

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS SOBRE O PRISMA
DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

BRUNNA KLITZKE CARDOSO DOS SANTOS

Presidente Prudente/SP

2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS SOBRE O PRISMA
DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

BRUNNA KLITZKE CARDOSO DOS SANTOS

Monografia apresentada como requisito
parcial de Conclusão de Curso para
obtenção do grau de Bacharel em Direito,
sob orientação do Prof. Daniel Gustavo de
Oliveira Colnago Rodrigues

Presidente Prudente/SP

2016

**MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS SOBRE O PRISMA
DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Monografia aprovada como
requisito parcial para obtenção
do Grau de Bacharel em Direito

DANIEL GUSTAVO DE OLIVEIRA COLNAGO RODRIGUES

RENATO TINTI HERBELLA

CATARINA MARIANO ROSA

Presidente Prudente, 23 de novembro de 2016

Peça a Deus que abençoe os seus planos, e eles darão certo.

Provérbios 16:3

*Dedico este trabalho ao meu tio
Amós Cardoso dos Santos (in
memoriam)*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de expressar minha eterna gratidão ao meu bom Deus, o autor da vida, Aquele que tem me sustentado em todos os momentos, tenho a plena convicção de que neste não foi diferente. Ele esteve presente me dando forças e sabedoria para concluir mais esta etapa com êxito.

Minha família, meu alicerce, jamais encontrarei palavras para agradecer tudo o que vocês fizeram e fazem por mim, dedico este trabalho a vocês.

Da mesma forma, agradeço aos meus amigos, tanto aqueles que encontrei no percorrer da vida acadêmica, quanto aos meus amigos de estágio, me deram ânimo e incentivo para a realização deste trabalho.

Agradeço imensamente ao meu orientador, Professor Daniel Colnago, que esteve à disposição desde o princípio, professor este a qual eu admiro muito e que me espelhei para a escolha deste tema.

À minha banca examinadora, Professor Renato Herbella que gentilmente aceitou meu convite, e a Doutora Catarina Mariano que desde os meus primeiros passos da vida acadêmica sempre me incentivou a alçar voos mais altos, me ensinando e auxiliando em tudo, assim sendo, seria injusto ela não estar presente neste momento tão importante.

RESUMO

O presente trabalho visa especificamente analisar os métodos alternativos de solução de conflito sobre o enfoque do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, promulgado em 2015. Com a grande demanda de processos no Poder Judiciário, este se encontra em uma verdadeira crise. O Código de Processo Civil, desde a sua concepção visou retomar, agora com maior veemência, a aplicação dos também denominados equivalentes jurisdicionais como uma fórmula de escape para crise, além, da busca pela extinção da cultura do litígio e da sentença enraizada na sociedade brasileira. O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao estipular a audiência de conciliação e mediação antes mesmo da contestação do réu, demonstrando assim o seu real interesse na solução da lide logo no início do procedimento. Desta feita, analisaremos os métodos alternativos e suas particularidades, abordando cada uma de suas espécies. Ademais, por meio deste, explanaremos toda a sistemática apresentada pelo código no que diz respeito a aplicabilidade de tais métodos.

Palavras-chave: Pluralismo Jurídico. Acesso à Justiça. Meios alternativos de solução de conflitos. Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT

The present work aims to specifically analyse alternative methods of conflict solution on the focus of the New Brazilian Civil Procedure Code, promulgated in 2015. With the great demand of processes in the Judiciary, it is in a real crisis. The Civil Procedure Code, since their conception aimed to resume, now with greater vehemence, the application of the also referred as jurisdictional equivalents as a formula for exhaust crisis, in addition, the search for the termination of the litigation culture and the ruling rooted in Brazilian society. The Civil Procedure Code of 2015 innovated to provide conciliation and mediation hearing even before the plea of the defendant, thus demonstrating their real interest in the solution of the dispute at the beginning of the procedure. This time, we will look at alternative methods and their particularities, addressing each of its species. Furthermore, through this, we will illustrate all systematic presented by code regarding the applicability of such methods.

Keywords: Legal Pluralism. Access to Justice. Alternative means of conflict resolution. Civil Procedure Code of 2015.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPC – Código de Processo Civil

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PLURALISMO JURÍDICO	13
2.1 Culturas Jurídicas Estatais	13
2.2 Monismo Jurídico	15
2.3 Pluralismo Jurídico	17
2.3.1 Boaventura de Sousa Santos e o direito de Pasárgada	18
3 O ACESSO À JUSTIÇA E A DESJUDICIALIZAÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS	21
3.1 Conceito de Acesso à Justiça	21
3.2 Projeto Florença e as Ondas Renovatórias de Universalização do Acesso à Justiça	24
3.3 Desjudicialização.....	27
3.4 Desjudicialização no Âmbito Notarial e Cartorial.....	29
3.5 Desjudicialização das Controvérsias e os Limites da Inafastabilidade da Jurisdição	30
4 EQUIVALENTES JURISDICIONAIS	32
4.1 Autotutela	34
4.2 Conciliação.....	35
4.3 Mediação.....	36
4.3.1 Modelo tradicional-linear de Harvard.....	38
4.3.1.1 Primeiro estágio: <i>contracting</i>	38
4.3.1.2 Segundo estágio: <i>developing issues</i>	38
4.3.1.3 Terceiro estágio: <i>looping</i>	39
4.3.1.4 Quarto estágio: <i>brainstorming</i>	39
4.3.1.5 Quinto estágio: <i>drafting the agreement</i>	39
4.3.2 Modelo transformativo de Bush e Folger.....	40
4.3.3 Modelo circular-narrativo de Sara Cobb	40
4.4 Arbitragem.....	41
4.5 Julgamento por Tribunal Administrativo	42
5 MEIOS ALTERNATIVOS NO DIREITO COMPARADO	44
5.1 Mediação.....	44
5.2 Conciliação.....	45
5.3 Arbitragem.....	46
6 MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	47
6.1 Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça	48
6.2 Dos Conciliadores e Mediadores.....	49
6.2.1 Cadastro como mediador e o exercício da advocacia.....	51
6.2.2 Centros judiciários de solução de conflitos.....	54
6.3 Da Audiência de Conciliação e Mediação e seus Princípios Norteadores .	56

6.3.1 Princípio da independência	59
6.3.2 Princípio da imparcialidade	60
6.3.3 Princípio da autonomia da vontade	60
6.3.4 Princípio da confidencialidade	61
6.3.5 Princípio da oralidade e informalidade	61
6.3.6 Princípio da decisão informada	62
6.4 Aplicabilidade nos Conflitos que Envolvem os Entes Públicos como Parte da Lide	62
7 CONCLUSÃO	65
8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

1 INTRODUÇÃO

A máquina jurisdicional brasileira passa por um verdadeiro colapso. Processos que deveriam durar um curto período de tempo se arrastam por anos para chegarem a um desfecho final.

O legislador percebendo que era necessário a edição de um Novo Código de Processo Civil, tendo em vista, que o antigo estava vigente por 42 (quarenta e dois) anos, elaborou em 2014 um projeto para a alteração completa do texto de lei, sendo este promulgado e entrado em vigência no ano de 2015.

Com a criação deste novo código, o legislador presenciando a crise judiciária em que o país se encontrava, aproveitou e deliberou no sentido de regulamentar acerca dos métodos alternativos de resolução de controvérsias, como forma de proporcionar celeridade ao processo, abarcando com maior veemência em sua redação o que a Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça já ditava.

Neste sentido, o presente trabalho abordou a sistemática envolvendo os meios alternativos de solução de conflito na vigência do Código de Processo Civil de 2015. Nos valem do método dedutivo, através do emprego da reflexão e de hipóteses explicativas.

No segundo capítulo discorremos sobre a teoria advinda juntamente com a sociedade contemporânea, o denominado pluralismo jurídico, que aduz a descentralização do Poder Estatal no que concerne a elaboração de normas e na resolução dos conflitos. Neste foi abordado ainda, o instituto sob a análise do doutrinador Boaventura de Sousa Santos, que o denominou de direito de Pasárgada.

Seguindo o silogismo, no terceiro capítulo conceituamos o princípio do acesso à justiça, demonstrando a sua retificação com o passar do tempo. Nesta senda, discorremos sobre os estudos da mais importante obra sobre o tema, dos autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, exemplificando as denominadas ondas renovatórias de universalização do acesso à justiça, obtidas por meio do relatório do nomeado Projeto Florença.

No mesmo capítulo, estudamos o fenômeno da desjudicialização, que nada mais é do que a transferência dos conflitos da esfera judicial para esfera extrajudicial, através do emprego dos métodos alternativos de resolução de conflitos e para esfera cartorial e notarial, como forma de desafogar o Poder Judiciário em virtude da crise perdurada.

Outrossim, interpelamos no sentido de se a desjudicialização afronta ou não o princípio do inafastabilidade jurisdicional.

O tema versado no quarto capítulo foi acerca dos equivalentes jurisdicionais. Nele discorreremos sobre a classificação apresentada pela doutrina, esquadrihando cada espécie, sua aplicação e particularidades.

No capítulo cinco contrastamos os métodos alternativos sob a perspectiva do direito comparado, abordando sua aplicação em alguns países.

E por fim, no capítulo seis o tema principal e almejado do presente trabalho, exploramos os equivalentes jurisdicionais sobre o prisma do novo Código de Processo Civil Brasileiro, indagando e ponderando sobre as inovações contidas nele e sua aplicação ante os casos concretos.

2 PLURALISMO JURÍDICO

O ponto de partida do presente trabalho é a análise do pluralismo jurídico e suas particularidades. Contudo, para que se chegue ao fim almejado, é necessário que se faça um itinerário histórico. Nesta senda, seguindo a lógica imposta em uma das obras mais importantes do referido tema, a obra de Antônio Carlos Wolkmer, exploraremos as culturas jurídicas estatais.

2.1 Culturas Jurídicas Estatais

Um dos primordiais momentos históricos da cultura jurídica estatal, se deu com o Feudalismo. Muitos autores consideram este momento o ápice do pluralismo jurídico. Este modelo de organização política e social tem sua origem no Império Romano, mais precisamente no século V. Se estruturava por meio dos senhores feudais, também intitulados de suseranos, que nada mais eram do que os detentores de terras, por conseguinte, os centralizadores de maior poderio naquela época.

Sucedendo a figura dos suseranos, surgiam os vassalos, aqueles que exerciam o direito de posse de alguns lotes dessas terras, concedido pelos senhores feudais, além de requererem proteção, em troca da prestação de seus serviços, notadamente, aqueles que diziam respeito as terras do suserano.

Vislumbra-se neste sistema, a inexistência do poder nas mãos do Estado, estando este centralizado nas relações particulares em cada feudo, entre os suseranos e vassalos. As próprias partes ditavam as regras acerca da relação.

Com o fim do sistema feudal, nasce um novo modelo na cultura jurídica, o capitalismo, sendo um “modelo de desenvolvimento econômico e social em que o capital é o instrumento fundamental da produção material” (WOLKMER, 2001, p. 29). O principal fim deste sistema é a aquisição de lucros.

Na história o capitalismo percorre por três fases distintas: capitalismo mercantil (século XVI até o século XVIII), capitalismo industrial (Revolução Industrial) e o capitalismo financeiro (início no século XX).

Surge neste diapasão, a figura da denominada burguesia, representando os agentes detentores do domínio sobre os bens e meios de produção, criando novas categorias, substituindo assim, aquelas desenvolvidas pelo modelo feudal. Sobrevém a classe denominada proletariado, os que não detinham poder sobre tais bens, oferecendo apenas sua mão de obra barata. Sendo assim, surgiu naquela época duas grandes classes: a burguesia e o proletariado. Para Karl Marx (1984, p. 414) “a burguesia colocou uma exploração aberta, cínica, direta e brutal.”

Caminhando na história vemos que a burguesia, começa a apoiar e incentivar o poder político exercido pelos reis, tendo como maior justificativa o interesse por um sistema que a privilegiasse, sobretudo, o seu comércio.

O poder que emanava do rei, era um poder absoluto, sendo exercido da maneira como ele assim elegeisse, interferindo desde as relações privadas até os assuntos de caráter religioso, envolvendo a Igreja; sendo naquela época considerado um deus.

Contudo, como este poder era desempenhado de maneira soberana, e a burguesia observando que isso culminou no impedimento da livre comercialização de seus bens e produtos, sobrevém uma corrente/doutrina nomeada Liberalismo, que visava especificamente a extinção do regime absolutista, erguendo a bandeira da liberdade, igualdade e fraternidade.

O emblema hasteado pela burguesia ganhou adeptos de todas as classes, entretanto, com o passar do tempo foi tomando um novo rumo, priorizando apenas os interesses da burguesia.

Posteriormente vem à tona as ideias jusnaturalistas e por conseguinte o Estado de Direito, abarcando a teoria da separação dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). Segundo Wolkmer (2001, p. 46) com o advento do direito estatal, “atribui ao Estado Moderno o monopólio exclusivo da produção de normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que se vão impondo.”

Essa premissa incorpora a corrente intitulada de monismo jurídico, outro importante momento que deve ser estudado para que possamos atingir o instituto estimado, qual seja, o pluralismo jurídico.

Por conseguinte, avançaremos para a análise do surgimento do monismo jurídico, tema tratado no próximo tópico.

