

Os meios alternativos de resolução de conflitos e o dever/poder de o juiz incentivar a conciliação e a mediação

LUCAS PINTO SIMÃO

Mestrando em Direito pela PUC/SP. LL.M em Direito dos Contratos pelo INSPER/SP. Graduação em Direito pela PUC/SP. Advogado em Pinheiro Neto Advogados.

lsimao@pn.com.br

Revista: Direito Processual Civil

RESUMO: A sociedade de consumo em massa importa em inegáveis dificuldades na concepção do direito do acesso à justiça, sendo que o presente artigo tem por objetivo analisar a conciliação e a mediação como mecanismos modernos e eficazes para pacificação social e atendimento do princípio da efetividade processual. Nesse sentido, será observado o papel central que o Juiz irá desempenhar de acordo com o Novo Código de Processo Civil para incentivar a conciliação e/ou a mediação.	ABSTRACT: A mass consumer society imply undeniable difficulties in the concept of the right of access to justice, and this article aims to analyze conciliation and mediation as a modern and effective mechanisms for social peace and care of the principle of procedural effectiveness. In this context, it will be described the key role that the Judges will take in accordance with the New Code for Civil Procedure when promoting the conciliation and/or mediation.
PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Meios alternativos de resolução de conflitos. Conciliação. Mediação.	KEYWORDS: Access to Justice. Alternative Dispute Resolution. Conciliation. Mediation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Breves linhas sobre o acesso à justiça, a tutela jurisdicional na sociedade de consumo em massa e o princípio da efetividade processual. 3. Os meios alternativos de resolução de conflitos. 3.1. A conciliação. 3.2 A mediação. 4. O dever/poder de o juiz incentivar a conciliação e a mediação. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

As relações de consumo, apesar de existentes e presentes desde o início da civilização humana, após a revolução industrial, ganharam maior complexidade e a relação entre fornecedores e consumidores ganhou dimensões gigantescas. Atualmente, as relações de consumo adquiriram características como antes nunca vistas. O impacto desta transformação econômica e social na sociedade brasileira impõe desafios e é necessário repensar o tradicional princípio do acesso à justiça para verificarmos de que forma este princípio pode e deve ser compreendido no âmbito de uma sociedade de consumo em massa.

Neste contexto, é proeminente o empenho da doutrina processual moderna em abandonar o modelo pelo qual o princípio do acesso à justiça é representado pela mera possibilidade de o cidadão formular pretensão em Juízo e ter uma resolução do conflito por meio do Poder Judiciário. É saliente a necessidade de se aprimorar e ampliar as formas de acesso à justiça diante da ineficácia dos mecanismos processuais tradicionalmente utilizados para dirimir os conflitos de uma sociedade de consumo em massa.

O plano do movimento universal do acesso à justiça trabalha com a utilização dos chamados meios alternativos de resolução dos conflitos (Alternative Dispute Resolutions) e que tem como principal objetivo a eficácia da tutela jurisdicional conferida ao cidadão e como objetivos secundários a diminuição da carga do serviço judiciário e o retardo da prestação jurisdicional.

O avanço dos chamados meios alternativos de resolução dos conflitos também é inegável no Direito Brasileiro, principalmente após a edição da Lei 9.307/96, que revitalizou a arbitragem. Nada obstante, não será objeto do presente artigo a análise da arbitragem como Meio Alternativo de Resolução dos Conflitos, já que este é um tema já profundamente estudado e abordado pela Doutrina Nacional. Ao nosso ver, é relevante observar, refletir e analisar a conciliação e a mediação como Meios Alternativos de Resolução dos Conflitos que ganham relevância no Direito Brasileiro, principalmente, com o advento do Novo Código de Processo Civil.

2. BREVES LINHAS SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA, A TUTELA JURISDICIONAL EM UMA SOCIEDADE DE CONSUMO EM MASSA E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL

A questão do acesso à justiça é preocupação universal que permeia a história da humanidade. Conforme apontado por HUMBERTO PENA DE MORAES, “a preocupação em auspiciar a todos as mesmas oportunidades de acesso à Justiça, independentemente do grau de fortuna, constitui desde os pródromos da história, marcante característica de todos os povos”¹. Por certo que o conceito de acesso à justiça, sua amplitude e conotação vem sofrendo amplas e revolucionárias transformações ao longo da história, mas, contudo, é possível verificar a preocupação com o acesso à justiça em praticamente todas as civilizações².

Inicialmente, havia uma concepção de que o direito de acesso à justiça significava o direito formal de o indivíduo propor ou contestar uma ação e a ideia de acesso à justiça evoluiu paralelamente à passagem da concepção liberal para a concepção social do Estado moderno. Nesta evolução, verifica-se que meras declarações de direitos formais não são suficientes e o modelo de igualdade meramente formal é substituído por um novo modelo que vai buscar a igualdade material. Neste contexto de evolução do Estado Liberal para o Estado Social, em célebre obra, CAPPELLETTI e BRYANT GARTH apontam que “A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas 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. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”³.

De tal modo, é necessário observar que uma das funções mais importantes do processo, talvez a mais primordial, é assegurar amplo acesso à justiça para os cidadãos. Todavia, RONALDO LIMA DOS SANTOS, citando Pablo Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, identifica duas espécies de obstáculos de acesso à justiça: os obstáculos de

¹ MORAES, Humberto Pena de. A assistência judiciária pública e os mecanismos de acesso à justiça no estado democrático. Revista de Direito da Defensoria Pública. Rio de Janeiro. V. 1, pág 70, 1988.

² RONALDO LIMA DOS SANTOS desenvolve especificamente o tema e aborda a preocupação com o acesso à justiça no Código de Hamurabi, na Grécia Antiga, na República Romana, na Idade Média, até a passagem do Estado Liberal para o Estado Social.
SANTOS, Ronaldo Lima dos. Sindicados e Ações Coletivas. Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 2 Edição. Editora LTr. São Paulo. 2008. Págs 224 a 227.

³ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabris. 1988. Pág. 8.

natureza fática e os obstáculos de natureza jurídica⁴. Já CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁵ aponta que a problemática da *efetividade* do processo revela quatro facetas (i) admissão em juízo; (ii) modo de ser do processo; (iii) critérios de julgamento e (iv) efetivação dos direitos ou utilidade das decisões. CAPPELLETTI e BRYANT GARTH⁶ apontam como obstáculos para o acesso à justiça (i) o necessário dispêndio financeiro para a resolução forma de conflitos (custas, sucumbência e honorários advocatícios); (ii) as “possibilidades das partes”, caracterizada pelas vantagens de determinados litigantes em relação a outros, como fornecedores em detrimento de consumidores; bem como (iii) os “*problemas especiais dos interesses difusos*”.

Por certo, os óbices para o acesso à justiça, já apontados brevemente acima, ganham ainda maior relevância em questões relacionadas aos conflitos coletivos. ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES⁷ aponta que a expansão contínua da produção, dos meios de comunicação e do consumo, importa em uma multiplicação das lesões sofridas pelos consumidores e uma crescente dificuldade no acesso à justiça. JOSÉ EDUARDO FARIA⁸ e ALEXANDRE AMARAL GAVRONSKI⁹ destacam a ineficácia dos mecanismos processuais tradicionalmente utilizados para dirimir os novos conflitos de escala que caracterizam a

⁴ DOS SANTOS, Ronaldo Lima. Sindicados e Ações Coletivas. Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 2 Edição. Editora LTr. São Paulo. 2008. Pág 227.

“No campo das barreiras fáticas, destacam-se:

- a) Os aspectos econômicos, que podem ser implícitos ou explícitos. Implícitos são aqueles relacionados ao valor dos gastos processuais em relação aos custos da demanda. Explícitos, são os limites pecuniários, expressamente fixados nas normas em quantia mínima, para ter acesso à justiça e cerceiam, de fato, as possibilidades de recorrer aos tribunais;
- b) os óbices culturais, como a deficiente educação e informação dos indivíduos a respeito de seus direitos e obrigações, a ignorância de leis protetoras dos seus direitos, a inacessibilidade da linguagem jurídica, o insuficiente ou difícil acesso aos diversos serviços de consultoria jurídica que possam oferecer-lhes essas informações;
- c) as causas psicológicas e sociológicas, como o medo do risco de perder uma demanda e ser condenado ao pagamento das custas, a desconfiança na administração da justiça, que motiva escassa inclinação para litigar dos cidadãos.

Entre as causas jurídicas, podemos assinalar:

- a) a inadequação das estruturas jurisdicionais para efetivar o exercício de novos direitos e sujeitos;
- b) a complexidade e delonga dos ritos processuais que se transformam em verdadeiros labirintos jurídicos;
- c) a inexistência de processos especiais e sistematicamente organizados com vistas à tutela de novos interesses;
- d) a ausência de uma normatividade própria a novos interesses – meio ambiente, consumidores, etc., nos aspectos material e processual;
- e) a dificuldade da ampliação da legitimação processual a novos atores sociais, como os sindicatos, as associações;
- f) o não incremento de formas alternativas de solução de conflitos, com abertura de possibilidades para novos métodos, etc.”.

⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 5. ed. São Paulo, 1996, p. 303.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabris. 1988. Pág. 20/27.

⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional, 3ª Ed., São Paulo, RT, 2010.

⁸ FARIA, José Eduardo. O Direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁹ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Técnicas Extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: RT, 2010.

sociedade pós-moderna. CANDIDO RANGEL DINAMARCO¹⁰ e RICARDO DE BARROS LEONEL¹¹ também comentam que a sociedade de consumo massificada amplia significativamente o universo de pretensões jurisdicionalizáveis e criam um contingente de demandas que supera significativamente a estrutura judiciária. GUILHERME RIZZO AMARAL constata a massificação dos litígios na sociedade moderna e atribui no Brasil um “tsunami de ações judiciais” à (i) privatização dos serviços públicos e universalização desses serviços, (ii) responsabilidade do Estado “por não honrar as suas próprias dívidas” e pelos malfadados planos econômicos, (iii) ao assistencialismo da Justiça Gratuita e (iv) “quase inimputabilidade dos litigantes contumazes e de má-fé”¹².

Ao nosso ver, o problema moderno central é a efetividade dos direitos já assegurados aos cidadãos, sendo que não há como se dizer em real acesso à justiça sem que seja respeitado o princípio da efetividade processual. Não basta assegurar os meios para que o cidadão tenha acesso à justiça, sendo necessário assegurar os meios para que a justiça seja efetiva

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA¹³ aponta que “*a preocupação de tornar mais efetivo o processo vem sendo ultimamente, em nosso País e no estrangeiro, nota constante da produção doutrinária e no pensamento de quantos participam da atividade forense*” e elenca cinco itens que seriam uma espécie de programa básico em prol da efetividade¹⁴.

Aqui vale o esclarecimento que muito se tem confundido o princípio da efetividade processual com o princípio da celeridade processual. A Constituição Federal assegura a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação¹⁵, mas a celeridade não é sinônimo de efetividade. Por certo, deve-se assegurar a resolução do processo em tempo razoável, mas não se pode admitir o atropelo processual com a violação do devido processo legal sob a justificativa de atendimento ao princípio da celeridade processual.

¹⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. Universalizar a Tutela Jurisdicional. Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo: Malheiros, 2010, v. I, pág. 396.

¹¹ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo. São Paulo: RT, 2002, p. 96.

¹² AMARAL, Guilherme Rizzo, Efetividade, Segurança e Massificação e a proposta de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Revista de Processo. RePro 196/237.

¹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Efetividade do processo e técnica processual, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1995, pág 318/330

¹⁴ “a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;

b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;

c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;

d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;

e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.”

¹⁵ Art. 5^a, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE¹⁶ defende que “*processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo*”. Sem fazer maiores digressões, parece-nos claro que os sistemas de metas implantadas pelo Conselho Nacional de Justiça¹⁷ para o Poder Judiciário confunde a eficiência quantitativa com a efetividade qualitativa do processo civil. Ao nosso ver, é necessário preocupar-se com um sistema que tenha como principal objetivo a efetividade processual, sendo a efetividade processual caracterizada pelo equilíbrio entre a celeridade processual e às garantias fundamentais do direito de defesa e do devido processo legal.

