

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

FERNANDA CRISTINA KOESTER

**O PAPEL DA SOCIEDADE E DOS OPERADORES DO DIREITO FRENTE AOS
MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS**

**CURITIBA
2009
FERNANDA CRISTINA KOESTER**

O PAPEL DA SOCIEDADE E DOS OPERADORES DO DIREITO FRENTE AOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Portugal Bacellar.

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDA CRISTINA KOESTER

O PAPEL DA SOCIEDADE E DOS OPERADORES DO DIREITO FRENTE AOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2009.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E TENTATIVAS DE SOLUÇÃO.....	8
2.1 INEFETIVIDADE DO ATUAL SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO.....	8
2.2 OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS COMO UMA POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO PARA A CRISE.....	13
3 MASC - MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS.....	20
3.1 FORMA DE TRATAMENTO PELA DOCTRINA ESTRANGEIRA.....	20
3.2 APLICAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS NO BRASIL.....	23
3.3 MODALIDADES DE SOLUÇÃO ALTERNATIVA CONTROVÉRSIAS.....	26
3.3.1 - Negociação.....	26
3.3.2 - Mediação.....	29
3.3.3 - Conciliação.....	33
3.3.4 - Arbitragem.....	39
4 O PAPEL DOS ENVOLVIDOS NO CONFLITO.....	42
4.1 OPERADORES DO DIREITO.....	42
4.1.1 - O Papel do Juiz.....	44
4.1.2 - Os Advogados.....	49
4.1.3 - Demais Auxiliares da Justiça.....	52
4.2 O PAPEL DA SOCIEDADE.....	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
REFERÊNCIAS.....	62

RESUMO

O presente trabalho monográfico visa determinar qual o papel e como devem se comportar aqueles que operam com o direito, bem como a sociedade em geral, frente a utilização de meios alternativos ao litigioso para a solução de conflitos. Para tanto, discorre-se sobre quais são os meios alternativos de solução de controvérsias, seu funcionamento e a forma de aplicação no Direito brasileiro. Ao final, tenta-se delimitar qual a função dos profissionais do direito a fim de concretizar a solução amigável de um conflito, alcançando-se a pacificação da sociedade.

1 INTRODUÇÃO

Tema recorrente entre os operadores do direito é a tão sonhada e buscada efetividade processual. O elevado número de demandas que afloram no Poder Judiciário a cada dia fez com que a necessidade de estabelecermos um processo mais rápido e eficaz se tornasse imperiosa.

O Poder Judiciário já não possui estrutura física e organizacional para suportar as demandas judiciais brasileiras e dar-lhes o andamento que necessitam.

Pode-se dizer que hoje uma das principais características de uma demanda judicial no Brasil é a demora do procedimento, decorrente, principalmente, da falta de estrutura do Poder Judiciário e também do elevado número de medidas legais e recursos, na maioria das vezes, procrastinatórios. A demora não é o único problema enfrentado pelos litigantes, a insatisfação com a decisão, após tornar-se definitiva, também se caracteriza como problemática a ser enfrentada.

Na atual situação em que se encontra o Poder Judiciário Brasileiro, a busca pela efetividade do processo tornou-se ponto principal para estudarmos e adotarmos os chamados “meios alternativos de solução de controvérsias”, que tenta tirar o foco do processo judicial e para adotar uma solução diversa da disputa, mais benéfica e mais rápida para as partes.

No decorrer do presente trabalho, vamos tratar das medidas alternativas de resolução dos conflitos e da forma como elas devem ser vistas pelos operadores do direito e pela própria sociedade que delas se utiliza.

Nas obras publicadas verificamos que a terminologia utilizada para o tema não é unânime, sendo os meios alternativos também chamados de RAC – Resolução Alternativa de Conflitos, ADR ou ADRS – Alternative Dispute Resolutions,

termo utilizado internacionalmente, e em português há a denominação MARCS – meios alternativos de resolução de conflitos ou também métodos não adversariais de solução de conflitos. Para tornar mais fácil a compreensão dos termos utilizados na pesquisa, adotaremos a terminologia “meios alternativos de solução de controvérsias ou conflitos” – MASC quando tratarmos do tema, ou seja, abarcando todas as denominações anteriormente citadas.