2.2 Monismo Jurídico

Após todo o percurso histórico das culturas estatais, chegamos ao surgimento do fenômeno denominado monismo jurídico.

Ana Luísa do Couto Andrade e Mariana Dantas Ribeiro (2011, p. 05) conceituam monismo jurídico como sendo:

[...] um modelo técnico, formal, preocupado com a legalidade e o reducionismo normativista para garantir a hegemonia do Estado “juiz” e frear as manifestações concomitantes com a imposição estatal. Surge com o esgotamento do feudalismo e emergência burguesa, sendo um instrumento de desenvolvimento socioeconômico no qual o capital é o instrumento principal, e posteriormente vai servir de arma para a manutenção do poder burguês que ascende e deseja a supremacia de seus valores.

Assim sendo, extraímos deste conceito que, o monismo jurídico nada mais é do que a aplicação do direito, a resolução das lides, emanada apenas por parte do Estado. O monismo jurídico sobrevém do monopólio estatal, no exercício absoluto por parte deste, centralizando desta feita, o seu poderio, defendendo a gênese de apenas um ordenamento jurídico.

Sob a ótica desta corrente, não é possível que a criação de normas e a deliberação acerca de casos concretos e abstratos se dê de maneira alternativa, distinta do sistema estatal; a organização social só se dá pelo Estado.

No modelo monista não há qualquer abertura para a participação da sociedade na criação de normas e no ordenamento jurídico em si, não existindo qualquer relação entre eles, é um modelo fixo, inflexível e rígido.

Para o doutrinador Lucas Borges de Carvalho (2010, p. 15) este sistema “funda-se na tese da autossuficiência do ordenamento jurídico: o direito legitima-se por si mesmo, independentemente de referências.”

Em sua obra Wolkmer (2001, p. 26) expõe os princípios da univocidade, da estatalidade, da racionalidade formal, da certeza e da segurança jurídica, como pilar da estrutura do monismo.

César Fiuza (1995, p. 35) defende:

[...] se a sociedade se organiza e descobre alternativas pacíficas e eficazes para resolver seus litígios, por que proibi-las? A resposta só pode ser uma: é o velho e injustificado temor do sistema dominante de perder o controle, as rédeas, não ser mais o ditador das regras do jogo.

Ocorre que, com as concepções geradas por esta corrente, a globalização e a percepção dos denominados novos direitos, trouxeram como corolário uma crise na Justiça e neste ordenamento unitário. Joaquim de Arruda Falcão (2006, p. 28) traça essa realidade ao dizer que “a lentidão e o difícil acesso ao Judiciário são talvez os melhores indicadores da ambição irrealizada do monismo jurídico.”

Nas palavras de Wolkmer (2001, p. 69/70):

esta supremacia representada pelo estatismo jurídico moderno, que funcionou corretamente com sua racionalidade formal e serviu adequadamente às prioridades institucionais por mais de dois séculos, começa, com a crise do Capitalismo monopolista e a consequente globalização e concentração do capital atual, bem como com o colapso da cultura liberal-individualista, a não mais atender o universo complexo dos sistemas organizacionais e dos novos sujeitos sociais. Evidencia-se o descompasso de uma estrutura normativista, gerada em função de valores e de interesses, que sofre incisivas modificações paradigmáticas e não mais retrata os inteiros objetivos das condições de vida presentes.

Vislumbra-se desta forma, que conforme a evolução da sociedade e seus anseios, as normas oriundas do Estado não estavam mais satisfazendo os interesses e nem tendo mais eficácia.

Na concepção de João Paulo A. Teixeira (1997, p. 386):

[...] ao colocar o Direito estatal na posição de única ordem jurídica válida, identificando o Direito ao próprio Estado, o monismo parece incorrer uma espécie de “síndrome reducionista”, parcializando quanto ao entendimento da realidade.

Destarte, oposto a isso, advém a época o denominado pluralismo jurídico, o foco central do presente capítulo, como forma de contornar a crise e a problemática envolvendo o sistema monista, criando um novo paradigma.

2.3 Pluralismo Jurídico

O pluralismo jurídico surge com um conceito completamente diverso daquele contido no monismo jurídico. Neste modelo há a descentralização do poder estatal, as normas e a própria organização da sociedade não derivam apenas do Estado mas, tanto da própria sociedade, como através de mecanismos alternativos à ela.

O sistema pluralista não é engessado como o monista mas, sim um sistema aberto e flexível, dando abertura para a participação social. Oposto ao abarcado no monismo que impõe a criação de um único ordenamento jurídico, o pluralismo jurídico defende a existência de vários ordenamentos jurídicos.

Na visão de Wolkmer (2008, p. 188) o pluralismo se apresenta como a “multiplicidade de manifestações ou práticas normativas num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais materiais”.

Isto posto, vemos que as sociedades contemporâneas, no decorrer do tempo, e com o surgimento de novos anseios “cada vez mais, exteriorizam a pluralidade ao tornarem-se mais complexas e mais insuscetíveis de serem reguladas por um único código estatal” (MALISKA, 2000, p.36).

Wolkmer (2001, p. 233/234) trata do novo paradigma do pluralismo:

Torna-se imperativo que o pluralismo como novo referencial do político e do jurídico esteja necessariamente comprometido com a atuação de novos sujeitos coletivos (legitimidade dos autores), com a satisfação das necessidades humanas essenciais (“fundamentos materiais”) e com o processo político democrático de descentralização, participação e controle comunitário (estratégia). Soma-se ainda a inserção do pluralismo jurídico com certos “fundamentos formais” como a materialização de uma “ética concreta da alteridade” e a construção de processos atinentes a uma “racionalidade emancipatória”, ambas capazes de traduzir a diversidade e a diferença das formas de vida cotidianas, a identidade, informalidade e autonomia dos agentes legitimadores.

Em sua obra, Wolkmer traz a proposta do pluralismo jurídico através da maior participação social, com o surgimento intitulado por ele de novos sujeitos coletivos de juridicidade e principalmente por intermédio da

alternatividade do direito, da alternatividade estatal, abarcando nesta senda, os meios alternativos de solução de conflitos, a resolução destes pelas vias não-institucionalizadas.

Neste sentido, no discurso de Valdoir da Silva Santos (2006, p. 153):

[..] direção tomada pelos movimentos sociais, manifesta-se como um processo de ruptura com toda a herança política recebida, abrindo novos espaços e soluções alternativas, que questionaram, na base, o paradigma cultural dominante de cunho monista, liberal-burguês. De fato, há um verdadeiro questionamento das estruturas conservadoras de poder e da cultura jurídica de característica elitista, antipopular, autoritária e corporativista. Os movimentos sociais assumem um novo papel de viés revolucionário, em face da crise de representação política, abrindo outros horizontes alternativos na luta pela afirmação e reconhecimento das novas identidades assumidas por estes atores sociais.

Cabe ressaltar que o pluralismo jurídico não defende a ideia da extirpação completa da criação de normas e resolução dos conflitos com base nelas, por parte do Estado, mas, tão somente sua descentralização e a aplicação de métodos alternativos à ele, tendo como maior objetivo o fim da crise instalada. É imprescindível demonstrar que a figura do Estado é o pilar da organização jurídica e social.

2.3.1 Boaventura de Sousa Santos e o direito de Pasárgada

No presente tópico, estudaremos o pluralismo na visão do doutrinador Boaventura de Sousa Santos. A obra de Boaventura que trata acerca do pluralismo jurídico e que analisaremos a partir de agora é O Discurso e o Poder.

Na referida obra o doutrinador em meados dos anos setenta, faz uma análise da prática jurídica da comunidade da favela do Rio de Janeiro, mais precisamente o que ele denominou de Pasárgada.

O direito em Pasárgada é próprio, tendo uma organização diversa da idealizada pelo Estado, sendo visto desta forma, como ilegal.

Nas palavras do autor:

Pasárgada é uma comunidade densamente povoada, no seio da qual se estabeleceu uma teia muito complexa de relações sociais entre os habitantes e entre estes, individualmente, e a comunidade no seu todo, algumas das quais têm origem em contratos (compra e venda, arrendamento, etc.) e outros negócios jurídicos que envolvem a propriedade, a posse e os direitos reais vários sobre a terra e as habitações (ou parte delas) individualmente apropriadas. Tais relações têm uma estrutura homológica das relações jurídicas. No entanto, à luz do direito oficial brasileiro, as relações desse tipo estabelecidas no interior das favelas são ilegais ou juridicamente nulas, uma vez que dizem respeito a transações sobre terrenos ilegalmente ocupados e a construções duplamente clandestinas. Dentro da comunidade, contudo, tais relações são legais e como tal vividas pelos que nela participam; a intervenção dos moradores neste domínio visa constituir como que um *ersatz* da proteção jurídica oficial de que carecem. (SANTOS, 1988, p.13/14)

A associação de moradores conforme este elucida (SANTOS, 1988, p. 15), é vista como o fórum jurídico, na qual esta delibera acerca das relações particulares existentes na comunidade, as autenticando e resolvendo os litígios acerca destas.

No decorrer da obra, o autor faz uma comparação da aplicação do direito, do processo e julgamento sob o viés de Pasárgada e do direito estatal oficial. Este chega à conclusão de que, mediante tal colação, “o espaço retórico do direito de Pasárgada é muito mais amplo do que o do direito estatal” (SANTOS, 1988, p. 43). O autor subdivide a comparação em grandes tópicos: recursos tópicos-retóricos, modelo decisório: mediação *versus* adjudicação, autonomia relativa do pensamento jurídico, constituição do universo processual formalização da interação, linguagem de referência e a divisão do trabalho jurídico.

Boaventura (1988, p. 21) ressalta que as decisões em Pasárgada são tidas como verdadeiras mediações, em suas palavras, “o resultado nunca é soma-zero”, diferente da ótica estatal em que sempre se terá uma parte vencedora e outra vencida.

O autor então, aborda a sistemática do pluralismo jurídico, o escopo do presente capítulo, ratificando a concepção de que a normatização não advém apenas do Estado, existindo mais de uma ordem jurídica, como é o exemplo do direito de Pasárgada.

Para este, ao analisarmos o pluralismo jurídico é imprescindível que se reanalise o conceito de direito.

A ampliação do conceito de pluralismo jurídico é concomitante da ampliação do conceito de direito e obedece logicamente aos mesmos propósitos teóricos. Com ela visa-se enriquecer o campo analítico da teoria do direito e do estado através da revelação de lutas de classes em que o direito ocupa, de múltiplas formas, o centro político das contradições. (SANTOS, 1988, p. 77/78).

Vê-se desta maneira, que Boaventura exemplifica no direito de Pasárgada, a gênese do pluralismo jurídico na sua forma mais singela, qual seja, a resolução e deliberação das relações entre particulares pela via não oficial. O autor demonstra quão eficaz e por ele considerada melhor, é a organização da comunidade de Pasárgada.

Dada a explanação histórica a que chegamos neste momento, calcada no pluralismo jurídico, daremos mais um passo na análise dos meios alternativos, sendo necessário para tanto, a análise do revés que circunda o conceito de acesso à justiça e o fenômeno contemporâneo denominado de desjudicialização das controvérsias.

3 O ACESSO À JUSTIÇA E A DESJUDICIALIZAÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS

O presente capítulo desenvolve a análise dos meios alternativos de solução de conflitos frente ao princípio do acesso à justiça. Apreciaremos se a aplicação de tais métodos afronta esta garantia fundamental. Para tanto, é necessário analisarmos o conceito de acesso à justiça e como este foi se moldando com o decorrer do tempo e com os anseios da sociedade.

3.1 Conceito de Acesso à Justiça

A cultura do litígio está enraizada na sociedade brasileira. Para esta, o acesso à justiça só se efetiva quando o Poder Judiciário analisa e delibera sobre seus conflitos.

Destarte, o conceito de acesso à justiça, sempre foi de forma trivial, a possibilidade da resolução dos conflitos e a demanda de direitos, através da prestação jurisdicional, a chamada judicialização.

A garantia constitucional empregada como base para o conceito de acesso à justiça, está elencada no artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal que preceitua “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”¹. É atribuído como sinônimo deste conceito o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

No âmbito dos tratados, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 1992, consagra em seu artigo 8º o direito que toda pessoa tem de ser ouvida por um juiz ou Tribunal competente, dentro de um prazo razoável.

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.” (CAPPELLETTI e GARTH, 1998, p. 8).

¹ O artigo 3º do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) traz uma ampliação deste artigo e deste conceito. Contudo, tal aprimoramento será mencionado e exemplificado em capítulo posterior.

Ocorre que, com o entendimento de que o acesso à justiça se dá com o mero ingresso ao Poder Judiciário, sendo este a única via utilizada pela sociedade, para qualquer lesão, ameaça de direito ou ainda, conflitos que poderiam ser solucionados por outros órgãos, culminou em um abarrotamento não só na máquina jurisdicional, mas, de todo o sistema.

Alusivo à premissa, João Luiz Martins Esteves (2006, p. 41) afirma:

[...] desde a edição da Constituição Federal de 1988, particularmente no âmbito da jurisdicional constitucional, através do controle concreto ou abstrato de leis, tem sido comum a busca da sociedade pela efetivação dos direitos sociais. Através de uma visão do panorama geral das atividades desenvolvidas para esta efetivação é possível enxergar que os sindicatos, as organizações sociais não governamentais, além do próprio cidadão de maneira individual, depois de uma série de batalhas no âmbito político, passaram a procurar, através do ingresso de ações judiciais, um posicionamento do Poder Judiciário quanto à garantia e efetivação daqueles direitos. Este fenômeno tem sido chamado no mundo acadêmico de “judicialização dos conflitos sociais”, ou em uma amplitude que revele a problematização da atividade política, “judicialização da política” a qual, muitas das vezes, traz nela embutidas questões de ordem social.