Nesse sentido, a Lei nº 13.105/2015 (“Novo Código de Processo Civil”) teve como grande preocupação a efetividade processual, sendo que a Exposição de Motivos de 8 de junho de 2010 é expressa ao mencionar a necessidade de dar efetividade ao processo civil¹⁸ e o Novo Código de Processo Civil tem vários dispositivos que tratam expressamente do princípio da efetividade processual¹⁹.

¹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 49-50.

¹⁷ A esse respeito, ver HERZL, Ricardo Augusto; ENGELMANN, Wilson. Processualismo tecnocrático versus Processualismo tecnológico: da eficiência quantitativa à efetividade qualitativa no direito processual civil. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 437/464, abr./jun. 2015.

¹⁸ “*Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.*”

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.” Disponível em <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/matepdf/160823.pdf>. Acesso em 6.11.2015.

¹⁹ Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

Art. 1.069. O Conselho Nacional de Justiça promoverá, periodicamente, pesquisas estatísticas para avaliação da efetividade das normas previstas neste Código.

É evidente que, na sociedade de consumo em massa, em que a maior parte dos contratos de consumo adquirem características relacionais²⁰, crescem os conflitos de consumo, há uma dificuldade inerente no acesso à justiça e espera-se que sejam disponibilizados mecanismos processuais que permitam o atendimento ao princípio processual da efetiva tutela aos cidadãos. CAPPELLETTI e BRYANT GARTH²¹ apontam três soluções práticas adotadas no mundo ocidental, por eles representadas como “ondas” e que visam resolver os problemas do acesso à justiça e permitir a outorga ao indivíduo de uma tutela judicial efetiva: (i) incremento da assistência judiciária aos pobres; (ii) representação dos interesses difusos em juízo; bem como (iii) novas alternativas para resolução de conflitos. Este artigo se debruçara especificamente sobre a terceira onda, a saber, as “novas alternativas para resolução de conflitos”.

3. OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Neste contexto de enfrentamento das dificuldades no acesso à justiça no contexto de uma sociedade de consumo em massa, a doutrina passou a incentivar e defender que o Brasil deveria adotar um modelo sistematizado para a mediação e a conciliação²², sendo que o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125/2010, estabelecendo a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, com o objetivo expresso no artigo 1º de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. A partir de sua 1ª Emenda, em 2013, a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça abordou especificamente a conciliação e a mediação como instrumentos essenciais para o acesso à justiça e determinou aos órgãos judiciários a responsabilidade por oferecer mecanismos alternativos de solução de controvérsias como a mediação e a conciliação.

Ao nosso ver, a partir da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o Brasil deu passo determinante para inserir o Direito Brasileiro no contexto da política dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos (Alternative Dispute Resolution – ADR, na doutrina estrangeira e de acordo com a construção clássica de Marc Galanter²³). Tratam-se de métodos essenciais para a pacificação social, sendo poderosos instrumentos de composição de conflitos. Os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos apresentam-se fundamentalmente como métodos paraestatais de solução de conflitos, através dos quais, como facilmente se intui, retira-se do Juiz a solução do conflito de interesses.

JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ afirma que os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos apresentam um novo tipo de cultura na solução de conflitos, totalmente centrados nas tentativas para negociar harmoniosamente a solução desses conflitos, em um sentido, em realidade, direcionado à pacificação social tendo em vista seu conjunto, em que são utilizados

²⁰ MACEDO JÚNIOR, RONALDO PORTO, *Contratos Relacionais e defesa do consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

²¹ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabris. 1988. Pág. 20/27.

²² A respeito das várias tentativas de sistematização das regras sobre mediação e conciliação, ver GRINOVER, Ada Pellegrini. *Conciliação e Mediação Endoprocessuais na Legislação Projetada*. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, Ano XIII, nº 91, RDC nº 91, set/out 2014, pág 71/92.

²³ GALANTER, Marc *Introduction: Compared to what? Assessing the quality of dispute processing*. *Dever University Law Review*, n. 66, 1989, p. xii..

e realçados a boa-fé e os métodos cooperativos²⁴. Tais métodos compreendem, primeiramente, a negociação direta entre as partes, evidentemente o mais eficaz e natural método para solução de qualquer problemas. Por ter natureza personalíssima, a negociação direta preserva a autoria e a autenticidade dos negociadores na solução de seus próprios conflitos, não existindo nada mais adequado e duradouro do que uma solução auto negociada. Em seguida, surgem os métodos que embora tenham a negociação como base, aproveitam a participação de terceiros como facilitadores, que auxiliam as partes a atingir o estágio produtivo das negociações e a chegarem a um acordo. Esses métodos são a mediação e a conciliação.

A mediação e a conciliação adotam técnicas destinadas a solucionar conflitos mediante correção de percepções unilaterais e desproporcionais das partes. O objetivo principal é expandir a comunicação entre as partes, de forma a permitir uma troca positiva de opiniões e discussões entre elas, que tornem possível o acordo. Todavia, a própria habilidade das partes, envolvidas em um processo de negociação, em criar métodos cooperativos e eficazes para solução dos conflitos, é de extrema importância para que a negociação seja produtiva e consiga efetivamente alcançar o seu objetivo, qual seja o de solucionar os conflitos entre as partes. Além disso, a capacidade das partes de superar a desconfiança e a animosidade recíprocas, enquanto trabalham na solução dos conflitos, e sua disponibilidade para aceitar soluções que sejam capazes de satisfazer, ao menos parcialmente, os seus interesses, consistem em aspectos fundamentais para uma boa negociação.

Na grande maioria das vezes, as partes envolvidas em negociações ou tentando superar conflitos, não conseguem, por si só, desenvolver processos eficazes ou superar as barreiras psicológicas que impedem o acordo, tornando-as incapazes de desenvolver suas próprias soluções integradas e, dessa forma, necessitando de ajuda para solucionar harmonicamente essas diferenças. Tal ajuda engloba desde a informação e o treinamento prévios nas técnicas de negociação, passando pela participação de um terceiro, neutro, que atua como organizador e facilitador para as partes chegarem, por elas próprias, a um acordo negociado, através da mediação, ou no auxílio de peritos ou experts neutros na avaliação do problema e na sugestão de rumos para a composição.

