflitos não eclode por uma única e simples razão, sendo um conjunto de antigas mágoas e sentimentos que as pessoas vão somando ao longo do tempo.

Os conflitos podem se mostrar de imediato, referindo-se às reais causas de sua origem. Trata-se do conflito real, em outras palavras, daquele que está relacionado ao verdadeiro problema que deu início à desavença. Por outro lado, os conflitos podem exigir uma análise mais criteriosa para desvendar sua real motivação. Trata-se do conflito aparente, que se exterioriza por outras razões distintas das reais causas que originaram a disputa.

Nas sessões de mediação, é comum as pessoas exporem o conflito aparente, em detrimento do real. Muitas vezes, as discussões envolvem ataques pessoais que se revelam como as motivações dos conflitos, mas na verdade são consequências de uma razão maior: o conflito real. Isso ocorre principalmente em relação aos conflitos de natureza familiar, uma vez que, como já salientado, envolvem emoções que dificultam o diálogo.

⁵⁹ NAZARETH, Eliana Riberti. **Psicanálise e mediação**: meios efetivos de ação. Revista do Advogado. São Paulo, n.62, p.50. mar. 2001.

A mediação, em especial a familiar, objetiva pôr fim ao conflito real, e não ao aparente, pois assim estará sendo solucionado o verdadeiro problema. Deste modo, a mediação propõe um trabalho de desconstrução do conflito, fazendo com que os mediandos encontrem as reais motivações de suas disputas e as solucionem.

Não se pode esquecer que é comum os conflitos familiares serem frutos de mal-entendidos. As pessoas não conseguem ouvir outros pontos de vista e argumentam aparentemente a mesma coisa, de modo diferente.

Dê-se observar que os índices de violência doméstica cresceram consideravelmente nos últimos anos, devido aos mais variados fatores: desemprego, falta de diálogo, adultério, alcoolismo etc. A violência doméstica constitui o abuso físico, emocional, sexual ou mental de uma pessoa por outra, com quem teve ou tem um relacionamento familiar. Pode acontecer com qualquer indivíduo, independente da sua idade, classe social, raça, capacidade ou estilo de vida. Chauí⁶⁰ conceitua a violência como: Exercício da força física e da coação psíquica para obrigar alguém a fazer alguma coisa contrária a si, contrária aos seus interesses e desejos, contrária a seu corpo e a sua consciência, causando-lhes danos profundos e irreparáveis, como a morte, a loucura, a auto-agressão ou a agressão aos outros.

Nas relações familiares, a violência muitas vezes é caracterizada pela agressividade como um mecanismo de defesa. Quando se sentem ameaçados, os integrantes da família não argumentam ordenadamente para defender seus propósitos, assumindo uma conduta agressiva, violenta.

Não obstante os agravos para a saúde física e mental, a convivência cotidiana em uma relação violenta vai diminuindo o desenvolvimento dos indivíduos, os quais vivem com medo, camuflando a situação de violência de que são vítimas.

A igualdade legal entre os gêneros foi conferida em vários diplomas legais, principalmente pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil vigente. Entretanto, como já demonstrado, os índices de violência doméstica contra as mulheres têm crescido consideravelmente, buscando a Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006, Lei Maria da Penha, criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

A violência doméstica atinge as mais diferentes camadas sociais, sendo as principais vítimas, além das mulheres, as crianças e os idosos. Essas pessoas tiveram seus direitos resguardados recentemente, com o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, respectivamente.

⁶⁰ CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 11. ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 336-337.

Biasoto⁶¹, a respeito dos conflitos familiares, assegura que:

O que se verifica é que comportamentos ditados pela imposição de poder e violência tornam-se formas quase que exclusivas de solucionar tais conflitos. A violência pode ser compreendida como uma maneira desadaptada na tentativa de eliminar um conflito. Embora muitas vezes eficiente do ponto de vista de eliminar um incômodo momentâneo, denota uma pobreza de recursos internos e se prova ineficiente quanto a seus resultados a médio e longo prazo, deteriorando as relações de confiança, estabilidade e segurança, bem como os laços de afeto dentro da família.

O Poder Judiciário, cuja função precípua é aplicar o direito ao caso concreto, é capaz de solucionar os conflitos de natureza familiar de forma adequada, desde que sua estrutura favoreça o diálogo. Nos dias atuais, entretanto, a burocracia, o excesso de demandas e a morosidade de seus procedimentos dificultam a solução dos conflitos familiares de forma satisfatória pelo aludido Poder.

Várias iniciativas comprovam que alguns membros do Poder Judiciário já estão instituindo medidas para introduzir o diálogo pacífico, objetivando a consecução de acordos mutuamente satisfatórios. Alguns juízes e tribunais estão inclusive utilizando técnicas de mediação para resolver os conflitos. Destaca-se a iniciativa do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que já utiliza a mediação familiar desde 2001 (Resolução N. 11/2001- TJ), bem como dos Tribunais dos estados do Rio Grande do Sul, São Paulo, além do Distrito Federal.

Nesse sentido, necessário se faz a utilização de outros métodos de composição de conflitos que tratem das questões familiares de modo eficaz, a exemplo da mediação. Note-se que a mediação adequa-se aos conflitos familiares, apresentando-se como uma técnica eficiente de resolução de controvérsia, proporcionando, em tempo adequado, um intenso tratamento dos problemas e facilitando a continuação do relacionamento entre as partes por meio do diálogo e da mútua compreensão.

Consoante o novo Código de Processo Civil, foi criado um procedimento especial para as ações de família, disciplinado nos artigos 693 a 699 e tendo como características principais a busca pela resolução consensual da controvérsia, através da conciliação e mediação obrigatória nas ações que versem sobre divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação, filiação e ação de alimentos.

Para a solução de questões familiares, o novo Código de Processo Civil prevê o auxílio de outros profissionais, estabelecendo a necessidade da co-mediação, devendo

⁶¹ BIASOTO, Lilia Godau dos Anjos Pereira. **De que vítima estamos falando? Situações de violência em relacionamentos conjugais.** In: MUSZKAT, Malvina Ester (org). *Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência.* São Paulo: Summus, 2003, p. 245. 93. GANANCIA, Dalièle. op. cit., 2001, p 12.

participar, além do mediador, um psiquiatra, psicólogo ou assistente social. Com isso, o conflito familiar possui melhores chances de ser abordado de forma eficaz, contemplando as peculiaridades que o mesmo possui.

É nas questões de família que a mediação encontra sua mais adequada aplicação. Há muito, as tensas relações familiares careciam de recursos adequados, para situações de conflito, distintos da negociação direta, da terapia e da resolução judicial. A mediação vem se destacando como uma eficiente técnica que valoriza a co-participação e a co-autoria.

Como já analisado, a mediação consiste em um método eficaz de composição de conflitos, em que um terceiro capacitado e imparcial, denominado mediador, auxilia as partes na consecução de um acordo mutuamente satisfatório, melhorando o diálogo e a comunicação entre as mesmas.

A pacificação social e a prevenção da má administração de novos conflitos são objetivos da mediação. Na verdade, por sua grande aplicação nas questões familiares, esse procedimento constitui um importante instrumento de combate à violência doméstica. Biasoto⁶² afirma que:

A mediação Familiar e conjugal vem ao encontro dessa necessidade de obter instrumentos de intervenção sobre questões relacionadas à violência, em que as partes estejam envolvidas na busca de soluções para conflitos, que não as agressões físicas. A mediação como possibilidade de desenvolvimento de um contexto flexível para o manejo de disputas tem demonstrado sua eficácia e congrega uma série de vantagens; o mediador é o terceiro elemento que possibilita a criação de um contexto favorável à negociação das diferenças e ao estabelecimento de uma comunicação funcional.

Com efeito, a mediação introduz a cultura do diálogo, ressaltando a importância da comunicação. Na mediação não existem adversários; as partes devem buscar a solução do problema de forma pacífica, construindo conjuntamente uma solução satisfatória.

É justamente nos conflitos familiares que transparecem sentimentos como: hostilidade, vingança, depressão, ansiedade, arrependimento, ódio, mágoa etc., dificultando a comunicação entre os mediandos. Quase sempre, durante uma crise, os parentes não conseguem conversar de forma ordenada e pacífica para resolver suas controvérsias. Assim, a mediação familiar incentiva a comunicação entre as partes, responsabilizando-as pela formação de uma nova relação baseada na mútua compreensão.

Esse instrumento proporciona às famílias a oportunidade de uma comunicação destinada a esclarecer mal-entendidos, evitando rupturas desnecessárias.

⁶² Ibid., p. 12.

Além disso, a mediação busca a valorização do ser humano e a igualdade entre as partes. Portanto, nos conflitos familiares, que muitas vezes são marcados pela desigualdade entre homens e mulheres, a mediação promove o equilíbrio entre os gêneros, na medida em que ambos possuem as mesmas oportunidades dentro do procedimento.

Outra vantagem oferecida pela mediação familiar é a resolução do conflito em tempo adequado. Neste procedimento, dependendo da complexidade, os problemas podem ser resolvidos em um curto lapso temporal, observando a natureza de urgência das disputas familiares.

Isto posto, é notável a eficiência da mediação nos conflitos familiares, na medida em que seu procedimento busca uma escuta diferenciada das partes, dando-lhes oportunidade de pensar na reorganização de suas relações parentais. Assim, este processo possibilita inúmeros benefícios para os que dela participam, sendo amplamente utilizada nas separações e nos divórcios.

A mediação familiar destina-se a tratar questões familiares, sendo utilizada nos mais variados problemas: desentendimentos com pais e filhos, conjugais, entre parentes etc. Este procedimento encontra ampla aplicação nas separações e nos divórcios.

Pode se definir a mediação no divórcio como um processo de cooperação para se resolver problemas, através de um mediador imparcial na assistência a um casal que se separa com a finalidade de se alcançar um acordo nos assuntos que os dividem. Tais assuntos normalmente incluem partilha de bens, partilha de obrigações, sustento para um dos parceiros, e se o casal tem filhos, a guarda, os cuidados e o sustento das crianças.

Desse modo, quando não existem filhos, as discussões envolvem as decisões relacionadas às questões patrimoniais. Primeiramente, deve-se identificar os bens que o casal possui, depois analisá-los, fazendo uma averiguação de quanto valem respectivamente e, por fim, deve-se fazer a divisão igualitária dos mesmos. Na mediação, ressalta-se a importância da solidariedade que deve existir para que ambos os ex-cônjuges possam reconstruir suas vidas.