Contudo, o conceito de acesso à justiça vem passando por modificações no decorrer do tempo, em virtude do inadequado atendimento, morosidade e crise do Poder Judiciário. Não bastando desta forma, a simples prestação jurisdicional, mas, sim uma prestação célere, justa e efetiva.

Rui Barbosa (1999, p. 40) deixa claro que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

O artigo 5º inciso LXXVIII da Constituição Federal, em razão da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, demonstra isto ao elucidar: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

Por conseguinte, o conceito de acesso à justiça não é compreendido hoje meramente como o acesso aos tribunais. É necessário descentralizar a justiça do âmbito jurídico e processual, e ansiar por uma justiça efetiva conferida através de outros institutos e exercido por outros métodos.

Complementando o novo entendimento André Ramos (2012, s.p) descreve que:

[...] a compreensão do princípio constitucional de acesso ao Judiciário tem sofrido uma significativa mudança. Não apenas alteração de nomenclatura (acesso à Justiça), mas pela percepção de que este acesso não deve necessariamente passar pelo Judiciário. Assim, a pressão por um acesso generalizado, de fluxo contínuo, imediato e irrestrito, passou finalmente a ser percebida como um aspecto negativo do sistema jurídico-judicial, que pode chegar ao ponto de impedir uma prestação judicial efetiva.

Marinoni (1998, p. 18) conclui que o direito de acesso “também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva”.

Portanto, com o contemporâneo conceito de acesso à justiça, a judicialização não é o excepcional meio de se obter uma justiça eficaz.

Isto posto, este ultrapassado conceito além de ser reformulado deve ficar no passado tanto da sociedade brasileira quanto no exercício dos três poderes do regime republicano. É necessário que haja uma mudança de mentalidade, banindo a cultura do litígio, desde a concepção das leis pelo legislador até a resolução das lides.

Francisco das Chagas Lima Filho (2003, p. 101) demonstra a ligação existente entre o ordenamento jurídico e o acesso à justiça:

[...] a relação entre o acesso à justiça e o ordenamento jurídico mostra-se de inegável importância, sendo correto afirmar que quando se cogita do acesso à justiça não se pode entender esteja limitado à jurisdição estatal, vale dizer: a lei que trata do acesso deve ser o principal veículo de democratização social, de eliminação das desigualdades e injustiças sociais.

Posto isto, cabe ressaltar, entretanto, que não se almeja aqui a integral exclusão do sistema jurisdicional, até porque este compõe um dos pilares do Estado Democrático de Direito. O que se anseia é uma prestação mais célere e efetiva por este, que em meio ao caos que está vivenciando, a única saída é sua desoneração através de outros institutos, retificando o conceito de acesso à justiça.

Assim sendo, não importa o caminho utilizado para a efetivação de direitos, o acesso à justiça se dá com a possibilidade de discussão, análise, prevenção e resolução dos litígios.

3.2 Projeto Florença e as Ondas Renovatórias de Universalização do Acesso à Justiça

Cappletti e Garth coordenaram estudos sobre o instituto do acesso à justiça, através do denominado Projeto Florença, que ocorreu nas décadas de sessenta e setenta, com a participação de 23 (vinte e três) países, não fazendo o Brasil parte destes ensaios.

Mediante os estudos e o relatório geral apresentado, foram detectados alguns obstáculos ao efetivo acesso à justiça, tais como as custas judiciais, a possibilidade das partes, os problemas especiais dos interesses difusos e um fator complicador, que seria a existência de problemas inter-relacionados.

Em resposta aos obstáculos apontados pela análise, o relatório expõe as soluções práticas para os problemas de acesso à justiça. Os autores nomeiam as soluções como ondas do movimento novo.

A primeira onda é a da assistência judiciária para os pobres. O alto custo com as despesas processuais, honorários advocatícios, sucumbência, faz com que a busca pelo acesso à justiça, sinônimo de acesso ao Judiciário apresentado pelos autores, se limite apenas a quem detém recursos para tanto.

Os autores demonstram em sua obra, como a presença do advogado é indispensável para a efetivação dos direitos, já que o acesso à justiça, se dá através da máquina judiciária, e para movimentação desta é necessário a capacidade postulatória, que somente aquele detém.

Além dos obstáculos culturais, sociais, um dos maiores obstáculos apresentados para o devido acesso, é o obstáculo econômico, “as pessoas economicamente menos favorecidas veem-se levadas a renunciar à defesa de seus direitos diante do alto custo do processo.” (GOMES NETO, 2005, p. 64).

Assim sendo, a principal consequência do alto custo processual é a abdicação de direitos e prerrogativas por parte da sociedade mais carente, que não possui recursos para arcar com tais custos, não efetivando, desta forma, o acesso à justiça para essas pessoas.

Em seu relatório, são evidenciadas as reformas introduzidas em alguns países e há a exemplificação de alguns sistemas.

No sistema *Judicare*, “a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei, os advogados particulares são pagos pelo Estado” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 35).

O segundo sistema trata dos advogados remunerados pelos cofres públicos, e o terceiro, é uma mescla dos dois sistemas, é o modelo combinado, onde é possível se optar por um destes.

Estes sistemas se anunciam como uma resposta para as pessoas de baixa renda que, através da judicialização, anseiam pela efetivação de seus direitos.

No Brasil, em fevereiro de 1950 foi sancionada a Lei nº 1.060, que trata sobre a assistência judiciária gratuita aos necessitados e em 1988, a Constituição Federal trata da primeira onda em seu artigo 5º inciso LXXIV². Ademais, a Lei Complementar nº 80 de 1994, que trata da organização da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, elucida da mesma forma a referida onda.

A segunda onda aborda a representação dos interesses difusos, já que a primeira onda abarca o grupo intitulado pobres. Em suas avaliações, os autores esboçam que o problema dos interesses difusos “é que, ou ninguém tem direito a corrigir lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para introduzi-lo a tentar uma ação” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.26). Traz como um primeiro passo da reforma o reconhecimento de grupos.

Além da busca pelo devido reconhecimento, o estudo exemplificou o quadro da não proteção oferecida a esses grupos pelos tribunais. O processo “era visto como um assunto entre duas partes, destinado

² Artigo 5º inciso LXXIV: o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

à solução de uma lide referente a estas mesmas partes, a respeito de seus direitos individuais”. (GOMES NETO, José Mário Wanderley, 2005, p. 81). Não existia processo em uma concepção difusa, coletiva, restringindo o acesso à justiça a casos eminentemente individuais.

Alguns exemplos do reflexo da segunda onda no Brasil é a atuação do Ministério Público versando sobre tais interesses, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, através da possibilidade de requisição de suas demandas.

Por fim, a terceira onda versa sobre o “acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça. Um novo enfoque de acesso à justiça.” Exemplifica os autores:

Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos ‘o enfoque do acesso à Justiça’ por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em trata-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67/68).

Em decorrência das ondas anteriores surge um novo cenário, onde se torna dificultosa a concretização dos direitos daqueles novos grupos. O sistema judiciário falha em dar assistência a estes, sendo assim almejado um melhoramento no acesso à justiça.

A terceira onda, diferentemente das outras, possui como obstáculo “o próprio processo, a estrutura do sistema processual encontrado em cada ordenamento em seus pontos de incompatibilidade com a efetivação dos novos direitos” (GOMES NETO, 2005, p. 93).

Surge então, neste momento, a retomada das formas de resolução de conflitos alternativas à jurisdição, tais como a conciliação, mediação e arbitragem.

Em uma terceira dimensão, esse novo enfoque sobre o acesso à justiça (terceira onda renovatória do acesso à justiça) propõe um amplo e moderno programa e reformas do sistema processual, que se viabilizaria por intermédio: a) da criação de meios alternativos de solução de conflitos (substitutivos jurisdicionais, equivalentes

jurisdicionais), tais como alguns já implantados no Brasil (arbitragem, a tomada pelos órgãos públicos legitimados às ações coletivas do compromisso de ajustamento de condutas às exigências legais etc.); b) da implantação de tutelas jurisdicionais diferenciadas (podemos citar, no Brasil, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida; os juizados especiais; o procedimento monitório, etc); c) de reformas pontuais no sistema processual, a fim de torná-lo mais ágil, eficiente e justo. (ALMEIDA, 2007, p. 24)

Reflexos desta onda no ordenamento jurídico brasileiro são os Juizados Especiais Cíveis nos âmbitos estaduais e federais. Com um enfoque no incentivo à conciliação, desincumbência de custas, celeridade, dentre outros atrativos.

Neste contexto, são aduzidos que além da reforma dos procedimentos judiciais em geral, os meios alternativos passam a decidirem causas judiciais, demonstrando o uso destes como escapatória para solução dos litígios distante da jurisdição.

3.3 Desjudicialização

Da mesma forma que conceituamos a judicialização e princípio do acesso à justiça, na sua visão clássica, conceituaremos o fenômeno denominado desjudicialização das controvérsias, que nada mais é do que, a resolução dos conflitos fora da órbita jurisdicional, não judicializando as demandas.

Desjudicializar, termo ainda não dicionarizado, mas de fácil apreensão, trata de facultar às partes comporem seus litígios fora da esfera estatal da jurisdição, desde que juridicamente capazes e que tenham por objeto direitos disponíveis. (HELENA, 2006, s.p)

A desjudicialização busca desafogar o Judiciário através da transferência dos interesses e conflitos para o âmbito extrajudicial, almejando desta forma celeridade e eficácia do acesso à justiça.

Embora o *locus* natural para solução dos conflitos sociais em um sistema como o brasileiro, que praticamente monopolizou a atividade jurisdicional seja o processo – instrumento ideal criado pelo homem para manifestação e realização da justiça – atualmente não se pode deixar de reconhecer que este instrumento não mais tem aptidão de outro para atingir os resultados que sua criação visaram alcançar: a composição justa dos conflitos. (LIMA FILHO, 2003, p. 246)

Há em nosso ordenamento diversos exemplos da aplicação da desjudicialização. No Direito Ambiental o Termo de Ajustamento de Conduta é um exemplo disso, onde há a formalização de um acordo extrajudicial entre os causadores dos danos e os órgãos públicos competentes.

A Lei de Falência da mesma forma inovou trazendo a hipótese de Recuperação Extrajudicial, onde há a pactuação de um acordo entre o devedor e os seus credores, preenchendo os requisitos impostos pela lei, podendo tal acordo ser homologado.

Como anteriormente aludida, a terceira onda renovatória, como solução para o efetivo acesso à justiça, denominada de “o enfoque do acesso à justiça”, faz alusão aos meios alternativos de resolução de conflitos.

A referida onda se une à desjudicialização, tendo os meios alternativos como uma hipótese daquela, onde a concórdia e os conflitos são analisados e deliberados pelas próprias partes ou por um terceiro diverso ao juiz; as questões não são judicializadas.

“Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2013, p. 33).

Desta forma, a desjudicialização é apresentada como uma fórmula de evasão da crise do judiciário.

Os meios alternativos de solução de conflitos são vistos como relata Moraes e Silveira (1998, p.70):

Como uma opção que visa a descongestionar os tribunais e a reduzir o custo e a demora dos procedimentos; a estimular a participação da comunidade na resolução dos conflitos e a facilitar o acesso à solução do conflito, já que, por vezes, muitos deles ficam sem resolução porque as vias de obtenção são complicadas e custosas.

Os principais meios alternativos adotados na legislação e doutrina brasileira são: mediação, arbitragem e conciliação. Através destes mecanismos, as controvérsias são solucionadas fora da esfera do judiciário, gerando o fenômeno da desjudicialização. Veremos inclusive, nos próximos capítulos, a utilização dos mecanismos na própria esfera judicial.

Nos ensinamentos de Maria de Nazareth (1999, p.87), esses meios geram os efeitos de:

a) aliviar o congestionamento do judiciário, bem como diminuir os custos e a demora na solução dos casos; b) incentivar o envolvimento da comunidade na solução dos conflitos e disputas; c) facilitar o acesso à justiça; d) fornecer mais efetiva resolução de disputa; e) promover justiça, bem-estar e solidariedade social.

Contudo, além de ser uma alternativa para o Judiciário, esses meios não devem possuir apenas essa finalidade, mas, serem da mesma forma, uma busca originária da justiça.

Desse modo, a desjudicialização das controvérsias, se dá através do uso dos mecanismos alternativos de resolução de conflito, visando o acesso à justiça por parte dos litigantes.

3.4 Desjudicialização no Âmbito Notarial e Cartorial

Outrossim, a desjudicialização não se apresenta apenas como a aplicação dos meios alternativos de solução de controvérsias, mas, como já ilustrado, com a principal finalidade, desburocratizar o Poder Judiciário.

Sua utilidade também se apresenta, quando não há litígio, restando apenas interessados na demanda. Nestes casos, é crescente a desjudicialização, delegando funções que antes eram do judiciário para outros órgãos competentes, dando celeridade ao processo.