Neste contexto, o Novo Código de Processo Civil avançou no tema e instituiu a conciliação e a mediação como pilares de um novo modelo do processo civil brasileiro. A própria exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil deixa clara a importância da conciliação e da mediação como meios alternativos de resolução dos conflitos e que esse modelo deve ser prestigiado pela cultura jurídica brasileira²⁵. A bem da verdade, a mediação e a conciliação passam a fazer parte de um sistema integrado de resolução de disputas em que o objetivo central não é (apenas) o julgamento do processo e evolui para a resolução do conflito e pacificação social.

²⁴ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2003, p. 1.

²⁵ "Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.

Como regra, deve realizar-se audiência em que, ainda antes de ser apresentada contestação, se tentará fazer com que autor e réu cheguem a acordo. Dessa audiência, poderão participar conciliador e mediador e o réu deve comparecer, sob pena de se qualificar sua ausência injustificada como ato atentatório à dignidade da justiça. Não se chegando a acordo, terá início o prazo para a contestação."

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR²⁶ afirma que *“a mediação e a conciliação, de técnicas alternativas, passam a compor um quadro de soluções integradas, de modo que, uma vez proposta a demanda, haveria a possibilidade de escolha da técnica mais adequada para o dimensionamento de cada conflito”*.

De fato, o legislador brasileiro adotou a concepção de um “multi-door courthouse”²⁷, ou seja, um processo multiportas em que será verificado no caso concreto qual o mecanismo mais adequado para resolução do conflito e pacificação social. Foi concebido um sistema de justiça amplo que permite ao jurisdicionado usufruir de diferentes mecanismos para resolução dos conflitos incluindo a arbitragem, a mediação, a conciliação ou mesmo o processo judicial.

No Novo Código de Processo Civil, a adoção das técnicas e mecanismos voltados para a conciliação e a mediação, em algumas vezes, irá importar em ‘atraso’ processual, uma vez que, por exemplo, o réu será citado para comparecer em audiência e, somente após, apresentará contestação. Certamente, este compasso adotado pelo Novo Código de Processo Civil poderá prolongar o processo, mas, também certamente, as vantagens relacionadas à resolução do conflito justificam esse novo rito, sendo sempre importante lembrar que o objetivo principal do processo não deve ser a sua e sim a sua efetividade e pacificação social.

LÚCIA HELENA POLLETI BETTINI²⁸ chega a afirmar que *“a mediação e a conciliação são apresentadas como mecanismos utilizáveis para a efetividade dos direitos fundamentais e concreta proteção dos indivíduos e sua dignidade, especificamente na solução de seus conflitos, que devem ser entendidos como integrantes do processo objetivo, ou seja, um dos instrumentos passíveis de garantia da ordem constitucional”*, sendo que *“com a utilização dos meios extrajudiciais propostos, chega-se à proteção dos direitos fundamentais de maneira mais célere e com a sensação da efetiva realização dos mesmos, pois houve lugar privilegiado de atenção aos envolvidos no conflito interpessoal que puderam participar na construção da decisão”*.

Nada obstante o reconhecimento do legislador acerca da importância da conciliação e da mediação como meios alternativos de resolução dos conflitos, percebe-se que ainda há grande confusão por parte dos operadores do direito acerca das características destes institutos, motivo pelo qual justifica-se uma breve exposição acerca destes institutos para, após, analisar as disposições do Novo Código de Processo Civil a respeito.

3.1 A Mediação

Conforme já exposto, diante da dinamicidade com que as relações se criam e se desfazem no contexto de uma sociedade de consumo em massa, inúmeros são os impasses e conflitos que surgem diariamente. Enquanto alguns se apresentam de fácil resolução, sendo as

²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto, NOVO CPC FUNDAMENTOS E SISTEMATIZAÇÃO, 2015, Ed. Forense, pág 223/224

²⁷ Na concepção de Frank E. Sander, para a solução do conflito o certo é permitir ao jurisdicionado o uso de vários mecanismos distintos, sendo que no caso concreto se apresentará qual o mecanismo mais eficiente e adequado para resolução do conflito. O sistema multiportas abrangeria a conciliação, a mediação, a arbitragem e o processo judicial. SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. In: LEVIN, A. Leo; WHEELER, Russel R.. The Pound Conference: perspective on justice in the future. Saint Paul: West Publishing Co., 1979, pásg 83/85.

²⁸ BETTINI, Lúcia Helena Polleti, Mediação e Conciliação como instrumental de efetividade da razoável duração dos processos. Revista de Direito Constitucional e Internacional. 2013, RDCI 85. Pág 193/201.

partes envolvidas capazes de chegarem sozinhas a um acordo amigável, preservando, conseqüentemente, a relação existente entre elas; outros, em virtude da natureza do impasse, de suas características ou do nível de envolvimento emocional das partes, acabam bloqueando qualquer tipo de negociação entre elas.

A mediação, portanto, surge, em primeiro lugar, como um método alternativo de solução de conflitos. Nela, um terceiro, imparcial, auxilia as partes a chegarem, elas próprias, a um acordo entre si, através de um procedimento estruturado. JOSÉ MARIA GARCEZ ressalta que as partes auxiliadas se apresentam como as responsáveis pelas decisões e que o mediador tem apenas o objetivo de as aproximar e fazer com que sejam capazes de melhor compreender as circunstâncias do problema existente e a aliviar-se das pressões irracionais e do nível emocional elevado, que lhes embaraça a visão realista do conflito, impossibilitando uma análise equilibrada e afastando qualquer possibilidade de acordo²⁹.

Não cabe ao mediador, dessa forma, dar qualquer parecer quanto ao mérito do conflito, mas tão somente atuar como agente facilitador, ajudando as partes a chegarem a uma solução negociada de seu conflito. O mediador, enfim, limita-se a incentivar a busca de um acordo, sem, entretanto, tomar qualquer partido ou julgar e busca dar oportunidade para que as partes possam ser reconduzidas aos reais interesses envolvidos na disputa³⁰. Na mediação não há, portanto, decisão.