Quando existem filhos, as discussões se intensificam, pois na medida em que, além das questões patrimoniais, as pessoas ainda precisam decidir as questões relacionadas à guarda dos menores, regulamentar o sistema de visitas, os valores da pensão alimentícia, e os ex-cônjuges ainda utilizam seus filhos como mecanismo de opressão, realizando alienação parental.

Em muitos casos, é intenso o sofrimento de um casal que decide pelo rompimento, havendo filhos ou não. Durante este processo, geralmente, a sensação de fracasso vem

acompanhada de depressão, ódio, angústia, sentimento de traição, humilhação, além das dificuldades financeiras decorrentes da repartição de rendas e despesas.

O sofrimento inicia-se com a desilusão. Insatisfeitos com a relação conjugal, os cônjuges trocam ameaças de separação e de divórcio, demonstrando sua insatisfação. Geralmente, percebe-se a existência de ressentimentos que foram acumulados ao longo da convivência, que se exprimem por sentimentos como: amor, culpa, ansiedade, medo etc.

Uma vez decididos a tornar concreta a separação, os cônjuges vivenciam uma nova realidade permeada por tensão e angústia. Em um primeiro instante, é normal que um dos cônjuges ou ambos enfrentem um momento de negação, recusando-se a aceitar a separação, afirmando que se trata apenas de uma situação passageira.

Em alguns casos, um dos cônjuges ou ambos tentam pela última vez uma reconciliação. Os parceiros iniciam jogos de sedução que envolvem promessas de mudanças cujo objetivo é a reconquista.

Quando a separação torna-se irreversível, algumas pessoas ficam depressivas, isolando-se do mundo exterior. Não querem manter qualquer contato com o ex-cônjuge, ou com a família do mesmo. Em alguns casos, a relação com os próprios filhos é sacrificada.

Até a aceitação pacífica da separação, ambos os cônjuges vivenciam essas sensações em momentos distintos, ou seja, às vezes, enquanto um ainda está enfrentando uma depressão por causa do término da relação, o outro já busca reconstruir a vida.

Em suma, a separação e o divórcio deixam marcas indeléveis nos pais e nos filhos. Todavia, essas marcas podem ser amenizadas, dependendo da forma como o rompimento for conduzido. Teruel⁶³, a respeito dos conflitos conjugais, afirma que: "... considera-se que o conflito é inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal, contribuindo tanto para a dissolução quanto para o fortalecimento do vínculo". Desse modo, uma vez tratado de forma adequada, o conflito pode contribuir para o fortalecimento dos laços familiares.

Assim, a mediação promove a responsabilização dos envolvidos em uma disputa. Não se busca identificar o culpado pelo término da relação, mesmo porque, é quase impossível imputar essa culpa a somente um dos cônjuges. Objetiva-se que ambos os mediados trabalhem a relação futura e não os problemas do passado, encontrando as melhores soluções possíveis para a situação.

⁶³ TERUEL, Guilherme. **A crise do casamento**. In: COSTA, Gley P.; KATZ, Gildo (org.). *Dinâmica das relações conjugais*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992, p. 145.

A mediação oferece ao casal separado uma oportunidade de reorganização das suas relações parentais de modo pacífico. A partir da escuta da realidade e dos anseios do outro, verifica-se a possibilidade de restauração da confiança rompida.

Nessa reorganização, o procedimento busca ressaltar a importância da coparentalidade, demonstrando a necessidade dos filhos de manter ligação com seus pais. Neste enfoque, a mediação melhora o relacionamento entre o casal rompido e, conseqüentemente, facilita a convivência dos filhos com ambos os pais.

Dessa maneira, a mediação familiar proporciona verdadeiras transformações, conscientizando os mediados de que cada qual deve buscar uma solução mutuamente satisfatória. Busca-se desenvolver a responsabilidade dos envolvidos, sensibilizando-os para a importância de sua participação cooperativa nas decisões de reorganização da família.

7. DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL

A conciliação informal pode ser considerada um procedimento pré-processual, porque antecede a instauração da ação e é ofertada em uma modalidade de procedimento externo à jurisdição, quando o próprio interessado busca a solução do conflito com o auxílio de agentes conciliadores.

Esse procedimento se constitui em um método de prevenção de litígios e funciona como opção alternativa ao ingresso na via judicial, objetivando evitar o alargamento do número de demandas nos foros e a abreviação de tempo na solução das pendências, sendo acessível a qualquer interessado em um sistema simples ao alcance de todos.

A proposta consiste em uma real e efetiva alternativa de resolução dos conflitos que busca compor a atuação dos magistrados naqueles processos em que se faz necessário o exame de questões fático-probatórias complexas.

A principal característica dessa modalidade de conciliação é a promoção de encontros entre os interessados, nos quais um conciliador buscará obter o entendimento e a solução das divergências por meio da composição não adversarial, ainda antes de deflagrada a ação judicial.

É bem-vinda nessa atividade, a participação e a integração dos profissionais e dos setores que atuam na área social (equipes multidisciplinares), possibilitando o entrosamento entre os vários serviços existentes.

Não há contradição em se afirmar que a conciliação informal ou pré-processual pode ser ofertada, indistintamente, nas sedes das Defensorias Públicas, Postos de Atendimento e Conciliação, nas Unidades Judiciais Avançadas e nos próprios Fóruns e Varas Judiciais, bem como nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, pois nada obsta que os acordos informais sejam promovidos em qualquer fase, de qualquer procedimento, até mesmo sem a participação do juiz leigo ou togado.

Vale destacar, obtido o acordo em sede de conciliação pré-processual (informal), tem lugar à lavratura do instrumento particular de composição do conflito, ou seja, do ajuste celebrado entre as partes, o qual pode se constituir, desde logo, quando for o caso, em título executivo extrajudicial (Art. 585, II - CPC), com a assinatura de testemunhas, nada obstando, onde admitido, haja encaminhamento à homologação judicial.

7.1 Conceito e características da conciliação e mediação pré-processual

A iniciativa da mediação está tomando impulso no Brasil. A criação de centros de arbitragem, em decorrência da Lei nº 9.307/96, centros judiciários de solução de conflitos e cidadania pela Resolução do Conselho Nacional de Justiça n.º 125/2010 e a aprovação do novo Código de Processo Civil, vem ocasionando um impulso a conciliação e a mediação, florescendo em todo o país a atuação de pessoas e setores voltados a resolução não adversarial das controvérsias, implementando ainda a atuação de mediadores independentes.

Órgãos públicos e instituições particulares organizam cursos de capacitação de mediadores. As faculdades de direito incluem em seus currículos disciplinas voltadas para os chamados métodos alternativos (*rectius*, complementares) de solução de controvérsias. E, entre esses métodos (de heterocomposição- pela arbitragem- e de autocomposição- principalmente pela conciliação e mediação), a solução consensuada pelas partes ocupa lugar de destaque.

São analisados os fundamentos da justiça conciliativa: o fundamento social, qual seja, a verdadeira pacificação social, que não se consegue por intermédio do processo jurisdicional, que se limita a solucionar a parcela do conflito levado aos outros, sem se preocupar com o conflito sociológico que está em sua base; o fundamento político, pela participação dos cidadãos que solucionam diretamente suas próprias controvérsias, contando com a colaboração de outro cidadão (o conciliador e o mediador) no papel de facilitador dessa mesma solução; e o fundamento funcional, objetivando diminuir a crise da justiça, pela instituição de instrumentos (ditos alternativos) capazes de desafogá-la.

Pode-se afirmar que, embora lentamente, a cultura do consenso começa a avançar, em contraposição à cultura do conflito. E a justiça conciliativa passa a ser vista como elemento integrante da própria política judiciária.

Avulta, nesse último enfoque, a importância da análise da mediação em suas relações com o Poder Judiciário. E uma das questões mais interessantes que se apresentam à ribalta é exatamente a concernente à ligação entre mediação e processo: ou seja, de uma mediação voltada para o processo, destinada a eliminá-lo ou encurtá-lo, colocada a serviço do processo: o que chamamos de mediação paraprocessual (para= ao lado de, elemento acessório ou subsidiário) ou pré-processual.

A solução adotada pelo sistema brasileiro, de canalizar tudo para a decisão adjudicada, com pouca utilização, pelo próprio judiciário, de meios alternativos à sentença, tem gerado a cultura da sentença e a sobrecarga excessiva de serviços, com volume absurdo de recursos e de execução de sentença, o que tem determinado a morosidade, pouca efetividade e inadequação da tutela jurisdicional.

A falta de percepção de que os chamados “meios alternativos de solução de conflitos” constituem fundamentalmente um conjunto de instrumentos à disposição do próprio judiciário, para a correta organização do “acesso à justiça”, como ocorre em vários países do chamado Primeiro Mundo, como nos Estados Unidos da América, no Japão e em outros, tem gerado entre os nossos operadores do direito o preconceito e até mesmo a reticência à mediação, à conciliação e à arbitragem.

Oferece a mediação pré-processual, ao mesmo tempo, alguns aspectos da mediação e outros a conciliação.

Embora próximas, por tenderem ambas à autocomposição (e apartando-se, assim, da arbitragem, que é um meio de heterocomposição de controvérsias, em que o juiz privado substitui o juiz togado), conciliação e mediação distinguem-se porque, na primeira, o conciliador, após ouvir os contendores, sugere a solução consensual do litígio, enquanto na segunda, o mediador trabalha mais o conflito, fazendo com que os interessados descubram as suas causas, removam-nas e cheguem assim, por si sós, à solução da controvérsia.

Parece, entretanto, que a mediação pré-processual apresenta duas facetas: sendo seus objetivos resolver o conflito e conseguir o acordo, a mediação clássica, que não se volta precipuamente ao processo, dá ênfase à solução do conflito, sendo o acordo apenas seu apêndice natural, podendo vir, ou não; enquanto a mediação voltada para o processo dá ênfase sobretudo à obtenção do acordo, porque tem o escopo precípuo de evitar ou encurtar o processo, sendo a pacificação dos contendores a consequência de um acordo alcançado pelo consenso dos interessados. Observe-se, ainda, que na mediação paraprocessual, acima descrita, o mediador não deve permanecer exclusivamente no campo do esclarecimento das causas do conflito, evitando a formulação de uma proposta de acordo. Ao contrário, é conveniente que o mediador sugira aos contendores a solução, dando-lhe roupagem jurídica. Assim sendo, pode-se afirmar que, na mediação voltada para o processo, o mediador deverá ser ao mesmo tempo um conciliador.