Essa transferência está ocorrendo principalmente para a prestação dos serviços cartorários. Exemplo disso, é no caso de reconhecimento dos filhos havido fora do casamento, a Lei nº 8.560/92 que versa sobre isso, abre a possibilidade para que o reconhecimento seja feito perante escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório.

A Lei nº 11.441/07 também cuida da desjudicialização, havendo agentes capazes e concordantes, o inventário e a partilha, que antes se dava pela via judicial, poderá ser realizado por escritura pública, e como narra a lei, constituirá título hábil para o registro imobiliário.

É fato que os serviços notariais e de registro possuem como princípios fundamentais: a garantia da publicidade, a autenticidade, a segurança e eficácia dos atos jurídicos, sendo certo que seus atos são fiscalizados pelo Judiciário, de modo que se apresentam como método eficiente para atender aos interesses das partes. Cumpre salientar que, o processo de desjudicialização não afeta o núcleo basilar de atuação do Poder Judiciário, de modo que a responsabilidade pela condução de causas complexas e litigiosas devem permanecer com o Judiciário. (MARQUES, 2014, s.p)

A desjudicialização vem crescendo consideravelmente, tendo inúmeros exemplos da migração de atividades antes impostas para o Judiciário, para os cartórios. Entretanto, um dos exemplos mais recentes é a da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, de 14 de maio de 2013, que trata do registro civil dos casamentos homoafetivos.

Portanto, a desjudicialização em qualquer modalidade traz benefícios e celeridade à sociedade, efetivando desta forma, o acesso à justiça.

3.5 Desjudicialização das Controvérsias e os Limites da Inafastabilidade da Jurisdição

Após, toda fundamentação exposta, surge a indagação se a desjudicialização das controvérsias ofende o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Nas palavras de Fiuza (1995, p. 35):

É de fato a pacificação o que importa. Realiza-se por intermédio da Administração Pública ou por outros meios, pouco importa. Se a sociedade se organiza e descobre alternativas pacíficas e eficazes para resolver seus litígios, por que proibi-las? A resposta só pode ser uma: é o velho e injustificado temor do sistema dominante de perder o controle, as rédeas, não ser mais o ditador das regras do jogo. A jurisdição é do Estado. Nada impede, todavia, que a sociedade se ampare em alternativas mais baratas e rápidas, voltando-se, sempre que necessário, ao Poder Público para a palavra final e para uso da força, obrigando os vencidos a cumprirem a decisão proferida.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição também tem como pilar o artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal. Como vimos em relação ao acesso à justiça, o significado desta não está calcado no acesso ao jurisdicionado.

Ademais, o princípio da inafastabilidade jurisdicional não impõe um dever dos conflitos se submeterem sempre ao crivo do Poder Judiciário, as partes têm a livre escolha de optarem por meios diversos a via judicial conforme elucidaremos nos próximos capítulos.

A desjudicialização como ilustrado, é apresentada tanto como uma alternativa, quanto como a finalidade originária na busca da resolução dos conflitos, ou simplesmente para que funções administrativas não estejam na incumbência do Poder Judiciário, desafogando-o.

Assim sendo, esta não retira do indivíduo a busca pela satisfação do seu interesse pela via judicial. Tanto é que, no artigo 319 inciso VII do Código de Processo Civil, supracitado, o autor na petição inicial tem a faculdade de optar pela audiência de conciliação ou mediação.

[..]é entendimento tranquilo que o interessado em provocar o Poder Judiciário em razão de lesão ou ameaça de lesão a direito não é obrigado a procurar antes disso os possíveis mecanismos administrativos de solução de conflito. Ainda que seja possível a instauração de um processo administrativo, isso não será impedimento para a procura do Poder Judiciário. E mais. O interessado também não precisa esgotar a via administrativa de solução de conflitos, podendo perfeitamente procurá-las e, a qualquer momento, buscar o Poder Judiciário (NEVES, 2016, p.111).

Consequentemente, o entendimento é de que não há limitação do princípio constitucional, o Poder Judiciário é inerte, estando disposto à espera de ser provocado.

Ademais, como veremos em capítulo próprio, mas, para o momento é importante certificar, que o alegado é fidedigno, pois o Código de Processo Civil de 2015, ampliou o conceito da garantia fundamental do acesso à justiça e da inafastabilidade jurisdicional contido no artigo 5º da Constituição Federal, prevendo a hipótese da utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos para dirimir os litígios tanto na esfera extrajudicial quanto judicial.

4 EQUIVALENTES JURISDICIONAIS

O presente capítulo se une aos anteriores exemplificando a sistemática dos métodos alternativos. Contudo, no presente, ilustraremos cada modalidade.

Dinamarco (2005, p. 138) narra acerca dos conflitos existentes e da aplicação dos meios alternativos.

Melhor seria se não fosse necessária tutela alguma às pessoas, se todos cumprissem suas obrigações e ninguém causasse danos nem se aventurasse em pretensões contrárias ao direito. Como esse ideal é utópico, faz-se necessário pacificar as pessoas de alguma forma eficiente, eliminando os conflitos que as envolvem e fazendo justiça. O processo estatal é um caminho possível, mas outros existem que se bem ativados, podem ser de muita utilidade.

Os meios alternativos de solução de conflitos são também intitulados pela doutrina de equivalentes jurisdicionais. Através dos equivalentes os conflitos são dirimidos pelas próprias partes ou por um terceiro que intervém na relação.

Anteriormente à criação da nossa constituição e até antes de se proclamar independência, sempre se ansiou pela solução dos conflitos da maneira mais pacífica possível, para que não houvesse esgotamento em sentido algum pelas partes. Ratificando tal assertiva, o disposto no Livro 3º, Título XX § 1º, das Ordenações Filipinas³ demonstra que o Juiz deve asseverar as partes que o acordo é sempre a melhor opção.

Como doravante narrado, a principal função dos meios alternativos, como próprio nome já diz, é ser uma alternativa para as lides, através uma nova via, diferentemente da via judicial.

[...] juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem as funções sociais que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela

³ Ordenações Filipinas, Livro 3º, Título XX § 1º: “E no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e se sigam entre elles os ódios e dissensões se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre he duvidoso.”

é executada, em benefício de quem e com que impacto social. (CAPPELLETTI, GARTH, 1998, p.12/13)

Francisco das Chagas Lima Filho (2003, p. 248), elucida a necessidade da aplicação dos meios alternativos como fuga para a crise vivenciada no âmbito jurisdicional:

[...] a necessidade de se facilitar o acesso à justiça com a instituição de novos mecanismos de solução de conflitos, os chamados ADR – alternative dispute resolutions – que têm como principal motivação a incapacidade dos tribunais oficiais de administrar a justiça, em razão da saturação crônica e de sua incapacidade totalmente burocrática para responder às expectativas reais da sociedade.

Em virtude da cultura da sentença, os meios alternativos são vistos apenas como uma opção quando os demais meios apresentam dificuldades ou quando não satisfaz de forma efetiva o anseio das partes, sobretudo na via judicial. Contudo, estes podem e devem ser contemplados como uma primeira predileção para resolução dos interesses das partes.

Os equivalentes jurisdicionais buscam precipuamente o fim de todas as questões que envolvem o relacionamento existente entre as partes, através da sua aproximação e pacificação. Diferentemente dos métodos formalistas processuais abarcados na via judicial, que busca apenas deliberar sobre a lide no tocante as controvérsias acerca do que foi pleiteado.

Ademais, por intermédio destes se almeja deliberações e desfechos vencedores e não quem é a parte vencedora e a parte vencida.

Cabe ressaltar que, há situações em que a busca pelo Judiciário é obrigatória, como no caso da lide versar sobre direitos indisponíveis, situações estas em que as partes não detêm a opção de escolher a aplicação dos equivalentes jurisdicionais. Além disso, os equivalentes não detêm a característica da definitividade, podendo as partes mesmo após a resolução por meio destes se submeterem ao crivo do Judiciário, este sim detém a referida característica.

No Brasil, os métodos alternativos de resolução de conflitos ganharam força e conhecimento, principalmente da sociedade, através da Lei nº 9.099/1995 com a criação dos Juizados Especiais. Neles há o banimento do formalismo processual, efetivando a postulação de direitos de modo mais

simples, avocando desta forma, a figura do conciliador, mediador e árbitro, gerando celeridade, exoneração de custas e efetivando o devido acesso à justiça.

Desta feita, determinadas demandas que dantes eram discutidas extrajudicialmente pelas próprias partes, em decorrência especialmente dos valores ali pleiteados, por intermédio dos Juizados Especiais são facilmente defendidas.

Os meios alternativos estão ganhando força e espaço, pois através destes as próprias partes, deliberam sobre seus conflitos, com a ajuda de um terceiro, de forma mais fugaz e acessível. Porém, para que este fenômeno realmente aconteça a sociedade deve se despir da cultura da sentença, e do pensamento que só emana do Juiz as resoluções dos conflitos.

Veremos a seguir cada modalidade dos equivalentes jurisdicionais, com enfoque principal em suas características e aplicação.

4.1 Autotutela

Traremos à baila, as categorias de equivalentes jurisdicionais abarcados na doutrina e o primeiro deles é a autotutela. Surgiu inicialmente com aplicação da força por parte dos particulares para dar um fim aos conflitos existentes, vencendo o mais forte, aquele que exerce o poder de mando sobre o outro.

No Brasil hoje, a autotutela é tipificada como crime, previsto no artigo 345 do Código Penal⁴, exercício arbitrário das próprias razões, quando praticada por um particular, pois esta é apresentada como a resolução do conflito por meio da imposição de vontade de apenas uma das partes em detrimento da outra.

Quando é o Estado que pratica a autotutela, sua conduta é tipificada como abuso de poder/autoridade, previsto no artigo 350 do Código Penal e regulamentada pela Lei nº 4.898/65.

⁴ Artigo 345- Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

Entretanto, há casos em que a lei autoriza a autotutela pois “a) a impossibilidade de estar o Estado-juízo presente sempre que um direito esteja sendo violado ou prestes a sê-lo; b) ausência de confiança de cada um no altruísmo alheio, inspirador de uma possível autocomposição”. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2006, p. 35).

Exemplo em que a lei confere a possibilidade de autotutela é o chamado desforço imediato, previsto no artigo 1.210 § 1º do Código Civil, hipótese em que o possuidor poderá mediante o emprego de suas próprias forças se manter em sua posse, em caso de esbulho ou turbação.

A legítima defesa e o estado de necessidade também são hipóteses de autotutela, além de excludentes de ilicitude, onde diante de circunstâncias do caso concreto compele uma das partes a impor sua vontade sobre a da outra.

Há outros exemplos onde a lei permite a aplicação do instituto da autotutela, como o direito greve, direito de retenção e ainda a autoexecutoriedade dos atos administrativos.

É imprescindível salientar que, por mais que a lei autorize a autotutela nas hipóteses apresentadas, outro requisito fundamental é que o sujeito deve se valer dos meios necessários, não ir além do indispensável, sendo punido o excesso.

4.2 Conciliação

Dentre todos os meios alternativos, a conciliação é considerada um dos mais importantes, notadamente, pois os demais métodos sempre abarcam um pouco das suas características, além de ser sempre almejada pelas partes e até mesmo pelo terceiro quando este participa, como facilitador, mediador ou aquele que dispõe sobre o caso.

É considerada modalidade autocompositiva, pois as próprias partes aspiram pela estipulação de um acordo, e chegam a um consenso, o terceiro não interfere, apenas auxilia no diálogo. Neste diapasão, Eduardo Medina (2004, p. 58) conceitua a conciliação “como um acordo de vontades, onde, em geral, concessões mútuas são feitas, com vistas à solução do conflito.”

O conciliador tem a função basilar de unir as partes e mostrar que o acordo é sempre a melhor opção, entretanto, não é ele que porá fim ao litígio, as próprias partes convencionarão. Nas palavras de Fiúza (1995, p. 56) a conciliação é um “processo pelo qual o conciliador tenta fazer que as partes evitem ou desistam da jurisdição”.

O instituto é comumente aplicado na esfera extrajudicial quanto na judicial, âmbito pelo qual os juízes estimulam os litigantes a se reconciliarem.

A conciliação possui papel fundamental no que tange aos processos que tramitam nos Juizados Especiais Cíveis, desde o início do procedimento a conciliação é incentivada.

Ademais, a conciliação tem repercussão em diversas áreas do direito como no direito de família, direito trabalho, dentre outros. Em decorrência no grande volume de demandas e com o intuito de redefinir a cultura brasileira é que o Poder Judiciário realiza a chamada Semana da Conciliação, promovida todos os anos, o qual tem gerado resultados satisfatórios.

4.3 Mediação

A mediação é apresentada como outra espécie de equivalente jurisdicional. Nela há a presença de um terceiro estranho ao conflito e imparcial, que contribui para que as partes cheguem em um acordo, contudo, ele não decide ou julga, apenas auxilia na busca pelo consenso entre as partes.

Na mediação “uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação de modo que os envolvidos possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas” (TARTUCE, 2013, p. 45/46).

Além da neutralidade do mediador, as partes ao optarem por este meio de resolução de conflitos, devem exprimir o desejo pela pacificação, pois o maior esforço advém delas.