O escopo do trabalho a ser realizado pelo mediador foi bem estabelecido pelo artigo 165, §3º, do Novo Código de Processo Civil que estabelece que “*o mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos*”.

Sobre o procedimento da mediação, ADOLFO BRAGA NETO³¹ destaca as seguintes etapas: (i) pré-mediação, oportunidade em que se estabelece o primeiro contato entre as partes e o mediador; (ii) a investigação, em que o mediador esclarecerá o procedimento a ser adotado e tomará parte da complexidade e interrelação entre as partes; (iii) a criação de opções, em que o mediador conduzirá as partes à cogitação das possíveis alternativas para a resolução do conflito; (iv) a escolha das opções, momento em que o mediador, atento às necessidades e anseio das partes, as auxilia na eleição das opções de resolução aventadas; (v) a preparação para o acordo, quando será construído o termo final que represente o consenso a que chegaram as partes e (vi) a assinatura do termo final do acordo.

Para facilitar uma solução amigável, cumpre ao mediador em geral realizar reuniões conjuntas, com todas as partes presentes, o que não o impede de realizar reuniões separadas com cada uma delas. Essas reuniões permitem que o mediador crie uma atmosfera apropriada para as negociações, obtenha informações úteis, identifique os interesses de cada parte e ajude

²⁹ GARCEZ, José Maria Rossani. Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem. 2. ed. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2003, p. 35.

³⁰ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008, pág 208.

³¹ BRAGA NETO, Adolfo. Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. Mediação e Gerenciamento do Processo. São Paulo: Atlas, 2008, p. 65.

as partes a encontrarem bases comuns para a solução do seu conflito. Quaisquer declarações verbais prestadas ou documentos escritos fornecidos ao mediador por uma das partes, durante uma reunião em separado ou de outro modo, não serão transmitidos à outra parte, a menos que a primeira parte haja explicitamente autorizado o mediador a fazê-lo (artigo 166, §1º, do Novo Código de Processo Civil).

A mediação representa, assim, um procedimento destinado à solucionar o conflito sem a intervenção do Poder Judiciário, por meio de um terceiro que irá utilizar técnicas dentro de um procedimento estruturado de forma a facilitar a comunicação entre as partes e a posterior celebração de uma transação.

3.2 A Conciliação

Da mesma forma que a mediação, a conciliação é meio alternativo de resolução de conflitos em que um terceiro tem a responsabilidade de auxiliar as partes em litígio a chegar a uma solução consensual.

A conciliação pode ser judicial, quando desenvolvida no curso da demanda já instaurada, ou pré-processual, quando realizada antes da instauração do processo. Nada obstante, no Brasil, segundo JOSÉ MARIA GARCEZ, a expressão conciliação tem sido vinculada principalmente ao procedimento judicial, sendo exercida por juízes, togados ou leigos, ou por conciliadores bacharéis em direito. A conciliação 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 rapidamente³².

Na conciliação, o conciliador tem o papel relevante de incentivar as partes à resolução consensual do conflito e pode, inclusive, manifestar sua opinião sobre a solução mais justa sugerindo parâmetros para o acordo. Conforme aponta RODRIGO ALMEIDA MAGALHÃES³³, o conciliador não precisa ser neutro e tem papel ativo extremamente relevante durante a conciliação, uma vez que pode interferir no mérito das questões.

O atual Código de Processo Civil, após a Lei nº 8.952/94, já estabelece a tentativa de conciliação como elemento importante do processo litigioso e estabelece que compete ao juiz tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes (artigo 125, IV). Já o artigo 331 do Código de Processo Civil dispõe, inclusive, que se a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência especial de conciliação, à qual as partes ou seus procuradores com poderes para transigir deverão comparecer. Somente não sendo obtida a conciliação, diz o §1º do art. 331, o juiz prosseguirá com o processo, decidindo as questões pendentes e determinando as provas, para depois julgar o feito.

O procedimento sumário, inserido pela Lei 9.245/1995, também prestigia a tentativa de conciliação como elemento central do processo e a Lei nº 9.099/95, que instituiu os

³² GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2003, p. 49.

³³ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Formas Alternativas de resolução de conflitos*. Belo Horizonte. RHJ, 2008. Pág 28.

Juizados Especiais Cíveis e Criminais, prevê, inclusive, que aberta a sessão o juiz togado ou leigo esclarecerá as partes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio e que a conciliação será conduzida pelo juiz togado ou leigo, ou por conciliador sob sua orientação.

A despeito de a conciliação já ser uma realidade no processo civil brasileiro, é inegável que a falta de aculturação dos juízes, advogados e das partes impediu que houvesse um aproveitamento integral deste instituto e, por muitas vezes, este foi um procedimento vulgarizado e meramente formal no escopo do processo civil. De toda forma, há uma marcante mudança de paradigma estabelecida pelo Novo Código de Processo Civil, em que a conciliação deixa de ser uma alternativa para solução do litígio e passa a ter tratamento de política judiciária pela qual o conflito preferencialmente deve ser resolvido.

3.3 As diferenças entre a conciliação e a mediação e o Novo Código de Processo Civil

Os termos conciliação e mediação são inadequadamente e frequentemente utilizados como sinônimos. Apesar de guardarem similaridades entre si e estarem inseridos dentro da política de Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, os institutos guardam características próprias, sendo que o próprio Conselho Nacional de Justiça faz a necessária diferenciação entre a mediação e a conciliação³⁴.

A mediação constitui técnica distinta da conciliação, sendo que as diferenças mais expressivas estão no papel do mediador, na forma de abordagem do conflito e no procedimento utilizado para a resolução do conflito. FRANCISCO JOSÉ CAHALI³⁵ afirma que *“uma diferença fundamental da mediação em relação à conciliação é que naquela o mediador não faz propostas de acordo, mas apenas tenta aproximar as partes para que elas próprias consigam alcançar uma situação consensual de vantagem”*. Já LÍLIA MAIA DE MORAIS SALES³⁶ anuncia que *“a diferença fundamental entre a mediação e a conciliação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial. Na mediação, as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é consequência*

³⁴ “A Mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais, ou complexos. A Mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido, e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades.

A conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes.