Foi recentemente aprovada a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 que junto com o novo Código de Processo Civil pretendem institucionalizar a cultura da conciliação e a mediação extrajudicial e judicial voltada ao processo civil, de modo a potencializar a possibilidade de resolução de controvérsias, independente da intervenção do juiz estatal. O intuito é evitar ou encurtar o processo, abrindo espaço para a regularização dos serviços judiciários, com substancial diminuição do tempo de espera gerado pela sobrecarga de trabalho dos magistrados, estimulando, ao mesmo tempo, a participação popular na administração da justiça e levando à efetiva pacificação dos litigantes.

Os novos diplomas legais investem em duas modalidades de mediação: a primeira denominada mediação prévia (sempre facultativa), permite ao litigante, antes mesmo de ajuizar a demanda, procurar o auxílio de um conciliador ou mediador para resolver o conflito de interesses; a segunda, incidental (e cuja tentativa é obrigatória nas ações de família) terá lugar sempre que for distribuída demanda (excepcionadas as causas arroladas pela própria lei, que tem por objeto direitos tipicamente indisponíveis) sem prévia tentativa de mediação, de sorte que, obtido o acordo, se extinguirá o processo sem a necessidade de intervenção do juiz estatal.

Diga-se de passagem, a mediação incidental obrigatória não fere o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que dispõe a respeito da inafastabilidade do acesso aos tribunais, porque, diversamente do que ocorre com outros diplomas legislativos, ela ocorrerá após o ajuizamento da demanda.

Ainda com relação à mediação incidental obrigatória, vale outra observação: a facultatividade tem sido sublinhada como um dos princípios fundamentais da mediação. No entanto, também tem sido apontada a necessidade de se operar uma mudança de mentalidade, para que a via consensual seja mais cultivada do que a litigiosa, o que é um dado essencial para o êxito das vias conciliativas, que compreendem a mediação. Assentado que os chamados meios alternativos de solução das controvérsias, mais do que uma alternativa ao processo, configuram instrumentos complementares, mais idôneos do que o processo para a pacificação, é preciso estimular a sedimentação de uma cultura que permita seu vicejar.

Com efeito, ainda com intuito de incentivar-se uma mudança de mentalidade dos operadores do direito, que desde a faculdade é moldada no sentido de buscar-se, via de regra, a solução do conflito por meio de decisões judiciais, já se encontra em evidência há muito tempo o Projeto de Gerenciamento de Casos do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual, conforme Provimento CSM nº 953/2005, dividiu o setor de conciliação/mediação em duas fases distintas: a pré-processual e a processual (art. 4º), cujo procedimento será detalhado no Anexo deste trabalho.

Neste contexto a mediação e a conciliação pré-processual ganham extrema relevância pelos inúmeros benefícios gerados a todos os envolvidos no dia-a-dia forense.

7.2. Do tribunal multiportas

Garantir o pleno acesso à justiça é oportunizar muito mais que o direito individual de acesso ao Poder Judiciário. Ainda que esse seja acessível, célere, eficiente, a utilização do

Poder Judiciário pela via do processo é apenas uma das múltiplas faces do acesso à justiça e a ele não se resume.

Ele pressupõe, entre outras coisas, a garantia dos direitos dentro e fora dos tribunais; a assistência por uma defensoria pública técnica, bem estruturada, atuante e forte; o respeito à condição hipossuficiente quando essa existir; a justiça gratuita; a educação em direitos; a consultoria jurídica como forma de prevenção aos conflitos; as tutelas coletivas (direitos coletivos e difusos) e os meios alternativos de solução de conflitos.

Concorda-se com Cappelletti e Garth⁶⁴, quando eles afirmam que, ainda que tenha vários aspectos e que seja de difícil definição, o acesso à justiça serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: “[...] o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos.”

Para esses mesmos autores⁶⁵ o acesso à justiça depende cada vez mais de métodos alternativos ao sistema judicial, reconhecidamente como moroso e falido. Nesse contexto, esses meios são instrumentos de enorme importância para o fortalecimento e para a melhoria da distribuição de justiça e se pretendem a complementar o papel das instituições judiciárias, a fim de proporcionar uma melhoria na solução e na administração de conflitos.

A vasta publicação desses autores ainda na década de setenta, propondo soluções criativas, procedimentos mais simples, julgadores menos informais e, explicitamente, a utilização dos meios alternativos para solucionar conflitos dentro e/ou fora dos tribunais, pode ser resumida no trecho abaixo: “Os reformadores estão utilizando, cada vez mais, o juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos para a solução dos litígios fora dos tribunais. Essas técnicas, é preciso que se diga, podem ser obrigatórias para algumas ou todas as demandas, ou podem tornar-se disponíveis como opção para as partes.”⁶⁶

Percebe-se, portanto, uma ideia de compatibilização do meio de solução ao tipo de conflito, inclusive dentro do Poder Judiciário, na obra de Cappelletti e Garth. Entretanto, a autoria dessa ideia é atribuída a Frank Sander, professor emérito da Faculdade de Direito de Harvard.

⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.3.

⁶⁵ Ibid. p. 30-44.

⁶⁶ Ibid. p. 30-44.

Crespo⁶⁷, ao entrevistar Sander no ano de 2008, consegue captar o exato momento do surgimento da ideia de uma nova forma de organização judiciária, que levaria em consideração as vantagens e as desvantagens de cada um dos processos de solução de conflitos, destacando que [...] Sander apresentou primeiramente o conceito de Tribunal Multiportas, em 1976, na Pound Conference, a convite do presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, Warren Burger histórico da ideia de criação do conceito de tribunal multiportas e o seu desenvolvimento nos Estados Unidos da América, sobretudo, no que toca à evolução dos estudos realizados em âmbito acadêmico. [...]

No final dos anos 1970, voltou-se para a área de métodos alternativos. Em 1976, lançou o documento de sua autoria denominado *Varieties of Dispute Processing* (Variedades do processamento de conflitos), na Pound Conference.

Nele o professor Sander lançou o conceito do tribunal multiportas - modelo multifacetado de resolução de conflitos em uso atualmente em vários setores dos Estados Unidos e outros países.

Assim, o Poder Judiciário seria um centro de resoluções de disputas, com processos distintos agregados, sendo, por isso, denominado como *Multidoor Courthouse* (Fórum de Múltiplas Portas). Por essa proposta devem ser consideradas as características específicas de cada conflito para escolher-se o método de solução adequado.

O tribunal multiportas seria, então, “uma instituição inovadora que direciona os processos que chegam a um tribunal para os mais adequados métodos de resolução de conflitos, economizando tempo e dinheiro tanto para os tribunais quanto para os participantes ou litigantes.”⁶⁸.

Ao invés de existir apenas uma “porta” – o processo judicial – como forma de acesso à justiça, haveria um sistema com um “centro de justiça”, organizado pelo Estado, no qual as partes podem ser direcionadas à técnica mais adequada a cada disputa. Essa mesma proposta de adequação do tipo de conflito ao método de solução, com destaque para a efetivação do acesso à justiça e a reorganização dos tribunais, é apresentada por Cappelletti e Garth no trecho abaixo: (...) esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes

⁶⁷ CRESPO, Mariana Hernandez. **Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas**. In: ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania. *Tribunais Multiportas*. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p 24-37. Disponível em: <<http://vlex.com/source/tribunal-multiportas-6834>>. Acesso em: 3 junho 2015.

⁶⁸ ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania. **Tribunais Multiportas**. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p 26.

quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.

Ademais, esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio. Existem muitas características que podem distinguir um litígio do outro. Conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes.

A notória percepção de que o Estado tem falhado na sua missão pacificadora decorre, principalmente, da observação da crescente litigiosidade no mundo pós-moderno; da morosidade, das taxas de congestionamento, do alto custo do Poder Judiciário; do índice de repetição dos litigantes habituais; da busca pela efetividade pelos direitos e, ainda, pelo reconhecimento de que, no direito comparado, muitas fórmulas alternativas de solução de conflitos vêm sendo aplicadas há décadas com ampla vantagem sobre as fórmulas exclusivamente positivadas e típicas da decisão adjudicada do Poder Judiciário.

Diante de tais fatos, é que se mostra necessária a implementação de mecanismos diversos, alternativos, complementares, sejam eles extraprocessuais, pré-processuais e/ou processuais que favoreçam a efetivação dos direitos fundamentais, por meio das mais variadas formas de manifestação que o direito-garantia do acesso à justiça pode assumir.

Um desses mecanismos é a mediação. Essa forma consensual de solução de conflitos, em que um terceiro, escolhido ou aceito pelas partes, sempre imparcial, atua no sentido de facilitar o diálogo entre pessoas em situação de conflito, é mecanismo compatível para a resolução de conflitos decorrentes de relações interpessoais duradouras, continuadas. Parte-se do pressuposto que, por meio do diálogo facilitado e do empoderamento das partes, haverá uma administração positiva do conflito, de modo que as próprias partes chegarão a uma decisão criativa, ideal, originária do consenso das partes envolvidas.

Nesse momento é feita clara opção por inserir os meios alternativos de resolução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário, não somente como medidas alternativas, disponíveis para a população somente fora do Poder Judiciário. A partir de então os meios complementares, são institucionalizados no âmbito do judiciário, com vistas à ampliação do acesso à justiça.

Esse posicionamento do CNJ, formalizado por meio da Resolução n. 125 de 2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de

interesses no âmbito do Poder Judiciário e sua respectiva Emenda n. 1, de 31 de janeiro de 2013, insere a mediação (objeto do presente trabalho) e a conciliação na fase pré-processual.

Importante destacar que o CNJ considera tanto na Resolução 125/10 como na respectiva Emenda que “a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, [...] que o direito de acesso à Justiça, [...] além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”, demonstrando, pelo menos formalmente, notória preocupação com a efetividade do direito-garantia que é o acesso à justiça.

Conscientes da importância da capacitação e aperfeiçoamento profissional na adequada efetivação do direito ao acesso à justiça, constata-se no teor da mencionada resolução a imposição de formação dos mediadores e/ou conciliadores, através de capacitação profissional com conteúdo programático mínimo, que farão a triagem dos processos encaminhados para o método adequado de solução de conflitos.