Assim, analisaremos a importância da adoção dos meios alternativos no moroso e complicado sistema processual brasileiro e de que forma estes meios estão sendo adotados no Brasil. E, ao final, tentaremos demonstrar como os profissionais do direito e a sociedade devem entender e se utilizar das medidas alternativas para a solução de seus conflitos.

2 CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E TENTATIVAS DE SOLUÇÃO

2.1 INEFETIVIDADE DO ATUAL SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

A maioria dos estudiosos do processo civil brasileiro se depara, constantemente, com a inefetividade prática de diversos institutos processuais previstos na legislação em vigor, o que leva a conseqüente estagnação das demandas e a demora¹ na efetivação do direito.

O problema principal não está na letra da lei, que em geral é até adiantada em relação ao momento histórico em que está inserida. A principal problemática está na aplicação efetiva do texto da lei, problema este decorrente da falta de estrutura física e organizacional do Poder Judiciário, da imensa quantidade de processos em trâmite e, principalmente, da demora na prestação jurisdicional. Para a autora Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci, diversos são os motivos pelos quais se pode justificar a demora de um processo judicial no Brasil:

As razões de tamanha morosidade são inúmeras, mas pode-se destacar a falta de aparelhamento do Poder Judiciário, número insuficiente de juízes, vasta edição de leis inconstitucionais e a existência de grande rol de recursos interpostos em caso de sucumbência dentro de uma demanda.²

¹ Sobre o tempo de tramitação de uma demanda civil no Judiciário Brasileiro, o Diretor do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo, Cassio Telles Ferreira Netto, nos informa que: “(...) *uma demanda judicial atualmente não encontra solução, em primeira instância, em menos de dois a três anos. Em segunda instância, a demora chega até a dois anos e meio e utilizando-se a parte de todos os meios legais existentes para recorrer, a conclusão do conflito não ocorrerá em menos de 12 anos*” (grifo é nosso). FERREIRA NETTO, Cássio Telles. **Arbitragem uma solução jurídica**. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. São Bernardo do Campo. v. 5, n.7, 2001, p. 38.

² ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. **Súmula vinculante: será este o caminho?** Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 90, n. 787, jul. 2001, p. 36.

Além disso, o significativo aumento da população brasileira³ e também a divulgação da informação de forma global, entre outros fatores⁴, acarretaram um consequente aumento das demandas judiciais. Segundo Arthur Mendes Lobo “tal aumento não veio acompanhado do necessário investimento público em infraestrutura e agentes públicos em número razoável, indispensáveis que são à administração da Justiça”⁵. Para Ada Pellegrini Grinover, a atual crise da Justiça se dá pelos seguintes fatores:

A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que nem sempre lança mão de poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito; tudo leva a obstrução das vias de acesso a justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários.⁶

Como já dissemos anteriormente, diversas são as causas que acarretam a demora da prestação jurisdicional, entre elas podemos dar destaque à falta de estruturação. Segundo Humberto Theodoro Júnior, a prestação jurisdicional, para tentar se tornar efetiva, precisa ser aprimorada também fisicamente, modificando-se e modernizando-se o aparelho judiciário. O autor explica que:

³ Segundo dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 1970 éramos aproximadamente 93 milhões de habitantes, sendo que de acordo com última pesquisa, há hoje no Brasil 183,9 milhões de habitantes (dados do IBGE – dezembro de 2007). Desta forma, o Brasil teve um aumento populacional de quase 100% em 37 anos, o que não foi acompanhado pelo Poder Judiciário. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia>, acesso em 05 de setembro de 2009.

⁴ Para José Palmácio Saraiva, entre os fatores de crescimento das demandas judiciais encontramos ainda a expansão industrial; o êxodo rural que leva a favelização das cidades e também a uma crise habitacional; o aumento significativo da circulação de veículos nas cidades e estradas; a crise econômico-social que assola o país e, por fim, a criação de novos direitos e institutos jurídicos inéditos. SARAIVA, José Palmácio. **A solução alternativa conciliatória: uma experiência promissora**. Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul: Porto Alegre. v. 19, n. 55, jul, 1992, p. 260.

⁵ LOBO, Arthur Mendes. **Breves comentários sobre a regulamentação da súmula vinculante**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, n. 45, jan-fev, 2007, p. 78.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da justiça conciliativa**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo. v. 4, n.14, jul-set, 2007, p. 17.