As duas técnicas são norteadas por princípios como informalidade, simplicidade, economia processual, celeridade, oralidade e flexibilidade processual. Os mediadores e conciliadores atuam de acordo com princípios fundamentais, estabelecidos na Resolução 125/2010: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.” <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/conciliacao-mediacao>, acesso em 20.11.2015.

³⁵ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: resolução CNJ 125/2010 (e respetiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação. 3ª Ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2013, pág 41.

³⁶ SALES, Lília de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte. Del Rey. 2004. Pág 38.

da real comunicação entre as partes. Na conciliação, o mediador sugere, interfere aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo”. NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY³⁷ afirmam que “a distinção que se impõe fazer entre as duas figuras do conciliador e do mediador, que são auxiliares da justiça, inicia-se dos fatos que emergem da lide e apontam para a existência de partes em situação pontual de conflito, ou em situação potencial de permanência em conflito. O conciliador estabelece meios para a aproximação das partes e para o fim do litígio. O mediador analisa a causa do conflito em sua origem pré-processual e em sua extensão pós-processual, por causa de peculiaridades que fazem as partes permanecerem em situação de litígio (família, vizinhança, realização de negócios diferidos etc.)”.

Independentemente da distinção conceitual entre a mediação e a conciliação, fato é que ambos são meios alternativos de resolução de conflitos, por meio do qual terceiro auxilia as partes na construção de um acordo que resolva o conflito sem que seja necessária a decisão do Juiz togado e ambos devem observar os princípios da autonomia da vontade das partes, independência, confidencialidade, oralidade, informalidade, entre outros³⁸.

Como visto acima, a conciliação já era uma realidade na praxe forense brasileira, mas é inegável que o Novo Código de Processo Civil institui novo peso para a conciliação e a mediação constituindo, inclusive, pressuposto processual para o desenvolvimento válido do processo. O Juiz ao receber a petição inicial, antes mesmo da apresentação de defesa pelo réu, deverá designar audiência de conciliação ou de mediação, sendo que a audiência somente não será realizada se (i) ambas as partes manifestarem expressamente desinteresse na composição consensual ou (ii) quando a lide não admitir autocomposição (artigo 334).

O Livro III, Título IV, Capítulo III, Seção V, é inteiramente voltado para os conciliadores e mediadores, sendo previsto que os tribunais deverão criar “*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*” (artigo 165). Essa norma reproduz àquilo que estava previsto na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e que determinou a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, que serão responsáveis pela realização de audiências de conciliação e mediação pré-processuais (artigo 8º).

Em que pese muitos Tribunais ainda não tenham regulado este tema, em São Paulo, foram criados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania por meio do Provimento nº 1892 de 26 de maio de 2011 do Conselho Superior da Magistratura. JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM³⁹, um dos responsáveis pela criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania em São Paulo, aponta que “*há necessidade que os tribunais e seus dirigentes se conscientizem da importância de criar estruturas de atendimento aos cidadãos, como os Centros Judiciários de Solução Alternativa de Conflitos em todas as suas unidades e capacitem mediadores e conciliadores, dentro dos programas estabelecidos pelo CNJ, porque só com técnicas próprias o atendimento poderá ser eficiente*

37 NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de, Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Revista dos Tribunais. 2015.

38 A esse respeito ver ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda [et. al.], Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2015. pág 315/319.

39 NEVES AMORIM, José Roberto. O CNJ, A MEDIACAO E A CONCILIAcao. Revista de Arbitragem e Mediação. 2014. RArb 43. Pág 343/346.

e *solucionador*” e demonstra o sucesso do modelo lançado em São Paulo⁴⁰.

Nada obstante, a despeito de os Tribunais serem obrigados a manter Centros Judiciários de Solução de Conflitos, as partes podem escolher, de comum acordo, o mediador ou a câmara priva de mediação, sendo que não há obrigatoriedade de o mediador estar cadastrado no Tribunal (artigo 168 e §1º). Várias são as Câmaras de Mediação que já se encontram instaladas e em pleno funcionamento, podendo ser citados o Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM, fundado em 2000, a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp instituída em maio de 1995, entre outras.

Outra importante previsão do Novo Código de Processo Civil é a determinação para que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criem Câmaras de Mediação e Conciliação, “*com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo*” (artigo 174), o que revela a necessidade de os entes públicos também participarem das políticas de conciliação e mediação especialmente considerando que mais da metade dos processos judiciais no Brasil envolvem entes públicos.

Enfim, parece-nos realmente que o Novo Código de Processo Civil pretende inaugurar uma nova era do Direito Brasileiro superando a cultura do litígio e reconhecimento da conciliação e da mediação como eficazes instrumentos de pacificação dos conflitos sociais.

4. O DEVER/PODER DE O JUIZ INCENTIVAR A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO

Como visto acima, os meios alternativos de resolução de conflitos já são uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro. É evidente que não se pode entender que a conciliação ou a mediação, ou qualquer outra forma de solução de controvérsias, serão a solução única para que haja verdadeiro acesso à justiça. Contudo, parece-nos hoje haver consenso de que estes institutos podem contribuir de forma relevante para o aprimoramento do acesso à justiça.

Todavia, é necessário observar que não basta a mera positivação destes institutos, sendo necessário que haja um acultramento da comunidade jurídica acerca da importância e relevância dos meios alternativos de resolução de conflitos, em especial a conciliação e a mediação, de forma com que haja integral aproveitamento da potencialidade destes institutos para aperfeiçoamento do acesso à justiça no Direito Brasileiro.

O Novo Código de Processo Civil estipula dentre as normas fundamentais do processo civil que “*o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos*” (artigo 3º, §2º) e que “*a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de*

⁴⁰ “Apenas para exemplificar o sucesso da referida política pública, nos valeremos da estatística dos Centros Judiciários - Cejusc’s de São Paulo, que atualmente conta com 114 unidades espalhadas pelo Estado, no ano de 2013: (1) fase Pré-processual - cível: 63% de acordos nas audiências; família: 93% de acordos nas audiências; (2) fase processual - cível: 51% de acordo nas audiências; família: 85% de acordo nas audiências. O Cejusc Central, na fase-processual na área de família, equivale a 10 Varas de Família em número de conciliações obtidas.