No âmbito da qualificação em mediação destaca-se o Manual de Mediação Judicial, elaborado pela Secretaria de Reforma do Judiciário (que desde 2003 investe em projetos-piloto de mediação, conciliação e justiça restaurativa) e o Conselho Nacional de Justiça, feito para atender, especificamente, às necessidades dos mediadores que atuam no âmbito do Poder Judiciário no âmbito das mediações cíveis.

Grinover⁶⁹, também abordando o tema mediação no Poder Judiciário, destaca seus benefícios como forma de solução de conflitos, ressaltando que essa postura do estímulo à cultura do consenso deve ser vista como elemento integrante da própria política judiciária e inerente à atividade jurisdicional, conforme se verifica abaixo:

Avulta, nesse último enfoque, a importância da análise da mediação em suas relações com o Poder Judiciário. E uma das questões mais interessantes que se apresentam à ribalta é exatamente a concernente à ligação entre mediação e processo: ou seja, de uma mediação voltada para o processo, destinada a eliminá-lo ou encurtá-lo, colocada a serviço do processo: o que chamamos de mediação paraprocessual (para = ao lado de, elemento acessório ou subsidiário).

Reafirmando o posicionamento acima, de acessoriedade da mediação em relação ao processo, a autora aduz a necessária relação que deve existir entre processo e mediação na seguinte passagem: Esse aspecto tem sido salientado nos documentos apresentados neste livro. Cito: A solução adotada pelo sistema brasileiro, de canalizar tudo para a decisão

⁶⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 96

adjudicada, com pouca utilização, pelo próprio Judiciário, de meios alternativos à sentença, tem gerado a cultura da sentença e a sobrecarga excessiva de serviços, com volume absurdo de recursos e de execução de sentença, o que tem determinado a morosidade, pouca efetividade e inadequação da tutela jurisdicional.

A falta de percepção de que os chamados “meios alternativos de solução de conflitos” constituem fundamentalmente um conjunto de instrumentos à disposição do próprio Judiciário, para a correta organização do “acesso à justiça”, como ocorre em vários países do chamado Primeiro Mundo, como nos Estados Unidos da América, no Japão e em outros, tem gerado entre os nossos operadores do direito o preconceito e até mesmo a reticência à mediação, à conciliação e à arbitragem.⁷⁰

Ressalte-se, ainda, outro ponto relevante no tocante à utilização da mediação no âmbito do Poder Judiciário. A mediação tem conceito, aplicação, finalidades e métodos próprios quando utilizada fora do judiciário. Entretanto, ao ser levada para o âmbito judicial, a mediação acaba sendo confundida com a conciliação, tornando-se meio de obtenção de acordo, e fundamentalmente, redução da taxa de congestionamento. Nesse sentido é o pensamento de Grinover, abaixo destacado: Parece, entretanto, que a mediação paraprocessual apresenta duas facetas: sendo seus objetivos resolver o conflito e conseguir o acordo, a mediação clássica, que não se volta precipuamente ao processo, dá ênfase à solução do conflito, sendo o acordo apenas o seu apêndice natural, podendo vir, ou não; enquanto a mediação voltada para o processo dá ênfase sobretudo à obtenção do acordo, porque tem o escopo precípua de evitar ou encurtar o processo, sendo a pacificação dos contendores a consequência de um acordo alcançado pelo consenso dos interessados. Observe-se, ainda, que na mediação paraprocessual, acima descrita, o mediador não deve permanecer exclusivamente no campo do esclarecimento das causas do conflito, evitando a formulação de uma proposta de acordo. Ao contrário, é conveniente que o mediador sugira aos contendores a solução, dando-lhe roupagem jurídica. Assim sendo, pode-se afirmar que, na mediação voltada para o processo, o mediador deverá ser ao mesmo tempo um conciliador.

Interessante ressaltar o posicionamento de Crespo⁷¹, parcialmente compatível com o da autora anteriormente mencionada. A autora afirma que o sistema de múltiplas portas possibilita não só uma maior participação da população em conflito, mas também permite melhor tratamento a cada uma das espécies de conflito, sendo importante instrumento de acesso à justiça nos tribunais, na medida em que [...] o tribunal multiportas poderia

⁷⁰ Ibid. p. 97.

⁷¹ Ibid. p. 38.

proporcionar aos cidadãos a oportunidade de exercer a participação, escolhendo o processo de resolução de conflitos, experimentando uma forma diferente de resolução de conflitos, e dispondo de novas opções — além das salas de audiências e das medidas de coerção dos tribunais como principais mecanismos para a resolução dos conflitos.

Ressalte-se que a Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, ao inserir os meios alternativos em todos os tribunais integrantes do Poder Judiciário brasileiro, aproxima sua organização ao que já fora proposto por Frank Sander, como alternativa para o judiciário americano, em 1976, na Pound Conference. Na oportunidade o mencionado autor divulgou a criação do “centro abrangente de justiça”, posteriormente renomeado pela ABA (American Bar Association - Ordem dos Advogados dos Estados Unidos) como tribunal multiportas.

Ressalte-se que a proposta, reconhecidamente simples pelo próprio criador, é de difícil execução, inclusive em países como os Estados Unidos, que trabalham com essa ideia há mais de trinta anos. Sander reconhece que decidir que casos devem ir para qual porta não é uma tarefa simples, ressaltando que a ideia inicial é examinar as diferentes formas de resolução de conflitos: mediação, arbitragem, negociação e *med-arb* (combinação de mediação e arbitragem). Procurei observar cada um dos diferentes processos, para ver se poderíamos encontrar algum tipo de taxonomia para aplicar aos conflitos, e que portas seriam adequadas a quais conflitos.⁷²

Ao contrário de Grinover, Sander salienta que não há relação inerente entre os meios alternativos de solução de conflitos e os tribunais, entretanto destaca que como os tribunais são locais onde mais facilmente localizamos conflitos e onde há mais investimento, é natural que seja lá o ambiente mais propício à utilização dos meios alternativos.

A mediação em sua feição original, fora do Poder Judiciário, é meio alternativo de resolução dos conflitos que também se mostra voltado para a efetivação do acesso à justiça, pois proporciona ao cidadão a satisfação de seu interesse resistido por meio da cooperação e do diálogo, aproximando os interessados e conscientizando-os de forma eficiente a buscarem, por si mesmos, as opções para solução de seus conflitos. Também pode ser utilizada como forma preventiva da má administração dos conflitos, estimulando as partes a uma comunicação pacífica e à criação de uma cultura da paz.

Entretanto, a mediação institucionalizada no âmbito do Poder Judiciário precisa ser acompanhada de perto, pois conforme salientado anteriormente, esse processo de escolha da “porta” mais adequada para cada tipo de conflito, assim como o devido tratamento, é um

⁷² Ibid. p. 7.

processo lento e gradual de aprimoramento que em outros países já demanda cerca de quatro décadas.

Quando se observa a mediação unicamente como instrumento processual garantidor do encurtamento dos processos e da redução das taxas de congestionamento, sem profissionais capacitados e sem a devida diferenciação teórica necessária entre conciliação e mediação, cria-se uma (sub) espécie de mediação, assemelhada a conciliação, engendrada unicamente para servir de panaceia do Poder Judiciário, o que poderá, fatalmente, ocasionar descrédito ao instituto.

Se por um lado “o tribunal multiportas pode proporcionar uma experiência participativa e inclusiva alterando os paradigmas de exclusão e de possíveis anomalias ainda existentes na sociedade latino-americana”⁷³, especialmente no tocante ao acesso à justiça, por outro, a utilização desmedida, desqualificada e desvirtuada dos meios alternativos, especialmente da mediação, pode, simplesmente, desqualificar um método de solução de conflitos tão importante como a mediação.

Neste ponto registra-se as palavras de Andrichi e de Foley⁷⁴ sobre o sistema multiportas a partir da mediação na solução de conflitos:

“É o diálogo e a conduta assertiva, ensinados desde os primeiros passos e em todos os cantos, que têm o condão de conduzir a humanidade ao equilíbrio da vida harmoniosa. A contenciosidade cede lugar à sintonia de objetivos e os rumos da beligerância podem ser abandonados para dar lugar à Justiça doce, que respeita a diversidade em detrimento da adversidade. Descortina-se, assim, uma nova estrada que todos podem construir, na busca do abrandamento dos conflitos existenciais e sociais, com a utilização do verdadeiro instrumento e agente de transformação – o diálogo conduzido pelo mediador no lugar da sentença que corta a carne viva.”

Assim o acesso a justiça deve ser implementado no Brasil por diversas portas e o Poder Judiciário deve ser o guia condutor da porta de entrada de forma a garantir a satisfação da sociedade e seus direitos humanos fundamentais.

7.3 Do papel dos advogados, defensoria pública e ministério público na conciliação e mediação pré-processual

O advogado, como é sabido, é indispensável à promoção da justiça.

⁷³ ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tânia; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal multiportas**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p.38.

⁷⁴ Ibid. p. 33.

De acordo com o Código de Ética dos Advogados, é seu dever “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios (art. 2º VI). Entretanto, por muitas vezes, verifica-se que alguns advogados, embora objetivando a defesa dos interesses de seu constituinte, o invés de auxiliar na busca da efetivação da conciliação, criam problemas impertinentes, dificultando a solução da demanda de forma amigável.

Esquece este profissional, porém que, nesse movimento pela pacificação social, sua atuação é de primordial importância, devendo acalmar o ânimo beligerante de seu cliente, porquanto está a se buscar a harmonia não só das partes envolvidas num caso concreto, mas de toda a sociedade.

Não se pode olvidar, todavia, que a resistência dos advogados na resolução dos conflitos mediante a conciliação é também uma questão cultural, porque já nos bancos dos cursos de direito, os alunos são orientados à cultura do litígio, da adversidade, e depois de formados, os profissionais envidam esforços para que seus clientes saiam vencedores da contenda, ainda que o processo tramite por longos anos.

É necessário, portanto, uma mudança de mentalidade, de comportamento, pois o advogado deve estar atento à preservação dos interesses de seu cliente. E, se a conciliação for o caminho, ele deve ser receptivo a este instrumento e auxiliar no processo conciliatório, conduta esta que, frise-se, se coaduna com os princípios éticos que regem sua profissão e acima de tudo, com o ideal de justiça.

Nos feitos de família, sua colaboração é de suma importância, podendo ele ser grande aliado na busca pela pacificação social, cabendo a ele esclarecer a parte que está a defendendo que é sempre útil às partes ao menos estudar, atentamente, a possibilidade do acordo, a proposta da parte adversa e, na falta destas, do magistrado.