(...) entre a mudança da norma e a transformação da realidade dos serviços judiciários, vai uma distância muito grande, que não se cobre apenas pela edição de textos legislativos. Tenho reiteradamente advertido para o fato de que a demora da justiça – cuja erradicação foi a principal razão da Emenda nº. 45 – não tem sua verdadeira e maior causa nos procedimentos e nas regras processuais, mas decorre diretamente de problemas administrativos e funcionais gerados por uma deficiência notória da organização do aparelhamento burocrático do Poder Judiciário brasileiro. São as etapas mortas e as diligências inúteis, as praxes viciosas e injustificáveis, mantidas por simples conservadorismo, que fazem com que os processos tenham que durar muito mais do que o tolerável e muito mais mesmo do que o tempo previsto na legislação vigente.⁷

No sentido de necessitarmos de uma reestrutura do Poder Judiciário, o autor Roberto Rosas⁸ se manifesta no sentido de que “se o Estado institui o Judiciário com o iter para solver os conflitos de interesses, deve, portanto, adaptá-lo ao mundo atual, modernizá-lo e compatibilizá-lo com a sociedade tecnológica e humana”. E ainda, o autor Luiz Guilherme Marinoni, ao tratar desta inefetividade que paira sobre o Judiciário, ensina que:

A lentidão do processo pode transformar o princípio da igualdade processual, na expressão de Calamandrei, em “coisa irrisória”. A morosidade gera a descrença do povo na justiça; o cidadão se vê desestimulado de recorrer ao Poder Judiciário quando toma conhecimento de sua lentidão e de seus males (angústias e sofrimentos psicológicos) que podem ser provocados pela morosidade da litispendência.⁹

Além de todas as questões já citadas, um dos motivos que, por vezes, também prejudica a efetividade processual é a insatisfação com a decisão judicial, levando a conseqüente interposição de recursos diversos e até mesmo o descumprimento de ordens judiciais por parte daquele que entende estar sendo “injustiçado” com a decisão.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Alguns reflexos da Emenda Constitucional nº. 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. n. 47, jul-dez, 2005, p. 92.

⁸ ROSAS, Roberto. **Efetividade e instrumentalidade. Estruturação processual: caminhos de uma reforma.** Revista de Processo. São Paulo. v. 22, n. 85, 1997, p. 212.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil.** 4^o ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 36.

O Poder Judiciário, tendo em vista o papel que lhe cabe de aplicar o direito e promover a pacificação social, necessita de mudanças a serem implementadas pelos próprios operadores do direito. Mudanças de várias ordens podem e devem ser utilizadas na tentativa de solucionar a demora e a falta de efetividade das demandas judiciais. Sobre o assunto o autor José Soares Filho ensina que:

Sobre o Poder Judiciário pesa, como sempre, a grande responsabilidade de, utilizando os meios que a ordem jurídica põe a sua disposição, cumprir o imensurável e inalienável papel que lhe cabe para que se alcance uma convivência social fundada na paz, na segurança e, sobretudo, na Justiça, condições do verdadeiro progresso humano.¹⁰

Do que foi acima exposto podemos retirar que a solução de um conflito amigavelmente se torna ponto relevante e de importante reflexão: quando as partes litigantes solucionam amigavelmente o litígio, retiram um processo da estatística já elevada, deixam espaço e tempo para a resolução judicial de um conflito que não comporta composição e, principalmente, resolvem seus problemas, saindo satisfeitas.

Desta forma, a discussão da necessidade imperiosa que temos de se garantir maior efetividade aos processos em trâmite perante o Poder Judiciário brasileiro e de que forma podemos alcançá-la, faz não restar dúvidas que a solução do problema de forma amigável é uma maneira de fazer cumprir com a pacificação social.

Segundo a autora Fernanda Tartuce, na sociedade há “dois caminhos para administrar conflitos: pela natureza pacífica da relação, mediante negociação entre

¹⁰ SOARES FILHO, José. **Alguns aspectos da reforma do Judiciário**. Revista CEJ. Brasília. v. 9, n. 28, jan-mar, 2005, p. 76.

as partes ou mediada por um terceiro, ou pelo confronto, em ambiente contencioso mediante imposição do resultado pelo Estado”¹¹.