Os números apresentados demonstram o acerto das políticas públicas de conciliação e mediação, restando-nos o trabalho de divulgação para a população, no sentido de que antes de judicializar uma ação, dirigir-se a um Centro Judiciário, onde certamente o conflito será solucionado com mais agilidade.”

conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (artigo 3º, §3º), o que revela a importância destes institutos e impõe uma nova forma de atuação jurisdicional. A audiência de conciliação e/ou mediação não podem ser atos meramente formais antes de ser proferida sentença e, ao nosso ver, será relevante a atuação dos juízes para que a conciliação e a mediação não sejam achacadas pela prática forense.

De fato, em que pese a responsabilidade dos advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público estimularem a conciliação, parece-nos que, em particular, é necessário observar o papel central que o Juiz irá desempenhar de acordo com o Novo Código de Processo Civil para incentivar a conciliação e a mediação.

KAZUO WATANABE⁴¹, grande incentivador da mediação no Direito Brasileiro, discorre sobre a chamada ‘cultura da sentença’ no Brasil e sobre os efeitos nocivos para o acesso à justiça e CARREIRA ALVIM⁴² observa a importância de os juízes incentivarem a conciliação e a mediação ao afirmar que *“a função conciliatória é tão eficaz quanto à jurisdicional”*⁴³. JOSÉ HERVAL SAMPAIO JÚNIOR aborda a necessidade que *“o Juiz passe a se preocupar com a pacificação social em todas as suas decisões, ou melhor, esclarecendo, nas suas atitudes dentro do processo”*, sendo que *“os Juízes precisam se desprender dessa concepção de que sua tarefa precípua é decidir e que a tentativa de conciliação prevista nos procedimentos é somente uma formalidade”*⁴⁴.

Ao nosso ver, é necessário que, além das mudanças legislativas aqui representadas no Novo Código de Processo Civil, haja evolução da mentalidade dos operadores do direito para o chamado Modelo Cooperativo do Processo Civil. De acordo com FREDIE DIDIER JR no Modelo Cooperativo do Processo Civil:

“surgem deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional, que assume uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, e assimétrico no momento da decisão; não conduz o processo ignorando ou minimizando o papel das partes na divisão do trabalho, mas sim em uma posição paritária, de equilíbrio. No entanto, não há paridade no momento da decisão, as partes não decidem com o juiz; trata-se de uma função que lhe é exclusiva. Pode-se dizer que a decisão judicial é fruto da atividade processual em cooperação; é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado”.

(...)

Parece que a reflexão maior está em como o magistrado deve adotar uma postura de intensa participação com os demais sujeitos processuais, promovendo um amplo contraditório, se aproximando dos debates travados nos autos, e, pautado pelo princípio

⁴¹ WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento adequado dos Conflitos de Interesses. In PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord). Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pág 4.

⁴² ALVIM, J. E. Carreira. Juizados Especiais Federais. Rio de Janeiro. Forense. 2002, pág 33/34.

⁴³ “É pena que os juízes togados não deem à conciliação a importância que deveriam dar e, mesmo quando a promovam, façam-no de forma mecânica e tão artificial, que mais parece o cumprimento de um ritual para se chegar mais rapidamente ao fim do processo e à sentença”. E arremata “No dia em que os juízes entenderem que a função conciliatória é tão eficaz quanto à jurisdicional, talvez ela se mostre mais eficaz, cumprindo o seu efetivo papel de via alternativa na resolução de conflitos.”

⁴⁴ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. O papel do juiz na tentativa de pacificação social: a importância das técnicas de conciliação e mediação. In: Bases Científicas para um Renovado Direito Processual. Organizadores: CARNEIRO, Athos Gusmão e CALMON, Petrônio. Ed. Juspodivm, 2ª Edição, 2009, pág 590/591.

da cooperação entre todos os sujeitos processuais, decidindo a melhor forma de o rito processual prosseguir em seu trâmite; e aí se incluindo quais provas devem ser produzidas nos autos.

(...)

O NCPC traz, portanto, o desafio de o processualista estudar o processo civil com base em um novo modelo, que transcende o duelo entre o princípio inquisitivo e o princípio dispositivo. O NCPC encampa o modelo cooperativo do processo civil, pautado no contraditório amplo e na intensa participação do magistrado na organização e comando do processo, o que resulta naturalmente no exercício dos poderes instrutórios por parte do magistrado e conforme autoriza o NCPC.”⁴⁵

A interpretação do princípio da efetividade processual em conjunto com os meios alternativos de resolução dos conflitos revela que o juiz não pode ser compreendido como um “*mero observador, estranho ao processo, mas sim participa (junto) com as partes na busca e construção da (metáfora da) resposta correta, que se dá pelo desvelamento.*”⁴⁶. Ressaltando a importância de o Juiz atuar para conciliar as partes e pacificar o conflito social, o artigo 359 do Novo Código de Processo Civil determina que instalada a audiência de instrução e julgamento, o juiz deverá tentar conciliar as partes.

É evidente que, em muitos casos, o Juiz não irá conduzir a conciliação ou a mediação, sendo que o próprio Novo Código de Processo Civil prevê que o magistrado poderá se valer de centros de mediação e/ou de profissionais cadastrados no Tribunal. Todavia, é necessário que o Juiz compreenda a mediação e a conciliação como método eficiente para a resolução dos conflitos e atue de forma determinante a incentivar a adoção destes meios e, se necessário, conduzir a própria audiência de tentativa de conciliação.

Nesse sentido, JOSÉ HERVAL SAMPAIO JÚNIOR afirma que “*tanto a conciliação como a mediação quanto ao cumprimento do acordado, são mais eficazes, nesse quadrante, do que as decisões jurisdicionais, o que deve ser levado em consideração em razão do movimento de algum tempo pela efetividade do processo*” e que é necessário que “*os Juízes conheçam as técnicas de conciliação e mediação que os orientarão para um bom desempenho dessa atividade*”⁴⁷.

Assim, parece-nos não ser mais possível compreender o Juiz em um escopo meramente reativo, sendo que a conciliação e a mediação como instrumentos de pacificação social poderão atingir toda sua potencialidade se houver uma participação ativa dos Juízes durante estes procedimentos com o reconhecimento de que a função conciliatória é tão eficaz e importante quanto à jurisdicional.