Incumbe ao advogado, ainda, orientar seu cliente sobre as vantagens da conciliação e, se for o caso, esclarecer que a conciliação é um caminho seguro e se mostra mais adequado naquele caso específico, podendo, inclusive, sugerir e apresentar propostas. De igual forma, deve abster-se de guiar a parte a realizar um acordo, caso verifique que seu cliente está em desvantagem ou está sendo lesado de alguma forma.

O advogado deve sempre buscar antes de propor a ação judicial o contato com a parte adversa, com a finalidade de realizar uma conciliação ou mediação pré-processual, inclusive podendo delegar tal função para mediadores independentes.

A defensoria pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático,

fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, conforme prevê o artigo 134 da Constituição Federal.

A estruturação das defensorias públicas ainda está se construindo no Brasil e em alguns estados brasileiros está bastante avançada ou já concluída como no Estado do Tocantins, onde a defensoria pública é exemplo para os demais estados da federação.

Como prevê a constituição federal a defesa dos necessitados deve ser feita também extrajudicialmente, daí a importância de que as defensorias públicas possuam núcleos de conciliação e mediação pré-processual para se buscar resolver o conflito no âmbito da própria instituição sem a necessidade de processo judicial.

No Estado do Tocantins a defensoria pública possui núcleo de conciliação e mediação que deve ter como meta a realização de conciliações e mediações pré-processuais em todos os atendimentos de família e demandas cíveis onde as partes envolvidas residam no mesmo município, o que contribuiria para uma efetiva prestação jurisdicional.

De acordo com a Constituição Federal o ministério público é também essencial à função jurisdicional do Estado. Prevê o art. 127 da Constituição federal, que o ministério público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais individuais indisponíveis.

Incontestavelmente, o ministério público em sua nobre missão, assim como a do advogado, também pode e deve auxiliar no processo conciliatório porque está ali também a cuidar da preservação do interesse das partes envolvidas e garantir a fiel aplicação da lei. Em se tratando de direito de família, sua presença é essencial e marcante, tanto pela natureza da causa, quanto pela qualidade da parte.

Como fiscal da lei ele atua nas demandas em que há interesse de incapaz (Código de Processo Civil, art. 82, I) e nas relativas ao estado da pessoa, poder familiar, casamento, tutela, curatela, interdição e casamento (Código de Processo Civil, art. 82, II), atua também o Ministério Público como autor nas ações civis públicas e ações de improbidade administrativa.

Quando autor das ações civis públicas no âmbito do inquérito civil pode o ministério público firmar termo de ajustamento de conduta, que se constitui em uma forma de conciliação ou mediação pré-processual que resolve o conflito existente sem a necessidade de propositura do processo judicial.

Na sua atuação como fiscal da lei, pode o ministério público colaborar com o Poder Judiciário realizando audiências de conciliação e mediação, seja pré-processual ou após a propositura do processo judicial, permitindo que o litígio seja decidido em menor tempo.

Deve o ministério público no cumprimento de seu encargo, conjugar esforços com as partes envolvidas e com os demais operadores do direito (juízes, advogados, defensores públicos) a fim de celebrar a conciliação, com vistas a promover a justiça e a pacificação social, e quando autor, se a natureza do interesse protegido permitir, buscar firmar termos de ajustamento de condutas com a parte adversa, resolvendo assim o conflito.

8. PROPOSTA DE RESOLUÇÃO DE IMPLANTAÇÃO DE MEDIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL PRESENCIAL E ELETRÔNICA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS

O Poder Judiciário no Estado do Tocantins possui quarenta e duas comarcas, sendo estas classificadas em três entrâncias, segundo o movimento processual e o número de habitantes. As comarcas menores são intituladas de 1º entrância, em número de 12, as intermediárias de 2º entrância são 16 e as comarcas maiores e com maior número de processos recebem a denominação de terceira entrância e são 14.

No Estado do Tocantins em setembro de 2015 apenas cinco comarcas de 3º entrância possuíam em atividade os centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, são elas, Palmas, Araguaína, Porto Nacional, Gurupi e Colinas do Tocantins, necessitando estes espaços de conciliação e mediação de uma estruturação.⁷⁵

Além da estruturação dos poucos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania já existentes no Estado do Tocantins, para efetivação da conciliação e mediação judicial e pré-processual, é necessária a implantação de centros de solução de conflitos nas outras 37 comarcas do Estado, com a presença de conciliadores e mediadores treinados para bem atender a população que necessita dos serviços oferecidos pelo poder judiciário.

Os centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, devem assumir a responsabilidade pelo atendimento da população, que necessita dos serviços judiciários, sendo a segunda porta de entrada do Poder Judiciário, a porta do atendimento humanizado, célere, confiável e sem custo, o local onde será buscado inicialmente a solução não adjudicada do conflito, através da conciliação ou mediação pré-processual.

Não conseguindo a solução do conflito através da conciliação ou mediação pré-processual, o centro judiciário de solução de conflitos e cidadania orientará as pessoas sobre o funcionamento do sistema de justiça para a solução dos problemas, esclarecendo sobre a necessidade de se buscar um advogado ou a defensoria pública para propor o processo, o custo do processo judicial, a necessidade de produção de provas e que ao final a solução virá através de uma decisão do juiz de direito, sujeita a recursos que serão apreciados pelo tribunal, e que esta nova fase apresenta um lapso temporal até ser solucionada a questão em discussão, e ainda da existência da fase de cumprimento da decisão judicial.

⁷⁵ <http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/3677-cejusc-s-instalados-no-tocantins-serao-estruturados>. acesso em 7.9. 2015

Este esclarecimento sobre as particularidades do processo judicial, que se iniciará se não ocorrer a conciliação ou mediação pré-processual ou judicial, até a decisão final do processo e ainda a fase de cumprimento de sentença, permite a população que necessite do poder judiciário uma melhor compreensão sobre o serviço oferecido, diminuindo as frustrações futuras com o processo judicial.

O Estado do Tocantins atualmente possui todos os seus processos tramitando eletronicamente, através do sistema de processo eletrônico E-PROC, com acesso 24h ao jurisdicionado, advogados, defensores públicos, promotores de justiça, servidores e magistrados, estando em razão desse fato na vanguarda do poder judiciário nacional.

O processo eletrônico reduz o custo dos sujeitos processuais com a diminuição dos deslocamentos até os fóruns, contribui para a preservação ambiental com a redução do uso de papel, propicia uma transparência total dos atos processuais de forma constante e instantânea, e pode ainda contribuir com a mediação pré-processual eletrônica.

Desta forma, a conciliação ou mediação pré-processual pode ser realizada tanto presencialmente nos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania à medida que vão sendo instalados em todas as comarcas do estado, bem como eletronicamente, através do sistema de processo eletrônico E-PROC, por meio do fórum de conciliação, onde as partes podem através de mensagens eletrônicas oferecerem propostas conciliatórias para por fim ao processo, antes do início do tramitar do processo.

No estado de São Paulo onde a conciliação e mediação pré-processual é oferecida pelo Tribunal de Justiça há alguns anos como uma das formas de pacificação social, segundo estatística divulgada pelo próprio Tribunal, esta tem demonstrado bons resultados na área cível e família, sendo que no ano de 2012 foram recebidas 43.834 reclamações que produziram 20.203 audiências conciliatórias com índice de acordo 70% num total de 14.181 acordos, no ano seguinte, 2013, foram recebidas 121.513 reclamações que produziram 59.312 audiências conciliatórias, com índice de acordo 74% num total de 43.832 acordos⁷⁶.

No estado do Tocantins ainda não há disponibilidade do serviço de conciliação e mediação pré-processual nos poucos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania atualmente existentes, e está em fase de estudo e implantação da ferramenta que permitirá o fórum de conciliação no sistema de processo eletrônico, sendo importante a presente proposta de edição pelo Tribunal Pleno de resolução, que discipline a conciliação e mediação pré-processual como mecanismo de efetivação da justiça no plano da prestação jurisdicional:

⁷⁶ <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/NupemecDoTJSP.pdf>, acesso em 7 de setembro de 2015.

RESOLUÇÃO Nº ____, DE _____.

Regulamenta a conciliação presencial e virtual no processo eletrônico no âmbito da Justiça do Estado do Tocantins.

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS, no uso de suas atribuições legais e regimentais, e considerando a necessidade de:

a) regulamentar a conciliação e mediação presencial e através do fórum de conciliação no processo eletrônico, à luz das disposições da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006;

b) incentivar a prática conciliatória e mediatória;

c) consolidar procedimentos do processo eletrônico no âmbito da Justiça do Estado do Tocantins Justiça;

d) consolidar procedimentos de conciliação e mediação nos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania já instalados no âmbito da Justiça do Estado do Tocantins Justiça;

RESOLVE:

Art. 1º Fica instituída a possibilidade de conciliação em processos eletrônicos, por meio da funcionalidade denominada Fórum de Conciliação, aplicável às seguintes classes processuais:

I - Ações de família;

II - Ações cíveis que disponham sobre interesses disponíveis;

III- Execuções de títulos extrajudiciais e cumprimentos de sentença;

IV - Procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis.

Art. 2º O Fórum de Conciliação funcionará no processo eletrônico conforme regulamento em anexo e a conciliação e mediação presencial se dará nos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania.

Parágrafo único. Compete a Diretoria de Tecnologia de Informação e ao Núcleo Permanente de Conciliação e Mediação-NUPEMEC, proceder às atualizações que se apresentarem necessárias no regulamento e à sua divulgação no portal do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

Art. 3º A criação do Fórum de Conciliação será feita no próprio sistema de processo eletrônico, onde serão disponibilizados o regulamento e as instruções de utilização.

Parágrafo único. O Fórum de Conciliação será criado na forma do regulamento, mediante a utilização do número e da chave do processo.

Art. 4º Criado o Fórum de Conciliação por uma das partes, terá início o prazo para abertura pela parte contrária, que ocorrerá de forma automática em 10 (dez) dias ou em momento anterior por iniciativa desta.

Art. 5º O Fórum se desenvolve sem intervenção judicial, constituindo ambiente privativo de troca de mensagens entre as partes.

Parágrafo único. Salvo se resultar em acordo, as mensagens postadas no Fórum de Conciliação não implicarão vinculação das partes às propostas apresentadas ou confissão de dívida.

Art. 6º O prazo de duração do Fórum de Conciliação é de 15 (quinze) dias.