As disputas não devem ser vistas como problemas, mas como oportunidades de crescimento e transformação. A mediação deve propiciar empoderamento (tomada de consciência ao interagir no

espaço decisório) e reconhecimento (admissão da legitimidade) da outra pessoa. (TARTUCE, 2013, p. 47/48)

Na maioria das vezes, a adoção pela mediação surge como o almejo de se resolver uma questão específica, entretanto, ao longo da “discussão” /negociação pode ocorrer o surgimento de novas questões e impasses para resolução. Outrossim, algumas questões são dirimidas e outras podem permanecer conflituosas, entretanto, um dos objetivos centrais da mediação é o de unir as partes da relação.

O instituto da mediação é deveras vezes confundido com o da conciliação, contudo, o papel do mediador é mais influente e ativo na relação, em detrimento do papel do conciliador. Ademais, a mediação se difere da arbitragem por não impor uma decisão emanada de um terceiro, com caráter vinculante as partes.

A aplicação da mediação sempre foi associada aos casos em que não houvesse grande complexidade, contudo, hoje o que se vê e se entende é a aplicação em quaisquer conflitos, inclusive há a aplicação no âmbito jurídico, bastando apenas o interesse pelas partes na negociação.

É considerável salientar que há grande parcela de adeptos na doutrina que defendem a aplicação da mediação no âmbito familiar, pois ela busca a aproximação de partes que ainda se relacionarão mesmo após a solução de determinado conflito. Neste sentido Nazareth Serpa (1999, p.17/18) defende que “a síndrome do perde-ganha dos tribunais provoca um verdadeiro desastre numa família que se desfaz”.

Através da mediação haverá a utilização de técnicas preventivas para que não surjam novos conflitos na relação.

Em 2015 entrou em vigência a Lei nº 13 140 que dispõe sobre a mediação no âmbito da administração, entretanto, trataremos mais precisamente dela no capítulo seis, no qual discorreremos sobre os meios alternativos de solução de conflito sob a ótica do novo Código de Processo Civil.

Existem diversas correntes/escolas clássicas, que buscam redefinir o conceito de mediação, sua finalidade, a função do mediador, dentre outras características.

No presente trabalho, entretanto, abordaremos as 03 (três) principais, que são apresentadas como: o Modelo Tradicional-Linear de Harvard, o Modelo Transformativo de Bush e Folger e o Modelo Circular-Narrativo de Sara Cobb. Destarte, ilustraremos a seguir o que cada escola defende.

4.3.1 Modelo tradicional-linear de Harvard

O modelo tradicional-linear de Harvard adveio de estudos realizados na Universidade de Harvard e é nomeado também como Programa de Negociação da Escola de Harvard e até mesmo como mediação satisfativa. Bruce Patton, William Ury e Roger Fischer são considerados seus fundadores.

Seu surgimento se deu na seara empresarial, e tem a negociação como principal ferramenta para se alcançar um acordo através da mediação.

Este modelo recebe muitas críticas por visa sempre o acordo mais vantajoso, não abarcando a relação interpessoal das partes.

Tende a focalizar questões mais aparentes dos conflitos e buscar soluções práticas. Portanto, costuma privilegiar o que denominamos 'posições' das partes. As questões de ordem subjetivas e emocionais não costumam ser abordadas. É o modelo que mais se assemelha ao nosso modelo de conciliação. (NAZARETH, 2009, p. 28).

Pode ocorrer deste modelo ser confundido com o instituto da conciliação, contudo, neste o terceiro não sugestiona, diferentemente daquela.

O modelo linear é dividido em 05 (cinco) estágios que serão elucidados a seguir.

4.3.1.1 Primeiro estágio: *contracting*

É um dos momentos mais importantes abordados por este modelo, pois é o primeiro contato do mediador com as partes.

Nesta etapa o mediador expõe como se dará todo o procedimento, buscando a primeira aproximação das partes, elucidando as vantagens e desvantagens por se optar pelo instituto da mediação.

4.3.1.2 Segundo estágio: *developing issues*

No segundo estágio, o mediador prioriza a oitiva das partes e das questões atinentes ao conflito.

As partes expõe a problemática que envolve a relação e o mediador identifica e delimita o que for importante para se alcançar um acordo vantajoso.

4.3.1.3 Terceiro estágio: *looping*

É uma etapa muito importante de aplicação da mediação neste modelo pois, haverá a reflexão do litígio pelas partes, podendo gerar até desentendimentos, devendo assim, o mediador ter cautela e ser habilidoso para que não surjam novos conflitos.

O mediador formula questionamento às partes, de forma que as faça analisar a discórdia sob uma ótica diversa da já analisada por elas próprias. Ademais, com o emprego de métodos específicos o mediador irá observar e sondar o comportamento de cada uma das partes, o que será preponderante para que cheguem a um consenso e possibilite a formalização do acordo.

4.3.1.4 Quarto estágio: *brainstorming*

Com as informações logradas no estágio anterior (*Looping*) o mediador aproxima as partes para que estas levantem propostas diversas daquelas já intentadas por elas próprias, tendo em vista a maior segurança já conquistada.

4.3.1.5 Quinto estágio: *drafting the agreement*

É o último estágio da mediação, onde restado frutífero o acordo haverá a sua lavratura.

4.3.2 Modelo transformativo de Bush e Folger

Recebe esse nome em razão de seus idealizadores Robert A. Barush Bush e Joseph F. Folger. Este modelo se diferencia do Modelo Tradicional-linear de Harvard no que concerne ao objetivo de resolução das lides. Enquanto aquele objetiva apenas o ajuste de um acordo não se valendo da relação entre as partes, no que diz respeito necessariamente as emoções, aspectos afetivos e psicológicos das partes, já este evidencia estes aspectos através das técnicas de mediação.

Com a discórdia e desgaste gerados pelo desentendimento das partes, o mediador busca reatar os laços entre estas.

Na mediação satisfativa o que se almeja é um resultado, acordo vantajoso, há uma certa intervenção por parte do mediador. O modelo de Bush e Folger é também conhecido como mediação passiva, pois não há essa intervenção por parte do mediador, ele apenas contribui para que haja um maior diálogo entre as partes, e estas de forma independente cheguem a um consenso.

O principal objetivo deste modelo é valer-se da mediação para que se solucione os conflitos como um todo, tratar da relação entre as partes, principalmente de sua modificação. Como demonstra Ilana Martins Luz (2015, p. 123) “o mérito da mediação transformativa é o incremento do poder das partes, que devem protagonizar o seu conflito e, por meio do processo mediativo, recuperar a sua autoestima, rompida com o problema vivenciado”

Por todo o exposto o Modelo Transformativo de Bush e Folger é considerado por muitos o mais completo das 3 escolas clássicas, por se almejar não apenas um acordo, mas, o restabelecimento da relação outrora existente.

4.3.3 Modelo circular-narrativo de Sara Cobb

O Modelo Circular Narrativo apresentado pela mediadora americana Sara Cobb busca unificar os dois modelos supramencionados, onde a mediação se dá por técnicas de comunicação circular.

Como se infere da própria denominação, nesta espécie mediativa, há a preocupação com a circularidade e a interdependência das pessoas. A mediação, então, focaliza na necessidade de compreensão da outra parte, suas particularidades, interesses, objetivos, e características. Com evidência, na espécie “circular narrativa”, a causalidade não é mais imediata, tal como no modelo de Harvard. Para que as partes compreendam uma a outra, mediante um processo de conversação, facilitada por um terceiro estranho, é preciso analisar não a causa imediata que determinou aquela situação problema, mas o conjunto de causas remotas, anteriores, que, de alguma forma, contribuíram para o deslinde conflitual. (LUZ, 2015, p. 121)

O mediador através do diálogo circular, com o emprego de elementos verbais e para-verbais, apresenta as partes uma nova maneira de se vislumbrar o conflito, relacionando-se de forma diversa, gerando conseqüentemente a resolução das controvérsias.

4.4 Arbitragem

Previamente, cabe ressaltar que, a arbitragem é vista por muitos doutrinadores como verdadeira hipótese de jurisdição e até mesmo de heterocomposição, não sendo considerada como um equivalente jurisdicional. Todavia, adotaremos e trataremos a arbitragem como um método alternativo de controvérsias.

Destarte, veremos neste tópico o conceito de arbitragem e suas particularidades.

Trata-se de equivalente jurisdicional na qual as partes convencionam entre si a escolha de um terceiro de sua confiabilidade, que julgará o litígio de forma imparcial, emitindo uma decisão que vinculará as partes, tendo o mesmo condão da sentença proferida no âmbito judicial.

O árbitro faz as vezes do juiz, entretanto, a relação é julgada fora da órbita jurisdicional.

Muitos se recorrem a arbitragem por esta possuir maior autonomia na deliberação e julgamento da lide, pois as partes convencionam as normas aplicáveis ao feito, o árbitro, a maleabilidade na decisão, dentre outras questões relevantes ao caso concreto.

A arbitragem possui uma lei própria que a regulamenta, a Lei nº 13.129/2015 que alterou a Lei nº 9.307 de 1996, que delimita a aplicação da arbitragem apenas nos casos que envolvam direito patrimonial disponível.

O artigo 3º da Lei de Arbitragem elenca duas modalidades da convenção de arbitragem (gênero), a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (espécies). A primeira conforme a própria lei exemplifica, deve ser feita por escrito e diz respeito a cláusula de certo contrato em que as partes de maneira antecedente já estipulam que em caso de eventuais conflitos acerca deste, o juízo competente para prolatar sentença é o arbitral. Diversamente, o compromisso arbitral, não se dá de maneira prévia, pois o conflito já existe, sendo assim, as partes convencionam entre si a preferência pela arbitragem para a resolução daquele. Os artigos subsequentes regulamentam as espécies da convenção de arbitragem.

O árbitro tem status de juiz e de acordo com o artigo 13 da supramencionada lei deve ser agente capaz e de confiança das partes, podendo ser mais de um árbitro desde que sempre restar em um número ímpar. Por mais que este decidirá acerca das controvérsias existentes na relação, no início sempre tentará a conciliação entre as partes.

Restado infrutífero o esforço no intuito de conciliar as partes, o árbitro deliberará sobre o caso, podendo se valer neste momento, de regras próprias de direito ou com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes ou ainda nas regras internacionais de comércio (artigo 2º § 1º e 2º).

Ademais, a decisão tem eficácia de título judicial, em consonância com o artigo 31, podendo ser executado pelo Poder Judiciário tendo em vista, seu descumprimento. Contudo, o juiz não entrará no mérito da sentença arbitral, apenas executará o disposto nela.

Uma das importantes alterações impostas com o advento da Lei de Arbitragem foi a desnecessidade de homologação judicial

4.5 Julgamento por Tribunal Administrativo

Outro método alternativo que a doutrina aponta é o denominado julgamento por tribunal administrativo. Se contempla neste caso a máxima de

que os julgamentos não derivam apenas de órgãos judiciais, mas, do mesmo modo de outros órgãos, podendo provir de tribunais administrativos.

Os julgamentos por tribunais administrativos advêm de lei própria regulamentada ou da própria Constituição Federal. O ordenamento jurídico brasileiro vislumbra diversas hipóteses de julgamentos administrativos, observaremos alguns exemplos.

A primeira hipótese de tribunal administrativo é a Justiça Desportiva, um dos tribunais de maior conhecimento, principalmente pela população. Tem como base o artigo 217 da Constituição Federal, que trata das práticas desportivas formais e não-formais e ainda o Código Brasileiro de Justiça Desportiva, que prevê a organização, funcionamento e as penalidades aplicadas nas hipóteses de infrações. O § 1º do artigo 217 alega que é necessário o esgotamento das vias administrativas para que se admita a recorribilidade para o Judiciário.

O artigo 71 da Constituição Federal expõe o Tribunal de Contas, outro órgão não jurisdicional que emite julgamento, tendo este eficácia de título extrajudicial.

Temos ainda, o Tribunal Marítimo, que da mesma forma não exerce atividade jurisdicional, mas profere julgamentos acerca de acidentes e fatos da navegação (artigo 13 inciso I da Lei nº 2.180/1954), contudo, tais julgamentos são suscetíveis a reexame pelo Judiciário.

Cabe ressaltar que, conforme disposto no artigo 16 alínea “f” da supracitada lei, as partes podem convencionar o Tribunal Marítimo como juízo arbitral, nos casos que envolvam litígios patrimoniais decorrentes dos acidentes ou fatos da navegação, se transformando assim, em título executivo judicial por força do artigo 515 inciso VII do Código de Processo Civil.

Além disso, podemos citar a Lei nº 12.529/2011 que regulamenta Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, proferindo decisão acerca destas. O julgamento por este órgão não necessita de revisão pelo Poder Executivo (artigo 9º § 2º).

Desta feita, finalizamos o presente capítulo, com a abordagem de todas as espécies de equivalentes jurisdicionais, exemplificando cada uma de suas particularidades, com maior enfoque na esfera extrajudicial.

5 MEIOS ALTERNATIVOS NO DIREITO COMPARADO

O berço dos meios alternativos de resolução de controvérsias é os Estados Unidos, com a criação dos denominados *Alternative dispute resolution*, que têm como premissa a resolução dos conflitos de maneira alternativa à feita por parte do Estado.

No presente capítulo veremos a aplicação dos meios alternativos no direito comparado.

5.1 Mediação

Conforme já conceituamos, a mediação compreende a resolução do conflito com a presença de um terceiro que irá auxiliar as partes em sua comunicação, para que ao final se positiva, entabulem um acordo.