⁴⁵ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Efetividade processual, princípio da cooperação e poderes instrutórios. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 175/190, abr./jun. 2015.

⁴⁶ HERZL, Ricardo Augusto; ENGELMANN, Wilson. Processualismo tecnocrático versus Processualismo tecnológico: da eficiência quantitativa à efetividade qualitativa no direito processual civil. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 437/464, abr./jun. 2015.

⁴⁷ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. O papel do juiz na tentativa de pacificação social: a importância das técnicas de conciliação e mediação. In: Bases Científicas para um Renovado Direito Processual. Organizadores: CARNEIRO, Athos Gusmão e CALMON, Petrônio. Ed. Juspodivm, 2ª Edição, 2009, pág 590/591.

5. CONCLUSÃO

A sociedade de consumo em massa impõe para os operadores do direito uma ampla revisão na praxe forense de forma que os institutos processuais passem por uma reformulação que efetivamente permita alcançar o princípio do acesso à justiça e da efetividade processual.

Os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, em especial, a conciliação e a mediação, dentro de um sistema multiportas de acesso ao judiciário, podem ser instrumentos úteis e eficientes para resolução dos conflitos e pacificação social. Contudo, a conciliação e a mediação, não podem ser compreendidas como medidas previstas no ordenamento jurídico com o único intuito de dar maior celeridade aos processos e reduzir o trabalho dos Juízes. A redução do número de processos é objetivo meramente secundário dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos. O objetivo principal dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos é permitir que o jurisdicionado tenha à sua disposição mecanismos aptos a permitir a resolução do conflito com efetividade.

O Novo Código de Processo Civil inegavelmente representa um avanço no tratamento dispensado aos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos e reconhece que a resolução do conflito por meio da conciliação e/ou da mediação deve ter caráter preferencial e prioritário.

Nada obstante, é necessário que se conclua este artigo com um clamor para a comunidade jurídica. Toda vez que há promulgação de novas regras no processo civil brasileiro, há esperança e expectativa de que automaticamente serão resolvidos todos os problemas enfrentados pelos jurisdicionados e pelo Poder Judiciário. Todavia, o que efetivamente permitirá a resolução dos problemas enfrentados pelos jurisdicionados e pelo Poder Judiciário é a mudança de atitude dos protagonistas do processo, em especial do Juiz. Se não houver uma renovação da atitude dos operadores do direito, o Novo Código de Processo Civil vai manter os vícios do Código de Processo Civil de 73.

6. BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, J. E. Carreira. Juizados Especiais Federais. Rio de Janeiro. Forense. 2002.
- ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda [et. al.], Primeiros comentários ao novo código de processo civil. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2015.
- AMARAL, Guilherme Rizzo, Efetividade, Segurança e Massificação e a proposta de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Revista de Processo. RePro 196/237.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Efetividade do processo e técnica processual, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1995, pág 318/330.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BETTINI, Lúcia Helena Polleti, Mediação e Conciliação como instrumental de efetividade da razoável duração dos processos. Revista de Direito Constitucional e Internacional. 2013, RDCI 85. Pág 193/201.
- BOBBIO, Noberto, A era dos direitos, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992.
- BRAGA NETO, Adolfo. Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. Mediação e Gerenciamento do Processo. São Paulo: Atlas, 2008.
- CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: resolução CNJ 125/2010 (e respetiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação. 3ª Ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2013.
- CAPPETTETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabris. 1988.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 5. ed. São Paulo, 1996.
- DINAMARCO, Candido Rangel. Universalizar a Tutela Jurisdicional. Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo: Malheiros, 2010, v. I.
- FARIA, José Eduardo. O Direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GALANTER, Marc. Introduction: Compared to what? Assesing the quality of dispute processing. Denver University Law Review, n. 66, 1989.
- GARCEZ, José Maria Rossani. Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem. 2. ed. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2003, p. 1.
- GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Técnicas Extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: RT, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e Mediação Endoprocessuais na Legislação Projetada. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil, Ano XIII, nº 91, RDC nº 91, set/out 2014, pág 71/92.
- HERZL, Ricardo Augusto; ENGELMANN, Wilson. Processualismo tecnocrático versus Processualismo tecnológico: da eficiência quantitativa à efetividade qualitativa no direito processual civil. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 437/464, abr./jun. 2015
- LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo. São Paulo: RT, 2002.
- MACEDO JÚNIOR, RONALDO PORTO, Contratos Relacionais e defesa do consumidor, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Formas Alternativas de resolução de conflitos. Belo Horizonte. RHJ, 2008.
- MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Efetividade processual, princípio da cooperação e poderes instrutórios. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 175190, abr./jun. 2015.

- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional, 3ª Ed., São Paulo, RT, 2010.
- MORAES, Humberto Pena de. A assistência judiciária pública e os mecanismos de acesso à justiça no estado democrático. Revista de Direito da Defensoria Pública. Rio de Janeiro. V. 1, pág 70, 1988.
- NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de, Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Revista dos Tribunais. 2015.
- NEVES AMORIM, José Roberto. O CNJ, A MEDIACAO E A CONCILIAÇÃO. Revista de Arbitragem e Mediação. 2014. RArb 43. Pág 343/346
- SALES, Lília de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte. Del Rey. 2004.
- SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. O papel do juiz na tentativa de pacificação social: a importância das técnicas de conciliação e mediação. In: Bases Científicas para um Renovado Direito Processual. Organizadores: CARNEIRO, Athos Gusmão e CALMON, Petrônio. Ed. Juspodivm, 2ª Edição, 2009.
- SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. In: LEVIN, A. Leo; WHEELER, Russel R.. The pound Conference: perspective on justice in the future. Saint Paul: West Publishing Co., 1979.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. Sindicados e Ações Coletivas. Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 2 Edição. Editora LTr. São Paulo. 2008.
- TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008, pág 208.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. RDC Nº 36 - Jul-Ago/2005. Pág 20/37.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto, NOVO CPC FUNDAMENTOS E SISTEMATIZAÇÃO, 2015, Ed. Forense.
- WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento adequado dos Conflitos de Interesses. In PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord). Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.