§ 1º Findo o prazo previsto no caput deste artigo sem manifestação, será encerrado automaticamente por ausência de acordo, podendo ser encerrado antes por recusa de qualquer das partes.

§ 2º Havendo acordo, poderá ser gerado documento quanto ao seu conteúdo e haverá o lançamento do evento apropriado junto ao processo eletrônico.

§ 3º Encerrado o Fórum de Conciliação, nova criação dependerá de prévia habilitação pela unidade jurisdicional processante.

§ 4º As fases referentes à criação, abertura e encerramento do Fórum gerarão eventos no processo eletrônico, bem como as intimações cabíveis nos termos do Regulamento.

§ 5º O Fórum de Conciliação deverá assegurar a ciência e participação dos procuradores das partes, se representadas por advogado legalmente habilitado.

Art. 9º A falta de interesse na conciliação virtual ou seu encerramento sem acordo não exclui a possibilidade de novo Fórum de Conciliação, desde que autorizado pelo juízo processante, nem de nova tentativa de conciliação presencial ou por videoconferência.

Art. 10 Havendo interesse público, outros tipos de processos poderão ser submetidos à conciliação virtual na forma desta resolução.

Art. 11 Podem as pessoas procurarem os centros judiciários de solução de conflitos e cidadania para dá início a conciliação e mediação pré-processual antes do início do processo judicial.

§ 1º O conciliador ou mediador do centro judiciário de solução de conflitos elaborará carta convite a ser entregue a outra parte, pelo correio ou por oficial de justiça, constando o dia da audiência de conciliação e mediação;

§ 2º No dia designado buscará o conciliador ou mediador a solução consensual do conflito, redigindo o termo de acordo que será assinado pelas partes.

PUBLIQUE-SE. REGISTRE-SE. CUMPRA-SE.

ANEXO
REGULAMENTO DA CONCILIAÇÃO VIRTUAL NO PROCESSO
ELETRÔNICO

1) O Fórum de Conciliação é uma ferramenta para a composição do processo entre as próprias partes, sem a intervenção do juízo e sem a necessidade de constituir advogado.

2) É obrigação das partes proceder com lealdade e boa-fé, devendo tratar-se com urbanidade nas mensagens postadas no Fórum (arts. 14 e 15 do Código de Processo Civil).

3) O conteúdo do Fórum é privativo das partes e, salvo se resultar em acordo, não será considerado no processo, nem implicará vinculação das partes às propostas apresentadas ou confissão de dívida.

4) A contagem dos prazos previstos nos arts. 652 do CPC, 1.102-B do CPC ou art. 8º da Lei nº 6.830/80 somente terá início se não acionado o Fórum no prazo de dez dias contados da citação, ou se for encerrado sem acordo. Nas demais hipóteses o Fórum de Conciliação Virtual não ensejará suspensão de prazos processuais, salvo determinação judicial específica nesse sentido.

5) Se criado o Fórum por uma parte, terá início o prazo de 10 (dez) dias para a abertura pela parte contrária, findo o qual ocorrerá de forma automática. A mensagem por parte de quem cria o Fórum pode ser postada desde logo.

6) Se criado o Fórum, serão encaminhadas cópias das mensagens postadas pela outra parte ao endereço eletrônico indicado quando da sua criação.

7) As mensagens replicadas por e-mail têm mero conteúdo informativo e deverão ser respondidas exclusivamente no ambiente do Fórum, onde se desdobra a conciliação.

8) Se houver advogado constituído, este será intimado da criação do Fórum e terá total acesso, mediante consulta ao sistema, estando igualmente habilitado a manifestar-se.

9) O prazo de duração do Fórum, após sua abertura, é de 15 (quinze) dias, podendo ser encerrado antes por recusa ou acordo (neste caso será gerado um evento no processo). Após este prazo, será encerrado automaticamente por decurso de prazo.

10) No Fórum poderão ser postadas tantas mensagens quantas entendidas necessárias pelas partes. Mensagens postadas não podem ser editadas ou excluídas.

11) Encerrado o Fórum, nova criação dependerá de prévia habilitação pela unidade jurisdicional processante.

12) Fóruns encerrados permanecem disponíveis para consulta pelo prazo de 30 (trinta) dias contados do seu encerramento, findo o qual serão arquivados. Acesso

subsequente a um Fórum encerrado somente ocorrerá excepcionalmente por ordem judicial endereçada à Diretoria de Tecnologia da Informação do TRF da 4ª Região.

13) Havendo acordo entre as partes, o resultado será enviado ao juízo para deliberação sobre o prosseguimento cabível. Se a parte que criou o Fórum estiver representada por advogado, este será intimado do conteúdo do Acordo no processo eletrônico previamente à análise judicial.

14) A falta de interesse na conciliação virtual ou seu encerramento sem acordo não impede nova habilitação, outras formas de composição extrajudicial ou judicial, ou a conciliação presencial e por videoconferência.

15) Havendo interesse na conciliação e concordância com o conteúdo deste Regulamento, deverá ser informado o número do processo e a sua chave no menu “Fórum de Conciliação” para criar o Fórum. No momento da criação do Fórum, será gerada uma chave de acesso exclusiva da parte. A chave de acesso ao Fórum deverá ser utilizada para os acessos subsequentes.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de acesso à Justiça é considerado um direito social básico, garantido pelo artigo 5º, inciso XXXV, da nossa Constituição Federal.

Todavia, para a maioria da sociedade brasileira, o acesso à justiça é inexistente ou difícil, o Poder Judiciário não é competente ou tem pouca competência para solucionar conflitos, além de ter custo elevado e ser lento, o que se afigura suficiente ao diagnóstico de uma crise do acesso à justiça no Brasil.

A existência de óbices de natureza econômica, social e cultural, e a pequena capacidade do Poder Público e da sociedade em minimizá-los, perpetua as naturezas seletiva e elitista do acesso à justiça no Brasil.

Somente uma revolução na conceituação e no tratamento do acesso à justiça possibilitarão a superação dos obstáculos ao seu alcance, transformando-se em realidade a promessa de justiça para todos.

A construção de um novo conceito de acesso à justiça principia por privilegiar a dimensão prestacional deste direito fundamental, reclamando a construção e a execução de uma política pública nacional de acesso à justiça que priorize e valorize os meios alternativos de resolução de conflitos.

A criação de um sistema descentralizado, acessível, informal e desburocratizado de resolução de conflitos, com recurso a meios alternativos e complementares à jurisdição, focado na mediação, conciliação e arbitragem, seja por meio de serviços ofertados exclusivamente pelo Estado, seja com recurso a ações de iniciativa da sociedade civil. Deve orientar uma nova concepção de acesso à justiça que inclua, ainda, a oferta de informação à população sobre o conteúdo e a extensão de seus direitos e deveres.

A cultura da utilização do Poder Judiciário como instrumento de retaguarda para a resolução de conflitos também há de ser desenvolvida, o que reclama a desjudicialização de procedimentos, o desestímulo aos litigantes habituais no acesso direto à jurisdição, e a adoção de um sistema de resolução de conflitos que privilegie a utilização da conciliação, da mediação e da arbitragem, com a indução ou mesmo a imposição de sua utilização em alguns casos, medidas que não afrontam o direito de acesso aos tribunais, concebidos, então, como *ultima ratio* do sistema de oferta de justiça e de pacificação social.

Com a adoção pelo Tribunal de Justiça do Tocantins da conciliação eletrônica pré-processual no sistema de processo eletrônico e a implantação e estruturação dos centros judiciários de resolução de conflitos e cidadania com a implantação da conciliação e mediação

pré-processual, os meios alternativos de resolução de conflitos ganharão força, contribuindo decisivamente para a efetivação do direito humano fundamental de acesso a justiça.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)**. México: Universidade Autónoma de México, 2000.

ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania. **Tribunais multiportas**. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Conciliação judicial**. Palestra Proferida na IV Jornada Brasileira de Direito Processual Civil. Fortaleza, 09 Agosto de 2001. Disponível no site: <http://bdjur.stj.jus.br>. Acesso em 03 de maio de 2015.

ASSMAR, Gabriela. Legislação Brasileira no que tange à Mediação de Conflitos. Mediare – Centro de Administração de Conflito. Disponível em: http://www.mediare.com.br/08artigos_09legislacaobrasileira.html. Acesso em 3 de maio de 2015.

BACELAR, Roberto Portugal apud TAVARES, Fernando Horta. **Mediação & conciliação**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar: Instrumento para a reforma do Judiciário**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família: afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2000.

BÊRNI, Duilio de Avila e FERNANDEZ, Brena Paula Magno. **Teoria dos jogos: crenças, desejos, escolhas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BIASOTO, Lilia Godau dos Anjos Pereira. De que vítima estamos falando? Situações de violência em relacionamentos conjugais. In: MUSZKAT, Malvina Ester (org). **Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência**. São Paulo: Summus, 2003, p. 245. 93. GANANCIA, Dalièle. op. cit., 2001, p 12.

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

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: **Estudos sobre a mediação e arbitragem**, org.: Lilia Maia de Moraes Sales, Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2003.

BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação de conflitos e políticas públicas**: A experiência com a mediação comunitária em distritos de alta vulnerabilidade da grande São Paulo. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4230>. Acesso em: 3 maio 2015.

CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. **Negociación y mediación**: Instrumentos apropiados para la abogacía moderna. 2.ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de processo**, n. 74, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: Uma nova sistematização da formulação de uma nova teoria geral do processo, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Trad. da 5 ed. italiana por Santiago Sentis Melendo. EJE, v. I, Buenos Aires, 1989.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 11. ed. São Paulo: Ática, 1999.

CHENAIL, Ronald J.; ITKIN Perry S. Gerenciamento das mudanças Linguísticas na mediação de divórcio. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 225-242.

Código de Processo Civil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 4 de maio de 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CRESPO, Mariana Hernadez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernadez Crespo: explorando a evolução do tribunal multiportas. In: ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania. **Tribunais multiportas**. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p 24-37. Disponível em: <<http://vlex.com/source/tribunal-multiportas-6834>>. Acesso em: 3 junho 2015.

DAVIS, J. A. **Entrevista a HSM management**: uma radiografia da relação empresa + família + propriedade. HSM Management, [S. l.], v. 41, p. 96-103. nov./dez. 2003

FERRAZ, Leslie; GUERRA, Sérgio. A demora do judiciário e o custo Brasil. **Jornal Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 8 de jan. 2009.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem**: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional. São Paulo: LTr, 1999.