A mediação está presente na vida em sociedade desde os primórdios, regendo a relação entre os particulares, senão vejamos:

Os chineses, na Antiguidade, influenciados pelas ideias do filósofo Confúcio, já praticavam a mediação como principal meio de solucionar contendas. Confúcio acreditava ser possível construir-se um paraíso na terra, desde que os homens pudessem se entender e resolver pacificamente seus problemas. Para ele existia uma harmonia natural nas questões humanas que não deveria ser desfeita por procedimentos adversariais ou com ajuda unilateral. Seu pensamento estabelecia que a melhor e mais justa maneira de consolidar essa paz seria através da persuasão moral e acordos e nunca através da coerção ou mediante qualquer tipo de poder. (SERPA, 1999, p. 67-68).

De acordo com Eliana Riberti Nazareth (2009, p. 26):

A Colômbia foi a pioneira no uso da mediação entre os países da América latina. O decreto nº 2.651 fazia referência direta ao método, embora dispositivos legais editados anos antes já fizessem menção à mediação como forma de aliviar a carga de trabalho das varas judiciais. Atualmente, o país possui um dos mais avançados trabalhos com mediação no setor privado.

Nos Estados Unidos temos a chamada *Federal Mediation and Conciliation Service*, fundada em 23 de junho de 1947, com sede em Washington, que foi constituída como uma agência que propicia os serviços de

mediação para comunidades, empresas e agências governamentais, atuando da mesma forma em conflitos trabalhistas.

Um dos grandes exemplos da aplicação da mediação nos Estados Unidos, foi aquele em que o Juiz Richard Posner atuou como mediador, com o intuito de firmar um acordo em um litígio envolvendo o Departamento de Justiça e a *Microsoft*.

Na Argentina, os métodos alternativos são nomeados de RAD - *Resolución Alternativa de Disputas*, e possui uma lei (*Ley nº 24.573/95*) que regulamenta a mediação em caráter obrigatório, apenas não aplicada já ocorreu a mediação, e o papel do mediador.

Em Portugal, também há a implantação de centros de solução de conflitos e foi criado o Instituto de Mediação e Arbitragem de Portugal (IMAP), que realiza sobretudo a capacitação dos mediadores.

Na Espanha foi criado em 1979 o *Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC)*, que atua no âmbito trabalhista, visando o acordo entre empregador e empregado. A legislação que regulamenta os procedimentos de mediação são *Real Decreto-Ley 5/1979*, *Real Decreto 2756/1979*, *Real Decreto Legislativo 1/1995*, *Real Decreto 932/1995* e *Ley 36/2011*.

O *Advisory Conciliation and Arbitration Service (ACAS)*, serviço criado na Inglaterra, também visa mediar litígios trabalhistas.

Na Grécia a mediação tem chegado de forma tímida, estando prevista no direito falimentar, onde um mediador buscará um acordo entre o credor e o devedor.

5.2 Conciliação

A conciliação é o método em que um terceiro estimula as partes a firmarem um acordo, tendo em vista, ser este o melhor caminho.

O Uruguai foi um dos pioneiros na aplicação do instituto da conciliação na América Latina, privilegiando-o em suas legislações, prevendo a audiência de conciliação no artigo 255 do *Código General Del Proceso*.

Na Alemanha vigora a obrigatoriedade em primeira instâncias das audiências denominadas *Güteverhandlung*, abarcadas no Modelo de Stuttgart,

tendo natureza de audiência extrajudicial, gerando desde então, uma boa repercussão e números de acordos de monta satisfatória.

No Japão o método alternativo se dá por cortes de conciliação, além da sua aplicação no direito de família.

Na Espanha a tentativa de conciliação tem caráter obrigado, devendo ocorrer sempre antes de as partes pleitearem a resolução em juízo.

O México se vale da chamada Justiça de Paz, presidida por um bacharel em direito, eleito pelo Tribunal Superior de Justiça. Trata-se das causas que possuem valor ínfimo demandadas em juízo.

5.3 Arbitragem

O árbitro é o terceiro avençado pelas próprias partes para deliberar acerca do conflito que as circundam.

No Uruguai as partes podem se valer da arbitragem nos casos que envolvam direito de família.

A Itália, por meio do seu Código de Processo Civil não admite arbitragem nas lides trabalhistas.

O México prevê em seu Código de Processo Civil, artigo 609, as hipóteses que não permita a resolução pela arbitragem: o direito a alimentos; divórcios, à exceção dos aspectos monetários; nulidade da união; aqueles a respeito do status civil, à exceção dos direitos pecuniários da filiação legalmente adquirido; aqueles que são proibidos especificamente pela lei.

No tocante as ações de herança, é admitida a arbitragem, desde que todos os herdeiros anuem.

Os Estados Unidos incentivam à prática da arbitragem através das profusas câmaras criadas para o exercício do instituto, principalmente na área do direito de família, em que os litígios se dissipam antes mesmo se tornarem ações judiciais.

6 MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Tratamos até o presente momento sobre os meios alternativos de solução de conflitos, precipuamente da sua empregabilidade na forma extrajudicial.

Neste capítulo abordaremos tais meios sob a ótica processual, notadamente no que diz respeito ao Novo Código de Processo Civil, sendo este o ponto principal do presente trabalho.

O Código de Processo Civil foi promulgado no dia 16 de março de 2015, atendendo ao clamor por sua elaboração, tendo em vista, que a última criação do código se deu em 1973.

Um dos maiores anseios na criação do novo código era de que esse trouxesse celeridade e desafogasse a máquina jurisdicional, em razão do grande número de processos em andamento.

Ademais, conforme vimos em capítulos anteriores, há a violação do direito ao acesso à justiça a prestação falha por parte do Poder Judiciário, não garantindo um acesso justo, efetivo e tempestivo à sociedade.

O legislador vislumbrando tal cenário, abarcou na constituição do Código de Processo Civil a aplicação dos meios alternativos de solução de conflitos como uma das fórmulas de escape para todos esses impasses gerados.

A mudança já se revela no início do código, em seu artigo 3º, ampliando o disposto no artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal, que conceitua o acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade da jurisdição, acrescentando 03 (três) incisos, conforme dispõe:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Desta feita, o código vislumbra a aplicação dos métodos alternativos como meio de acesso à justiça e possibilita a participação da sociedade, dando maior celeridade ao processo, com a possibilidade dos conflitos se findarem logo no início do procedimento. Atestando o disposto, observa-se que o legislador conferiu a Seção V inteira, do artigo 165 ao 175 do código, para tratar especificamente dos conciliadores e mediadores no âmbito judicial.

Observa-se neste sentido, que com a previsão que o código traz ampliando o que a Constituição Federal sempre ditou como garantia fundamental do acesso à justiça, caí a proposição de que não se tem o devido acesso com a aplicabilidade dos meios alternativos, sendo estes estimulados pelos aplicadores do direito.

Partiremos neste instante para a análise minuciosa dos métodos alternativos ao Judiciário na perspectiva apresentada pelo Novo Código de Processo Civil.

6.1 Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça

Antecedendo ao estudo do Código de Processo Civil vigente é mister que façamos preliminarmente uma breve análise acerca da Resolução nº 125 de 2010 editada pelo Conselho Nacional de Justiça. A Resolução nº 125, que trata das políticas públicas acerca da solução de conflitos no âmbito judicial, sempre foi um dos mais importantes veículos que tratam dos meios alternativos, como a mediação e conciliação, antes mesmo da sua previsão pelo código de processo civil.

Em seu texto, está previsto o que já explanamos no capítulo 3, sobre o acesso à justiça, considerando que o referido direito, conforme a resolução dita, “implica acesso à ordem jurídica justa”.

Assim sendo, o Conselho Nacional de Justiça ratificou o que a doutrina contemporânea já falava acerca do acesso à justiça. Os métodos alternativos de solução de controvérsias são o reflexo da terceira onda de Cappelletti, através deles o direito do acesso à justiça é garantido, pois, como já elucidamos e o Conselho editou, o acesso à justiça não é sinônimo de

acesso ao Judiciário, mas sim da deliberação sobre os litígios de forma célere e justa, o que se vislumbra na sistemática dos equivalentes jurisdicionais.

Com o advento da resolução, deu-se início a uma mudança de pensamento por parte da sociedade, mas, principalmente por parte dos operantes do direito, frente à deliberação dos conflitos por uma via diversa da judicial.

Partindo desta premissa, a resolução então determina que os órgãos judiciários devem oferecer outros mecanismos para a resolução da lide antes da utilização da via judicial por meio da sentença.

O Conselho, por intermédio da resolução, dispõe de toda uma estrutura envolvendo a solução por autocomposição, impondo aos tribunais a formação de centros de soluções de conflitos, regulamenta de forma precisa a função dos conciliadores e mediadores, sua capacitação através de cursos (com módulo teórico e prático) e até mesmo previsão acerca do seu código de ética.

O Código de Processo Civil se espelhou no texto da resolução e adotou em seu corpo várias normas que antes eram apenas previstas pela resolução, como por exemplo, a criação dos centros judiciários de solução de conflitos, o cadastro nacional dos conciliadores e mediadores, assuntos estes que serão estudados em tópicos próprios mais adiante.

Uma grande inovação que a resolução trouxe foi a criação da chamada plataforma *online*, onde é possível que os conflitos sejam solucionados de maneira pré-processual, através da mediação e conciliação pela via digital.

Nesta senda, é perceptível a mudança que a resolução trouxe para o judiciário e para a própria sociedade, no que tange aos métodos consensuais, estimulando como política pública, a sua prática em todo território nacional, visando especificamente o melhoramento do Poder Judiciário e efetivando o direito ao acesso efetivo e justo à justiça.

6.2 Dos Conciliadores e Mediadores

A vinda do código de processo civil de 2015 tem como grande escopo reorganizar o sistema judiciário brasileiro. Vislumbra-se tal assertiva

com a retificação do legislador ao abordar com maior veemência a figura do conciliador e mediador no texto legal.

Os conciliadores e mediadores são vistos agora pelo código não como meros terceiros que buscam dirimir os litígios, principalmente na esfera extrajudicial, mas, como verdadeiros auxiliares da prestação jurisdicional, conforme o artigo 149 (oposto ao artigo 139, Capítulo V do Código de Processo Civil de 1973, que não os incorporou em seus incisos) e a Seção V dedicada exclusivamente à eles.

Senão vejamos:

Artigo 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, **o mediador, o conciliador judicial**, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias. (grifo nosso)

Ocorre que, com este novo “status”, os conciliadores e mediadores podem ser declarados suspeitos ou impedidos, se enquadrando nas hipóteses previstas no artigo 148 inciso II do novo Código (artigo 170 e artigo 173 inciso II). Ademais, estes ficam impedidos de exercerem suas funções pelo prazo de 01 (um) ano para representar ou patrocinar qualquer das partes, após sua atuação como conciliador ou mediador, no litígio que envolva estas partes, a contar assim, da última audiência.

O código faz uma distinção entre os litígios em que o conciliador e o mediador atuarão. É necessário haver vínculo anterior entre as partes para que se valha do instituto da mediação, para que se busque o restabelecimento da comunicação entre eles. Exemplo clássico, são os casos que versam sobre direito de família, em que mesmo resolvido e findo o litígio específico do pleito, as partes possuem uma relação que ainda irá perdurar por um certo tempo.

essa é a grande vantagem da mediação, e por isso ela é indicada para casos em que já exista vínculo anterior entre as partes: a solução do conflito permite a continuidade da relação entre as partes visando sua convivência futura. (NEVES, 2015, p. 49)

Opostamente se apresenta a conciliação, onde o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não há vinculo anterior entre as

partes, casos em que a relação se inicia e termina em decorrência da demanda pleiteada, como ocorre nas lides que versam sobre um contrato de prestação de serviços.

As partes possuem total autonomia para a nomeação do conciliador ou mediador, podendo este estar cadastrado ou não. Entretanto, se as partes não chegarem em um consenso na escolha, dispõe o artigo 168 § 2º do CPC que haverá a distribuição entre os conciliadores e mediadores cadastrados no respectivo tribunal.

6.2.1 Cadastro como mediador e o exercício da advocacia

A conciliação e a mediação podem correr judicialmente ou extrajudicialmente. Quando se tratar de conciliação judicial, conforme já elucidado, o terceiro que estará intermediando a solução do conflito será auxiliar da justiça, devendo para tanto ser aplicada todas as normas relativas a esse tipo de sujeito processual.

O código irradiando o previsto na resolução nº 125 do CNJ prevê um cadastro em que os conciliadores e mediadores habilitados serão inscritos. O referido cadastro se dará em dois âmbitos, no nacional e regional, por intermédio dos tribunais de justiça e dos tribunais federais.

É requisito para se cadastrar, a capacitação por meio de um curso promovido por entidade credenciada e nos ditames regulamentados pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, conforme se prescreve no § 1º do artigo 167 do Código de 2015, sendo apenas facultativo nas sessões pré-processuais de conciliação e mediação (artigo 12-C, seção III-B, da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça).

A Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) também aborda em sua redação a capacitação do mediador, ditando em seu artigo 11 que este deve ser graduado há pelo menos 02 (dois) anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e a capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, devendo sempre observar o que dispõe o Conselho Nacional de Justiça. Cabe ressaltar, que no tocante a graduação do mediador, há várias críticas, alegando

que o determinado ofende a filosofia abarcada no instituto da mediação. Contudo, mesmo com a reprovação, seu texto está vigente, produzindo efeitos, e em caso de conflito, este prevalece sobre o CPC, por se tratar de lei especial (prevalecendo sobre a lei geral) e por ser lei mais nova (prevalecendo sobre a antiga).

Após a conclusão do curso e o recebimento do respectivo certificado, o interessado poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro do respectivo tribunal que pretende atuar.

O cadastro nacional é importante por este motivo, pois os terceiros serão capacitados para exercerem suas funções da melhor forma possível, auxiliando as partes de maneira correta, sem qualquer constrangimento (o que é vedado pela lei, segundo o artigo 165 § 2º, segunda parte) e para que o litígio se deslinde completamente e o mais célere possível.

O § 2º do artigo 167 do CPC observa que após o efetivo registro, que poderá se dar por meio de concurso público, o tribunal em questão, remeterá os dados necessários do conciliador e mediador ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde aqueles atuarão, para que seus nomes passem a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória. Observa-se no alegado, que o código também prevê a seleção para o exercício da mediação e conciliação através dos concursos públicos.

No cadastro dos conciliadores e mediadores constará todos os dados primordiais para o exercício destes, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes (§ 3º do supramencionado artigo).

Não é necessário ter conhecimento jurídico para exercer a função de conciliador ou mediador, mas, é imprescindível que haja um conhecimento específico acerca do que é versado na lide.

O código ainda dispõe sobre a remuneração dos conciliadores e mediadores, através de tabela fixa do respectivo tribunal e conforme parâmetros estabelecidos pela Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania *ad referendum* do plenário, de acordo com o prescrito na resolução

do CNJ incluído pela emenda 02 de 08 de março de 2016. Contudo, seu exercício também poderá ser realizado de maneira voluntária.

Ao tratar do assunto o doutrinador Fredie Didier Junior (2016, p. 275) aduz que:

O mediador e o conciliador podem ser funcionários públicos ou profissionais liberais (art. 167, CPC). É importante que se encare este tipo de atuação como uma atividade remunerada, até mesmo para que haja um aprimoramento do nível desses auxiliares da justiça (art. 169). Nada impede, porém, que a mediação e a conciliação sejam feitas *pro bono*, como trabalho voluntário (art. 169, §1º, CPC)

Todavia, o código não lidou com quem estaria a incumbência das despesas com a atividade conciliatória ou mediática, o legislador foi omissos ao arrazoar sobre a temática. O mais apropriado seria que o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, arcasse com todos os dispêndios, contudo, em decorrência da deficiência vivenciada pelo órgão e pelo sistema, essa hipótese é perfeitamente descartada.

Sendo assim, a remuneração volta-se para as partes. Entretanto, com tal afirmação surge inúmeras indagações. As despesas serão pagas por ambas as partes? Por uma? Mas, qual delas? Ocorre que, no presente momento não há na lei soluções práticas previstas para esses entraves, só o tempo e aplicação pelos operadores do direito definirá o caminho a ser traçado no que diz respeito a esses infortúnios.

O código em seu artigo 175 parágrafo único elucida a hipótese das câmaras privadas de conciliação e mediação, que também seguirão o disposto por ele, em toda a seção V, no que concerne aos conciliadores e mediadores. Ademais as audiências não remuneradas realizadas por estas câmaras, de acordo com o § 2º do artigo 169, terão o seu percentual determinado pelos tribunais com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

O § 5º do artigo 167 dita que os cadastrados serão impedidos de exercerem a advocacia nos juízos em que desempenham suas funções. Antes do advento do Novo Código de Processo Civil, inexistia na legislação brasileira qualquer norma que vedasse que advogado inscrito na Ordem dos Advogados

do Brasil exercesse concomitantemente a função de mediador e conciliador e a profissão de advogado.

Se o conciliador ou mediador atua no Centro de Solução Consensual de Conflitos, ele ficará impedido de advogar em todas as Varas da Comarca que enviem processos para o Centro, para a realização das audiências de tentativa de conciliação. Mas nada impede que atue como advogado em outras comarcas ou seções judiciárias, ou até mesmo na própria comarca, desde que em juízos em que não desempenham suas funções. Por exemplo, nada impede que eles atuem como advogados na área criminal. (GONÇALVES, 2016, p. 635)

Conclui-se pelo disposto no novo código que, não se pode exercer a profissão de advocacia e de conciliador no mesmo juízo, entretanto não é vedado o exercício de ambas concomitantemente.

Os conciliadores e mediadores serão excluídos do cadastro nacional quando, de acordo com o artigo 173:

- I - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º;
- II - atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito.

A apuração pela exclusão se dará por intermédio de processo administrativo. Ademais, nas hipóteses de afastamento do auxiliador, pelo prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, em virtude do exercício inadequado de suas funções, da mesma forma será instaurado o respectivo procedimento.

Observa-se neste deslinde, o quão é importante é a capacitação e o cadastro dos conciliadores e mediadores, e como o código abordou com afinco a figura destes auxiliares da Justiça, inovando integralmente seu exercício e atribuições no âmbito processual.

6.2.2 Centros judiciários de solução de conflitos

Os centros judiciários de solução de conflitos são mais uma das criações elaboradas pelo Conselho Nacional de Justiça que o novo Código de Processo Civil importou.

A Resolução nº 125/2010 do CNJ, trouxe em seu texto a criação destes centros a cargo dos tribunais, centros estes que realizariam audiências de conciliação e mediação, além da realização de atendimento ao público. O código em seu artigo 165 trata dos centros da mesma forma tratada pela resolução e ainda prevê que estes devem desenvolver programas que visam auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Além das audiências no âmbito judicial, os centros judiciários de solução de conflitos devem abranger os conflitos pré processuais. Os centros judiciários de solução de conflitos, também denominados de CEJUSC, já são realidade e desde a sua previsão pela Resolução nº 125 vários centros foram inaugurados em todo o Brasil.

Em relação a constituição dos centros judiciários Daniel Amorim Assumpção Neves (2015, p. 47) delinea sua perspectiva:

Vejo como medida positiva porque o juiz nem sempre é a pessoa mais indicada para exercer tal atividade, primeiro porque pode não ter a técnica necessária e, em segundo, porque pode ser acusado de prejulgamento na hipótese de uma participação mais ativa na tentativa de obter a conciliação ou a mediação. Ao criar um órgão que não pode prejulgar porque não tem competência para julgar e formado por pessoas devidamente capacitadas, tais problemas são superados.

Os centros serão administrados por 01 (um) juiz coordenador e por 01 (um) adjunto se for necessário. Sua função além de administrar os centros, é de homologar os acordos e supervisionar os conciliadores e mediadores (artigo 9º da Seção II, do Capítulo III, da Resolução nº 125/2010 do CNJ).

Uma inovação importante implementada por meio da emenda nº 02 de 08.03.16 à resolução, é a disposta no artigo 9º § 2º que denota a presença de ao menos 01 (um) servidor nos centros judiciários, com dedicação exclusiva, capacitado em métodos consensuais de solução de conflitos, para a triagem e encaminhamento adequado de casos.

O código ainda prevê a criação de câmaras no âmbito administrativo conforme narra o artigo infra:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições

relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

É cediço salientar ainda que, o Guia de Conciliação e Mediação do Conselho Nacional de Justiça, que traz orientações acerca da instalação dos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, demonstra que para que estes centros sejam instalados é necessário seguir alguns requisitos, quais sejam: seguir as orientações gerais, estrutura mínima necessária, termo de cooperação para instalação dos Centros, layout de sala de conciliação, listagem para indicação de servidores, listagem para indicação de Conciliadores e Mediadores, ofício de solicitação de capacitação, ofício de solicitação de designação de Gestor do Centro, ofício de solicitação de instalação do Centro e a placa inaugural

Destarte, vislumbramos a grande influência que a Resolução nº 125 do CNJ exerceu na redação do novo código de processo civil, particularmente na composição dos centros judiciários de solução de conflitos. Tais centros visam especificamente a realização das audiências de conciliação e mediação tanto pré processual como processual.

6.3 Da Audiência de Conciliação e Mediação e seus Princípios Norteadores

Talvez uma das grandes e mais importantes novidades que o novo código passa a dispor sobre a resolução dos conflitos sob o viés dos métodos alternativos, é a criação da audiência de conciliação e mediação.

O legislador trata desta audiência no artigo 334 do códex, e só será realizada se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não houver a improcedência liminar do pedido. É cediço salientar que o novo código traz como um dos requisitos da petição inicial a demonstração por parte do autor se há ou não interesse pela realização da audiência de conciliação e mediação (artigo 319 inciso VII do Novo CPC).

Após a análise e o recebimento da petição inicial a audiência de conciliação e mediação será designada pelo juiz. A audiência será realizada antes mesmo do réu contestar. Se ele não possuir interesse pela realização da aludida audiência deverá peticionar expondo o desinteresse, com antecedência de 10 (dez) dias, contados da data da audiência.

O intuito do legislador ao alocar a audiência de conciliação no início do procedimento antes mesmo do réu oferecer resistência ao alegado pelo autor, é que além de se obter a resolução no princípio do procedimento, com o passar do tempo e com a prática dos atos processuais, lograr êxito na conciliação é mais dificultoso, pois as partes já estão completamente envolvidas no problema e buscam mais do que nunca uma solução por parte do Juiz.

Nas palavras de Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2016, p. 626):

“A audiência antes da resposta do réu, logo no início do procedimento, pode encontrar um campo mais favorável à conciliação do que a audiência na fase de saneamento do processo, prevista no art. 331 do CPC de 1973.

Contudo, conforme preceitua o artigo 4º do CPC, a audiência só não será realizada se ambas as partes demonstrarem o desinteresse na sua realização e nos casos que não se admite autocomposição. O juiz designará a audiência mesmo que o autor alegue o contrário, pois o ato só não será realizado se o réu dispor no mesmo sentido.

É do conhecimento de todos a crise suportada pelo Judiciário, com a grande demanda a designação por audiências acaba não respeitando o imposto pela lei e sua fixação se protraí no tempo. Posto isto, vislumbra-se conforme supracitado, que o § 5º do artigo 334 narra que o cômputo do prazo para que o réu peticione em sentido contrário a realização da audiência, se inicia com a data da audiência para trás, ao invés da contagem a partir da citação.

Neste sentido, (RODRIGUES, 2016, s.p) levanta-se o questionamento da hipótese de procrastinação por parte do réu, pois não havendo interesse na audiência, e tendo o autor expressado o seu desinteresse no mesmo sentido, aquele vislumbrando o enorme período para a

realização da audiência, permite que esta continue marcada para só quando faltar 10 dias antes de sua data, peticionar no sentido da não realização.

A questão que se coloca, nesta sede, é a seguinte: pode o juiz, ao invés de esperar (por meses) o réu peticionar indicando seu eventual desinteresse na autocomposição, instigá-lo, no próprio ato citatório, a dizer, dentro de alguns dias, se quer ou não a realização da audiência? Parece-nos que sim. Embora o art. 139, VI, do NCPC, confira ao juiz poderes apenas para dilatar os prazos processuais, a incumbência que tem de velar pela duração razoável do processo (art. 139, II) parece permitir a construção de semelhante norma. Some-se a isto o prestígio dado pelo Novo Código à flexibilização procedimental. (RODRIGUES, 2016, s.p)

Ademais, da mesma forma, quando instaurado o litisconsórcio, preceitua o § 6º do artigo 334 que o desinteresse deve ser expresso por todos. O embate e insegurança jurídica surgem quando se tratar de litisconsórcio passivo, pois o prazo é contado distintamente para cada um dos litisconsortes, desta feita, o prazo para apresentar contestação será contado com base na apresentação do desinteresse na realização da audiência.

Há uma certa crítica na doutrina no tocante ao § 8º do referido artigo, pois o legislador impôs multa de até 2% (dois por cento) da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, no que se refere ao não comparecimento injustificado do autor ou do réu, reputando como ato atentatório à dignidade da justiça. A reprovação surgiu, pois, a audiência visa especificamente resolver a lide existente, através dos métodos consensuais, sem que haja o desgaste das partes pelo processo judicial, e que transforme a mentalidade da sociedade acerca da deliberação dos conflitos por tais métodos. Com o advento desta reprimenda as partes e a coletividade como um todo já não enxergam a audiência de conciliação com bons olhos, comparecendo à ela não com o intuito de conciliar mas, como forma de evitar o pagamento da multa imposta.

A aplicação da audiência de conciliação e mediação também está prevista no âmbito do direito de família, onde o legislador separou um capítulo próprio (capítulo X) dos artigos 693 a 699 para regulamentar a sua realização. Neste diapasão, observa-se a preocupação do legislador com os litígios envolvendo a família, tendo em vista, a sua maior complexidade e com suas características próprias. Tal assertiva é corroborada no artigo 694, *in verbis*:

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Semelhantemente ao abarcado no artigo 334 do CPC, o réu antes de contestar será citado para comparecimento da audiência de conciliação e mediação. Contudo, neste caso, o réu não peticionará no sentido de demonstrar interesse ou não à audiência, este deve comparecer e se não resultar em acordo, este poderá contestar observando o disposto no artigo 335.