FUX, Luiz. (Presidente da Comissão de propostas ao novo Código de Processo Civil). In MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 197. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2010/12/14/adocao-de-conciliadores-e-mediadores-e-avanco-do-novo-cpc-diz-valter-pereira>>. Acesso em: 10 junho 2015.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRECO, Leonardo. O acesso ao direito e à justiça. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.

LAGRASTA, Valéria Ferioli. O gerenciamento de casos. In: FREITAS, Vladimir Passos de, FREITAS, Dario Almeida Passos de (coord.). **Direito e administração da justiça**. Curitiba: Juruá, 2006.

LEMES, Selma. **Arbitragem na administração pública**: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo, Saraiva, 2007.

MARODIN, Marilene e BREITMAN, Stella. A prática da moderna mediação: integração entre a psicologia e o direito. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos (orgs.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. Campinas: Millenium, 2002.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração ad justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

NALINI, José Renato. Os três eixos da reforma do judiciário. **Revista do advogado** (AASP), n. 75, p. 67. abr. 2004.

NAZARETH, Eliana Riberti. **Psicanálise e mediação: meios efetivos de ação**. **Revista do advogado**. São Paulo, n.62, p.50. mar. 2001.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática de mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 11 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. **Mediação em juízo**. São Paulo: LTr, 2004.

TERUEL, Guilherme. A crise do casamento. In: COSTA, Gley P.; KATZ, Gildo (orgs.). **Dinâmica das relações conjugais**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

VEZZULLA, Juan Carlos. A mediação. O mediador. A justiça e outros conceitos. In: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). **Mediação: métodos de resolução de conflitos**, n. 1. São Paulo: LTr, 1999

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação, in: **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

ANEXO

PROJETO DE GERENCIAMENTO DE CASOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Detalhamento do Projeto de Gerenciamento de Casos do Tribunal de Justiça de São Paulo⁷⁷, estabelecido pelo Provimento CSM n° 953/2005, que dividiu o setor de conciliação/mediação em duas fases distintas: a pré-processual e a processual (art. 4°).

O setor de conciliação/mediação e suas fases, conforme o Projeto de Gerenciamento de Casos.

Cada uma das fases é dotada de dois circuitos de conciliação/mediação. O primeiro circuito trata de todas as questões relativas ao direito de família e de infância e juventude. O 2° circuito, mais amplo e abrangente trata-se de questões cíveis de caráter disponível em geral. A fase pré-processual objetiva a solução dos conflitos previamente, sem o ingresso de ações no âmbito judicial. Na fase processual o acordo é buscado no curso de ações que já tramitam, o que acaba contribuindo, mesmo que indiretamente, para uma racionalização das demais em trâmite.

A fase pré-processual (art. 4°, §§ 1° ao 5°, do provimento CSM n° 953/2005).

Cediço que o Ministério Público, além de exercer a soberania do Estado na persecução penal e a legitimidade da propositura da ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, também exerce, como função institucional o atendimento ao público, além de colher informações preciosas a respeito de aspectos da sociedade local, dados que fornecerão subsídios para o diagnóstico de problemas e a eleição de metas de trabalho, o promotor de justiça presta orientação jurídica, indicando à população, dentre os meios disponíveis, quais os mais eficazes para a solução de determinado conflito. Assim, é muito comum as pessoas procurarem o Ministério Público para a obtenção de informações sobre como procederem em determinadas situações. Quase sempre suas dúvidas giram em torno de problemas familiares ou sobre questões cíveis em geral. Nesta oportunidade, após analisar cada caso, o promotor de justiça poderá efetuar o encaminhamento do interessado, ao Setor de Conciliação/Mediação, para expedição de carta-convite para a outra parte, designando-se a sessão de conciliação e mediação antes mesmo da propositura de ação judicial.

⁷⁷ LAGRASTA, Valéria Ferioli. O gerenciamento de casos. In: FREITAS, Vladimir Passos de, FREITAS, Dario Almeida Passos de (coord.). Direito e Administração da Justiça. Curitiba: Juruá, 2006, p. 195-209.

O mesmo pode ocorrer com pessoas que procuram informações junto à assistente social ou ao Juizado Especial Criminal, que de pronto oferecerão orientação e informações sobre o setor de conciliação/mediação.

Os interessados então, depois de terem suas dúvidas analisadas, e diante da possibilidade da resolução de seus problemas e conflitos pelo Setor de Conciliação/Mediação, são encaminhados ao cartório responsável pela organização das mediações pré-processuais, tanto patrimoniais, quanto de família e de infância e juventude.

Uma vez no setor de conciliação/mediação, a pessoa relata seu problema; nesse momento são colhidos sua qualificação, a informação sobre o objeto da mediação e os dados da outra parte envolvida. Mas tudo em redução a termo. O setor só terá anotado em uma pauta própria de audiências, o nome das partes, a data da audiência e o tipo de problema.

O funcionário então, preenche a convocação para a sessão de mediação e conciliação, que contém todas as informações necessárias à audiência, inclusive a data em que será realizada, entregando uma cópia ao reclamante, que assim fica ciente da data designada, e encaminhando a original ao reclamado, pelo correio. A convocação ao reclamado pode ser feita, também, via fone, ou, como ocorre com certa frequência, pelo próprio reclamante, que efetua a entrega da correspondência ao reclamado. Somente em caráter excepcional tem-se admitido a convocação por oficial de justiça, o que afasta a informalidade, a economicidade e a rapidez que se pretende imprimir ao ato.

É importante também que o funcionário oriente a pessoa (reclamante) a consultar um advogado, se desejar, e levar para a audiência de conciliação/mediação todos os documentos que tiver e que se relacionarem com o conflito, o que contribuirá demasiadamente para um melhor equacionamento ao problema em audiência.

Sugere-se aqui a tentativa de acordo no setor de conciliação/mediação. Assim, antes do ingresso de qualquer ação em juízo, o caso é encaminhado ao setor de conciliação/mediação para uma tentativa de acordo.

É essencial ao bom desempenho do projeto que o tempo entre a reclamação e a mediação não seja superior a 30 dias. Para isso, o funcionário responsável pelo setor ou a assistente social, nos casos do 1º circuito (família), deve ter o controle absoluto da pauta de audiência autônoma.

No dia da audiência de mediação, as partes e seus advogados serão recebidos pelos funcionários do Setor de Mediação ou Oficiais de Justiça, que farão a pré-mediação, desde que preparados para isto, e as encaminharão, no horário designado, à sala de conciliação/mediação.

É ideal na fase pré-processual, para cada 340 reclamações mensais deve haver um número mínimo de 30 mediadores capacitados ou cerca de 01 mediador para cada 12 reclamações mensais. É importante salientar que mediadores de um circuito também podem conduzir mediações de outro circuito. O importante é a aptidão do mediador em lidar com as peculiaridades dos casos tratados em cada circuito.

São princípios básicos para uma mediação positiva. As mediações do primeiro circuito são, sem margem de dúvida, as mais difíceis de serem realizadas. Por tratarem de questões relativas ao Direito de Família, muitas vezes o objeto do conflito não pode ser dividido ou parcelado, já que envolve sentimentos. É neste circuito, também que se discutem interesses de terceiros, quase sempre entes queridos das partes, muitas vezes menores ou idosos.

O mediador que conduz as mediações nesse circuito deve ter em mente todas essas dificuldades e ser capaz de gerenciar os conflitos, visando a satisfação das partes, bem como o bem estar dos terceiros envolvidos. Por isso é de grande importância que estas mediações sejam conduzidas por pessoas especificamente capacitadas em tal mister. De início, é fundamental a participação de assistentes sociais e psicólogos do juízo. Esses profissionais, em razão do caráter de seu trabalho, tem extrema capacidade de lidar com assuntos delicados como os tratados neste circuito. É preciso atentar para que os assistentes sociais e psicólogos do juízo não atuem simultaneamente como técnicos e mediadores.

Assim, quando as mediações envolverem pessoas e casos que já são acompanhados pela assistente social ou a psicóloga do juízo, deverá ser designado outro mediador, desde que vocacionado para a área de família.

Outra característica peculiar ao 1ª Circuito é o tempo necessário para a realização da mediação, que é, em média, de 40 minutos. É importante que o tempo das partes seja respeitado para que todas as questões levantadas sejam exaustivamente discutidas, visando a obtenção do melhor acordo possível. Uma mediação mal conduzida quase sempre leva a grandes problemas futuros e é bom lembrar que o que se discute nesse circuito é, acima de tudo, o bem estar das pessoas envolvidas.

As mediações do segundo circuito são mais simples de serem conduzidas. O que se busca nesse circuito são compensações financeiras, em sua maioria. Salvo um ou outro caso em que é necessário em exame mais aprofundado do conflito, as mediações do 2º circuito duram, em média, 20 minutos. Neste circuito, a objetividade é o grande segredo do sucesso. Deve-se evitar que a discussão fuja do objeto da mediação;

Na fase pré-processual deve-se evitar que a conversa recaia sobre aspectos jurídicos: o mérito não deve ser abordado, e sim, o fato em si.

Instada a sessão, o mediador passa a discutir com as partes o problema gerador do conflito. Em se tratando da fase pré-processual, é recomendável que o mediador tenha em mãos uma cópia da convocação (Modelo I) e que obtenha, no começo da audiência, os dados da controvérsia (se necessário ouvindo os litigantes em separado para não causar tumulto). Em casos de mediações processuais, o conhecimento do litígio é mais fácil, pois o mediador estará de posse do processo.

É importante que o mediador não apenas medie a conversa das partes, mas também faça parte dela ativamente (conciliação), apontando caminhos para a solução do conflito. Em alguns casos as partes se acordam sem grandes dificuldades; Já na grande maioria, o trabalho do mediador é fundamental para a solução do conflito.

Redesignação de mediações.

Alguns casos exigem um trabalho mais apurado, que nem sempre é possível alcançar em apenas uma sessão de mediação. Nessa hipótese o mediador pode propor às partes uma segunda reunião, desde que dentro do prazo de 30 dias. Com a concordância das partes, o mediador designa nova data, saindo todos cientes da data designada, o que torna desnecessário o envio de novas convocações.

Saliente-se que as Varas devem possuir contato com profissionais de várias especialidades (peritos), que podem servir como uma terceira opinião, neutra, no caso em que for necessário. (art. 7º do Provimento nº 953/2005).

Outra hipótese que pode resultar em uma redesignação, e que ocorre com certa frequência, é a ausência de uma das partes, em especial a ausência do reclamado. Nesse caso, o mediador pode propor ao reclamante que a mediação seja redesignada. É importante que ele exponha ao reclamante todas as vantagens da mediação, realçando que a tentativa de obtenção de um acordo, através do setor de conciliação/mediação é mais simples e rápida do que o ingresso de uma ação em juízo. Com a concordância do reclamante, o mediador deve designar uma nova data, devendo o reclamado ser novamente convocado para a mediação.

Das mediações negativas.

O que se busca com o sistema ora apresentado é a solução amigável do conflito. Todo o trabalho é voltado ao acordo e ao bem estar das partes, mas nem sempre é possível alcançar esse objetivo. Na fase pré-processual, na hipótese de não obtenção do acordo, o

mediador deve orientar as partes a ingressarem com uma eventual ação na justiça comum, dependendo do caso, ou mesmo a procurarem o JEC ou um advogado (art. 4º, § 4º, do provimento nº 953/2005). Aqui nenhum termo é lavrado, devendo-se apenas preencher a ficha de mediação pré-processual.

Do acordo em mediação.

Obtido o acordo em audiência de mediação, as únicas providências que devem ser observadas são a lavratura do termo, com os dados completos das partes, numerando-o em ordem crescente, o preenchimento da ficha correspondente.

Deve-se tomar o máximo de cuidado na lavratura do termo, pois deve ele conter todos os pontos do acordo devidamente descritos, assim como a origem do conflito. Aqui também a experiência e a atenção às peculiaridades do caso são fundamentais para a lavratura de um termo perfeito.

Por fim, cada parte deve receber, em regra, uma cópia do acordo.

Esse acordo, que não vai ser distribuído nem autuado, deve ser encaminhado numa pasta ao juiz responsável pelo setor de conciliação/mediação ou a juiz titular de uma das varas abrangidas pelo setor, ou ainda, no impedimento deste, e qualquer dos juízes em exercício na comarca ou no fórum, para homologação (art. 6º, caput, provimento nº 953/2005). E, antes disso, nos casos em que atua o MP, o acordo deve ser encaminhado ao promotor de justiça para manifestação no prazo de 48 horas.

Do acompanhamento estatístico.

O preenchimento das fichas de mediação é de extrema importância e nunca deve deixar de ser realizado, independentemente do resultado da mediação. Elas serão fundamentais para o acompanhamento estatístico do projeto.

A Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, visando o acompanhamento dos resultados do projeto (art. 12 do provimento nº 953/2005), desenvolveu uma planilha para a coleta dos dados estatísticos, cujo envio, a partir da instalação do setor de conciliação e mediação na comarca, é obrigatório e deve ser mensal. O funcionário responsável pelo acompanhamento estatístico (mediador ou funcionário) deverá, utilizando-se das fichas de mediações pré-processuais, preencher, no início de cada mês, a referida planilha e encaminhá-la à corregedoria geral da justiça junto com as demais planilhas do movimento judiciário.

Da Homologação e arquivamento do acordo celebrado nas mediações pré-processuais.

Sempre que possível, o acordo deverá ocupar apenas o anverso de uma folha; quando necessário, deverá ocupar o verso também. De qualquer forma, havendo espaço em branco no verso, o funcionário responsável pelo circuito lavrará o termo de conclusão e providenciará o encaminhamento do acordo para a homologação do juiz. Quando se tratar de acordo celebrado no 1º circuito, primeiramente deve-se abrir, em sendo o caso (art. 82 do CPC), vista para manifestação do MP, para depois encaminhá-lo para homologação judicial.

Depois de homologados, os acordos devem ser novamente encaminhados ao funcionário responsável pelo setor de conciliação/mediação, que providenciará seu arquivamento, tanto digital, quanto físico (conforme exigido pelo art. 4º, § 3º, do Provimento nº 953/2005).

As homologações de acordos celebrados no 1º circuito normalmente geram a necessidade de algumas providências a serem adotadas pelo cartório judicial, com a expedição de ofícios, que muitas vezes demandam a espera de uma resposta. Nestes casos, o acordo somente deverá ser entregue para arquivamento quando todas as suas pendências tiverem sido resolvidas.

De posse do termo homologado, o funcionário responsável providenciará o arquivamento do mesmo, sem distribuição, em pasta própria com índice (art. 4º, § 3º, do provimento nº 953/2005). Pode-se também providenciar o arquivamento digital do acordo.

Da capacitação e seleção dos mediadores

Segundo o projeto, os mediadores serão preparados para o serviço que prestarão à sociedade: para tanto, a contribuição da Ordem dos Advogados do Brasil será inestimável, seja com relação à capacitação e seleção dos profissionais, como também no que diz respeito ao controle de sua atividade. Os interessados em atuar como mediadores serão advogados, com experiência profissional mínima de dois anos, e deverão submeter-se a curso preparatório, ao término do qual estarão, se aprovados, sujeitos a regras procedimentais adequadas para auxiliar as partes na busca de uma solução consensual para seu litígio.

Também a esse propósito, cabe um esclarecimento: na mediação tradicional os mediadores têm preparação multidisciplinar e são originários de diversos campos profissionais. Mas o que se tem que ter em mente é que o projeto trata da mediação extrajudicial trazida para o processo civil e para este, voltada, sendo aconselhável que seja ela conduzida por um profissional do direito, especialmente treinado, para que os litigantes possam chegar a acordo que se revista das indispensáveis formalidades jurídicas, uma vez que a transação constituirá, sempre, título executivo extrajudicial e poderá, a pedido das partes e

uma vez homologada pelo juiz, ter eficácia de título executivo judicial. Por outro lado, cumpre notar que o projeto também cuida da mediação, a ser levada a cabo por um mediador advogado juntamente com um profissional de outras áreas, nos casos em que qualquer dos litigantes o requeira ou o mediador sorteado o entenda conveniente e, necessariamente, nas controvérsias atinentes ao direito de família.

Naturalmente a atividade de mediação não estará desligada do controle do Poder Judiciário: para tanto, O Tribunal de Justiça de cada estado da Federação manterá registro dos mediadores, por categoria profissional, sendo certo que, verificada a situação inadequada de qualquer deles, poderá o juiz estatal afastá-lo de sua atividade, mandando averiguar a conduta indesejável em irregular processo administrativo. O controle pelo juiz é complementado pelo da Ordem dos Advogados do Brasil e dos outros órgãos oficiais profissionais.

Dos honorários do mediador

A atividade do mediador não será gratuita. A remuneração do profissional que dedicar seu tempo à atividade prevista na lei será fixada pelos estados, de acordo com suas peculiaridades locais. Mas em caso de insucesso da mediação e, conseqüentemente, de retomada do curso do processo, o valor correspondente aos honorários dos mediadores será abatido das custas judiciárias, de modo a não haver custo extra para as partes. Prevê-se ainda a dispensa de qualquer pagamento quando for concedido o benefício de gratuidade de que trata a Lei nº 1.060/50.

6. O papel do MP na pacificação dos conflitos

Apesar da dificuldade de contato direto com o público, nesses casos, a atuação do promotor de justiça é de fundamental importância na pacificação de conflitos, sobretudo na disseminação da ferramenta conhecida como “mediação”.

Dessa forma, nem sempre o promotor de justiça dispõe de tempo para a celebração de acordos extrajudiciais, o que não impede que, no exercício desse mister, possa se valer de mediadores/conciliadores recrutados pelo Poder Judiciário, inclusive nas questões de direito de família, que façam mediação entre os interessados, sem dizer o direito, empregando o senso comum de justiça.

Os mediadores recebem as reclamações das pessoas interessadas, muitas delas encaminhadas pelo Promotor de Justiça, e, após a simples notificação da parte contrária, reduzem a termo o acordo celebrado, encaminhando-o ao judiciário para homologação mediante prévia vista dos autos ao Ministério Público.

A adoção desse procedimento, além de evitar o acionamento da jurisdição, permite que questões cuja celeridade se imponha tenham solução rápida e eficaz, independente de dispêndio de dinheiro público.

A pacificação do litígio pelo mediador/conciliador pode ser, inclusive, mais eficaz do que a realizada no processo judicial, sobretudo porque conduzida por profissionais capacitados e no seio da comunidade, profundamente conhecedores de seus problemas, e, portanto, credenciadas a pacificar o conflito e impedir a proliferação de novas demandas que poderiam surgir com a prolação de uma sentença judicial.

Não obstante a atividade dos conciliadores, o órgão do MP participa ativamente desse processo, desde o encaminhamento do caso, ao menos nas cidades de pequeno e médio porte, até o referendo de eventual acordo firmado entre as partes, nos termos do art. 82 do CPC, sem o qual este não tem eficácia de título executivo.

Por fim, devemos ressaltar que soluções devem ser buscadas a fim de minimizar os fatores que convergem para a lentidão da distribuição da justiça e com o excesso da litigiosidade social, cabendo ao MP zelar pela observância dos princípios constitucionais e contribuir, uma vez mais, para a pacificação dos conflitos individuais.

Conclusão

Em apertada síntese, o projeto de lei em andamento sem inibir outras modalidades de mediação extrajudicial vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas através de mediadores independentes, coloca-se na esteira da implementação dos meios complementares de solução de controvérsias. Trata-se de mais um elemento para a democratização da justiça, que servirá não só para desafogá-la, mas também para melhorar substancialmente a qualidade da solução dos conflitos, uma vez que ninguém nega a excelência da pacificação social obtida mediante o consenso. E constitui poderoso instrumento para trazer a mediação para o processo, junto ao poder judiciário.

A atividade dos mediadores/conciliadores proporciona, em grande parte, a redução da “litigiosidade contida”, e porque não, por via reflexa, a redução da violência e da criminalidade que atingem a sociedade, que, descrente da solução de conflitos através do Poder Estatal, busca a justiça pelas próprias mãos.

Na verdade, quando as partes conseguem encontrar a solução para o conflito, nada mais fazem do que reconhecer seus direitos, deveres e obrigações com respeito à vontade do outro, de tal sorte que o resultado encontrado deverá ser bom ou excelente para ambos, verdadeiro exercício de cidadania.

Por fim, vale ressaltar que a mediação vem sendo considerada uma salutar alternativa ao processo judicial, proporcionando soluções esclarecidas, dadas pelas próprias partes envolvidas, de modo mais rápido e barato, acarretando não apenas maior satisfação daqueles envolvidos no litígio, como também alívio na sobrecarga de serviço que assola nosso sistema judiciário.