Por conseguinte, após a exposição de todas as asserções envolvendo a realização da audiência e conciliação, ato processual que se decorreu com o advento do código de processo civil de 2015, veremos nos sub- tópicos a seguir os princípios norteadores desta audiência. Os princípios são previstos pelo CPC em seu artigo 166 e estão elencados no artigo 2º da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015).

6.3.1 Princípio da independência

Por este princípio nenhum aspecto interno ou externo deverá influir sobre sua maneira de deliberar sobre a lide.

O princípio da independência está definido no artigo 1º, §5º, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, que dispõe que por este princípio os mediadores e conciliadores têm o dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, podendo recusar, suspender ou interromper as sessões caso estejam ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco há obrigação de redigir acordo ilegal ou inexecutável.

Conclui-se que por esse princípio, que os conciliadores e mediadores judiciais, tem a autonomia para conduzir as mediações e conciliações judiciais.

6.3.2 Princípio da imparcialidade

Por esse princípio aufere que o mediador e o conciliador não podem ter qualquer tipo de interesse no conflito, bem como deve sempre estar equidistante das partes, para auxiliar na solução do litígio, e para que não haja abusos e arbitrariedades.

Ao tratar do assunto autora Lília Maia de Moraes Sales (2004, p. 48) ensina que:

A imparcialidade deve ser inerente ao mediador. Isto porque é função do mediador ajudar as partes a reconhecerem os reais conflitos existentes, produzindo as diferenças com o outro e não contra o outro, criando assim novos vínculos entre elas. Para o mediador realizar essa tarefa ele deve ser imparcial, caso contrário, poderá ir além de seu compromisso, interferindo na decisão, privilegiando a parte que lhe interessa. A intervenção do mediador, manipulando a argumentação, e daí a decisão, descaracteriza a mediação, pois a igualdade de oportunidade do diálogo é imprescindível a esse procedimento.

É importante destacar que a Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, aduz que:

Art. 5º Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz.

Parágrafo único. A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

Assim, é necessário que não haja qualquer tipo impedimento e suspeição do conciliador e mediador, sob pena de o mesmo ser afastado.

6.3.3 Princípio da autonomia da vontade

O Princípio da Autonomia da Vontade ou Liberdade das Partes nos aponta para que na mediação e conciliação, o poder de decisão cabe às partes. Pois, o papel do terceiro que está conduzindo a mediação e conciliação,

é apenas direcionar as mesmas para uma conclusão que seja satisfatória para ambas as partes, sendo vedado constrangê-las à autocomposição.

6.3.4 Princípio da confidencialidade

O princípio da confidencialidade na conciliação orienta que o intermediador deve atuar como guardião do processo de mediação, garantindo sua lisura e integridade.

O mediador e conciliador devem manter sigilo sobre todas as informações abordados na sessão, conforme determina o artigo 166, parágrafos 1º e 2º do Novo Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

De acordo com esse artigo as partes e o mediador/conciliador possuem um pacto de confidencialidade entre si, não podendo ser objeto de divulgação ou depoimento os fatos ou elementos provenientes da sessão.

6.3.5 Princípio da oralidade e informalidade

A oralidade e a informalidade (DIDIER JR., 2016, p. 277), devem orientar a mediação e conciliação, pois ambas devem dar maior “leveza”, utilizando-se para tanto uma linguagem mais simples e acessível e sem a utilização de roupa solene (veste talar, toga, etc.).

Tendo em vista que o objetivo da mediação e conciliação é possibilitar que as partes cheguem a uma solução para seus conflitos, o

princípio da oralidade tem fundamental importância, pois na grande maioria das vezes isso só é possível através do diálogo.

Por sua vez, a informalidade tem fundamental importância na facilitação da comunicação entre as partes, pois permite que haja maior desconcentração e tranquilidade durante a sessão de mediação e conciliação, facilitando a resolução do litígio.

6.3.6 Princípio da decisão informada

Este Princípio da Decisão Informada orienta que os interessados devem ser orientados acerca das consequências da homologação do acordo.

O consenso (DIDIER JR., 2016, p. 277) somente deve ser obtido após a correta compreensão e das consequências da solução do litígio. A informação garante uma participação mais qualificada das partes quanto aos seus direitos.

6.4 Aplicabilidade nos Conflitos que Envolvem os Entes Públicos como Parte da Lide

Sempre surgiu pelos operadores do direito a assertiva de a indisponibilidade por parte da administração pública, estava calcada na sua impossibilidade de transacionar, necessitando para tanto de autorização, tendo como base o artigo 37 da Constituição Federal (princípio da legalidade).

É verdadeira a premissa de que a administração pública não pode dispor dos interesses da coletividade, contudo, esta disposição não está correlacionada com a transação em um acordo em que esta faz parte de um dos polos da relação processual.

Em certas hipóteses definidas por lei, é autorizado a tratativa de acordo como no artigo 10 da Lei 10.259/2001 e o artigo 8º da Lei 12.153/2009. A tese está avançada no pensamento de que quando há o ajuste de um acordo está se abrindo mão de um direito, e sendo a administração pública a representação da coletividade, estaria ela renunciando ao direito de todos os cidadãos.

Neste sentido, com o surgimento da audiência de conciliação e mediação do artigo 334 do Novo CPC, culminou em um empasse, se nas lides em que entes públicos fossem partes seu comparecimento era obrigatório, seguindo a regra geral, tendo vista, que estes não poderiam acordar com a parte contrária. Ademais, em seu § 4º o legislador dita que nos casos em que não se admite a autocomposição a alusiva audiência não será realizada.

Além do que, o código elucida no artigo 174 que os próprios entes públicos criarão as chamadas câmaras de mediação e conciliação para dirimir os litígios em que estes fazem parte, que é previsto da mesma forma no artigo 32 da Lei de Mediação.

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Neste sentido, o entendimento é o do previsto na lei especial, a Lei de Mediação, que resolve todo o empasse gerado, abarcando um capítulo próprio acerca da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. No § 4º do artigo 32 o legislador prevê que não se incluem na competência dos órgãos mencionados no artigo acima transcrito, as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

Na Seção II a Lei ratifica a assertiva de que para a administração pública transacionar (cabe ressaltar mais uma vez, que é permitido) é necessário autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores ou por meio de parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

Destarte, a administração pública quando for parte em um processo, poderá ajustar um acordo e por fim ao litígio, desde que a referida transação seja autorizada, conforme vimos nos parágrafos antecedentes, pois

o Estado possui sua organização própria e os atos praticados pelos seus agentes devem ser regulados e fiscalizados.

7 CONCLUSÃO

Durante todo o trabalho foi abordado exaustivamente sobre a temática envolvendo os meios alternativos de solução de conflitos.

Com todo o exposto, concluímos que o Poder Judiciário passa por toda essa crise em decorrência da constituição organizacional imposta desde os tempos primórdios.

O monismo jurídico, centralizando o poder nas mãos do Estado, precipuamente na normatização das diretrizes e resolução dos conflitos, gerou e enraizou na coletividade o que comumente é denominada cultura do litígio e da sentença. As partes buscam a qualquer custo a prolação de uma sentença judicial para que se vislumbre qual a parte é a vencedora e qual é a vencida além, de deste modo depararem com o “verdadeiro” fim do litígio, não vendo mais alternativas para o caso.

Ocorre que, nesta senda, aderindo a ideologia do pluralismo jurídico surge os meios alternativos de solução de conflitos, que também são abarcados pelo fenômeno hodierno da desjudicialização. Os métodos alternativos, também nomeados pela doutrina de equivalentes jurisdicionais, visam notadamente desafogar a crise do Judiciário e possibilitar as partes a resolução dos litígios de maneira menos dispendiosa, célere e efetiva.

Muito se questionava se os meios alternativos se enquadrariam no conceito de acesso à justiça e se este afrontaria a garantia fundamental da inafastabilidade jurisdicional. Todavia, os renomados pesquisadores e doutrinadores Cappelletti e Garth, através dos estudos provenientes do Projeto Florença, e da obra Acesso à Justiça, englobaram tais métodos na terceira onda do movimento novo, as ondas renovatórias de universalização do acesso à justiça.

Destarte, os equivalentes jurisdicionais não ferem o princípio da inafastabilidade jurisdicional pelo fato das partes disporem se transacionarão ou não e pelo Poder Judiciário ser inerte, podendo as partes recorrerem à ele a qualquer tempo e este agir através do impulso oficial.

Corroborando com este entendimento o novo Código de Processo Civil vigente, acresce o disposto no artigo 5º XXXV, incorporando ao direito a

aplicação dos métodos alternativos na esfera judicial, autenticando mais ainda a afirmativa de que os meios alternativos são hipóteses de acesso à justiça.

Ademais, o novo Código de Processo Civil ao longo de sua nova redação engloba o previsto na Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, quanto a criação de centros judiciários de solução de conflitos, cadastro dos conciliadores e mediadores, dentro outras previsões exemplificativamente abordadas no decorrer deste trabalho.

Uma das principais aplicações dos métodos alternativos previstas foi a criação da audiência de conciliação e mediação, regulada no artigo 334 do novo códex. Através dela, o legislador visa extirpar o litígio logo no início por meio da utilização da conciliação e mediação.

Neste diapasão, concluímos que com avanço da sociedade e com a crise instalada na máquina jurisdicional, os meios alternativos de solução de conflitos são uma das melhores fórmulas para se buscar solucionar o problema. Neste sentido, o Código de Processo Civil de 2015 almeja, maior celeridade, um acesso à justiça eficaz e o banimento da cultura do litígio imposta.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ANDRADE, Ana Luísa do Couto. RIBEIRO, Mariana Dantas. **Direito alternativo e pluralismo jurídico, em busca da isonomia material**. Disponível em <http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/103/103>. Acessado em 05.10.2016.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5ª Ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.

BRASIL, **ANEXO III – RESOLUÇÃO N. 125/2010 CNJ**. Brasília, 29 de novembro 2010.

_____. **Lei 2.180, de 05 de fevereiro de 1954. Dispõe sobre o tribunal marítimo**. Diário Oficial da União, Brasília, 08 de fevereiro de 1954.

_____. **Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, p. 18.417, 30 de fevereiro de 1992.

_____. **Lei 11.441, de 04 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa**. Diário Oficial da União, Brasília, p. 01, 05 de janeiro de 2007.

_____. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, p. 01, 17 de março de 2015.

_____. **Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997**. Diário Oficial da União, Brasília 29 de junho de 2015.

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

CARVALHO, Lucas Borges de. **Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico**. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18ª Ed., Salvador: Editora Jus Podvm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ESTEVES, João Luiz Martins. **Cidadania e judicialização dos conflitos sociais**. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11566>. Acesso em 22.04.2016

FALCÃO, Joaquim de Arruda. **Democracia, direito e terceiro setor**. 2. Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

FIUZA, César. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GOMES NETO, José Mario Wanderley. **O Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti**. Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005,

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. Coordenador Pedro Lenza. – 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HELENA, Eber Zoehler Santa. **O fenômeno da desjudicialização**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 922, 11 jan. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7818>. Acessado em 21.04.2016.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos. Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Organizador André Gomma de Azevedo. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à Justiça e os Mecanismos Extrajudiciais de Solução de Conflitos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

LUZ, Ilana Martins. **Justiça restaurativa: a ascensão do intérprete e a nova racionalidade criminal**. 1ª Edição. Empório do Direito. 2015.

MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno: Notas para pensar a Racionalidade Jurídica na Modernidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1998.

MARQUES, Norma Jeane Fontenelle. **A desjudicialização como forma de acesso à Justiça**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 123, abr 2014. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14638&revista_caderno=21. Acesso em 10/08/2016.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. In: FERNANDES, Florestan (Org.). *Marx/Engels: história*. 2. Ed.; São Paulo: Ática, 1984.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios Alternativos de Solução de Conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; SILVEIRA, Anarita Araújo da. **Outras formas de dizer o direito**. In: WARAT, Luis Alberto (Org.) **Em nome do acordo. A mediação no direito**. Buenos Aires: Almed, 1998

NAZARETH, Eliana Riberti. **Mediação: o conflito e a solução**. São Paulo: Artepaubrasil, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador, Editora JusPodivm, 2016.

_____. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**. São Paulo: Método, 2015.

Ordenações Filipinas, Livro 3º, Título XX. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p587.htm>. Acessado em 08/10/2016.

RODRIGUES, Daniel Colnago. **Sobre a audiência de conciliação ou mediação no Novo CPC: questões ainda não resolvidas**. Disponível em <http://justificando.com/2016/03/09/sobre-a-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-no-novo-cpc-questoes-ainda-nao-resolvidas/>. Acessado em 25.05.2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e o Poder. Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

SILVA SANTOS, Valdoir da. **O multiculturalismo, o pluralismo jurídico e os novos sujeitos coletivos no Brasil**. Dissertação de Mestrado (Direito). UFSC, Florianópolis, 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/88574>. Acesso em: 03/10/2016.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação de família**. Belo Horizonte. Del Rey, 1999.

_____. **Teoria e Prática de Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmens, 1999.

TARTUCE, Fernanda; GABBAY, Daniela; FALECK, Diego. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro. Editora FGV, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Desjudicialização**. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/desjudicializacao/10165>. Acessado em 25.04.2016.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Alternatividade e retórica no Direito: para além de embate ideológico**. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco, nº 5. Recife, 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.