Para Ricardo Bastos Machado a nossa cultura está voltada a solução dos conflitos perante o Poder Judiciário, sendo ele o “legitimado a dizer o Direito (jurisdição), sobrepor-se as partes conflitantes, como ente externo e imparcial, e resolver a controvérsia com uma decisão cogente, impositiva”. O autor continua seu pensamento nos dando uma possível solução a esta problemática:

(...) nestes tempos de crise dos sistemas judiciários, com poucos recursos humanos e financeiros, nota-se um **crescimento em importância dos instrumentos consensuais e extrajudiciais, como mecanismos de solução de conflitos** que se utilizam do consenso, do debate aberto e direto entre as partes interessadas. Dentre os referidos instrumentos temos a mediação, a arbitragem e a conciliação. (grifo é nosso)¹²

A partir desta idéia, de grande importância se faz o estudo dos chamados meios alternativos de solução de controvérsias e a sua aplicação prática perante o Poder Judiciário e a sociedade, já que se apresentam como uma medida possível de solução de um problema de forma mais rápida e eficaz para as partes, cumprindo com o interesse de pacificação social, como já dito anteriormente.

¹¹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008, p. 96.

¹² MACHADO, Ricardo Bastos. **A conciliação de conflitos**. Revista Jurídica da Universidade de Franca. Franca. v. 5, n.8, 2002, p. 158.

2.2 OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS COMO UMA POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO PARA A CRISE

Pode-se dizer que modelo ideal de sociedade seria aquele em que todo o cidadão cumprisse com seus deveres e obrigações e respeitasse os direitos do outro, não necessitando procurar o ente estatal para solucionar seus problemas. Entretanto, podemos afirmar que este modelo, por vezes, fica apenas no plano imaginário¹³. Ainda sim, cabe a cada cidadão tentar solucionar seu conflito antes de submetê-lo a apreciação do Judiciário, como bem nos ensina Roberto Portugal Bacellar:

É obrigação recíproca entre os cidadãos a condução inicial de suas disputas; todos devem cumprir seus deveres e, só excepcionalmente, apresentar divergências ao Poder Judiciário. Saber conduzir seus interesses é ser um autêntico cidadão.¹⁴

Sabendo que o conflito é próprio do ser humano e que, muitas vezes, as pessoas não conseguem solucionar seus problemas sem a intervenção de um terceiro não envolvido, necessária se faz a presença do órgão jurisdicional capaz de solucionar o litígio. Neste sentido discorre Marco Aurélio Buzzi e Mariella Nogueira:

Vivemos hoje uma excessiva jurisdicionalização dos conflitos, com o conseqüente congestionamento do Judiciário, seja em razão do "hábito" de sempre acionar a Justiça, seja em razão da litigiosidade contida, da ineficiência e ausência do Estado ou da outorga de novos direitos ao

¹³ Não se está afirmando aqui que um modelo de sociedade ideal seria aquele em que não há conflitos de qualquer ordem, isto porque o conflito é inerente ao ser humano. Como nos ensina Lília Maia de Moraes Sales: "*O conflito, normalmente é compreendido como algo ruim para a pessoa, para a família e para a sociedade. Um momento de instabilidade, de sofrimento, de angústia pessoal dificilmente é percebido como um momento de possível transformação. O termo crise é atribuído a situações caóticas, negativas, sem esperanças. A mediação propõe desmistificar essas premissas, possibilitando que o conflito e a contradição sejam vistos como situações próprias das relações humanas, necessárias para o seu aprimoramento. Por este motivo, devem ser tratados com tranquilidade*". SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 25.

¹⁴ BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: A nova mediação paraprocessual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 172.

cidadão. A questão é que sobram processos e litigantes em todos os quadrantes dos foros e tribunais do país e, ainda assim, se persiste nas práticas do modelo de delegar a uma terceira pessoa a capacidade de resolver conflitos, mesmo pressentindo que nem sempre este é o melhor meio para a obtenção da tão aspirada, e a cada vez mais ameaçada, paz social.¹⁵

Portanto, cabe ao Poder Judiciário tentar buscar formas diferenciadas de solução das questões que lhe são apresentadas, deixando de lado, pelo menos por algum tempo, a solução contenciosa. Nas palavras de Adolfo Braga Neto, ao tratar do Judiciário e da mediação de conflitos, temos que:

(...) em todos os países da língua latina é notória a existência do paradigma de que a justiça ou acesso à justiça é sinônimo de que o cidadão necessita usar o Poder Judiciário para que este delibere sobre suas questões. Tal fato leva ao ilusório de que o sistema judicial atende a todos os interesses e necessidades dos cidadãos. Com isto, no Brasil, é patente a **falta de tradição de soluções negociadas para os conflitos**. (grifo é nosso)¹⁶

Como já citado anteriormente, a solução amigável e pacífica de um conflito, proporciona a satisfação das partes envolvidas no problema, ao contrário do que ocorre em uma demanda e na sentença judicial.

Em um processo judicial, ambas as partes podem não sair satisfeitas, já que sofrem juntas a demora processual e a expectativa de concretização do direito, sendo que uma delas saindo vencida na demanda, total ou em parte, ainda tem que cumprir com uma obrigação. Desta forma, conforme os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, pode-se afirmar que a demanda judicial nem sempre cumpre com a pacificação social, já que a sentença:

(...) se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto, e que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela costuma insurgir-se com todos os meios na execução; e que, de qualquer modo, se limita a solucionar a parcela de lide levada a

¹⁵ Os autores são membros da Comissão Executiva do Movimento Pela Conciliação. Disponível em <http://www.cnj.jus.br>, acesso em 14 de setembro de 2009.

¹⁶ BRAGA NETO, Adolfo. **Aspectos relevantes sobre mediação de conflitos**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo. v. 4, n.15, out-dez, 2007, p. 86.

juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do iceberg.¹⁷

A partir da análise crise do Poder Judiciário e dos diversos motivos que levam a ela, a busca por um meio alternativo de solução dos conflitos, seja ele já em fase judicial ou não, se mostra como uma saída adequada e possível.

Primeiramente, cabe-nos fazer uma breve explicação do que se entende por meio “alternativo” no contexto do presente estudo. Chama-se alternativo, pois é uma forma de solução do problema diversa daquela forma litigiosa amplamente utilizada, qual seja, a de recorrer ao Poder Judiciário para solucionar o conflito através de um processo judicial.

Pode-se dizer que é uma forma “alternativa” já que não se exclui a atuação do Poder Judiciário, ou seja, na impossibilidade¹⁸ ou na falta de interesse em solucionar o problema amigavelmente pelos meios alternativos, nada obsta a procura de solução pela via judicial.

Vale destacar aqui a advertência que nos faz Roberto Portugal Bacellar a respeito de que a mediação “é atividade complementar que não visa a acabar ou competir com as atividades do Poder Judiciário, de cuja apreciação não se pode subtrair nenhuma lesão ou ameaça de direito, em face do princípio da inafastabilidade”¹⁹.

O que se quer com o presente estudo é demonstrar a importância da forma alternativa de resolução da controvérsia como benéfica a todos os envolvidos, considerando que a via judicial não é a única forma de solução a ser considerada. Através desta idéia podemos afirmar que:

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *op. cit.*, p. 19.

¹⁸ Trata-se aqui de “impossibilidade” tendo em vista que alguns tipos de controvérsias não comportam a via extrajudicial ou a amigável para solução, sendo que, se for a via judicial a mais adequada, é esta a que deve ser utilizada. Neste sentido também se manifesta a autora Fernanda Tartuce em sua obra. TARTUCE. *op. cit.*, p. 98.

¹⁹ BACELLAR. *op. cit.*, p. 187.

(...) as soluções conciliatórias, precisamente por sua simplicidade e rapidez, vem reduzir a sobrecarga do Poder Judiciário em todas as instâncias, propiciando aos Juízes mais tempo e alento para o exame de questões deveras complexas, que lhes exijam maiores estudos e atenção; e, via de consequência, também agilizam a solução jurisdicional desses conflitos.²⁰

Ainda no mesmo sentido, o autor Cândido Rangel Dinamarco nos ensina que ambas as formas de solucionar as controvérsias, seja pela forma alternativa ou pela via judicial, cumprem com a mesma função de pacificação social:

(...) a crescente valorização e emprego dos meios não judiciais de pacificação e condução à ordem jurídica justa, ditos *meios alternativos*, reforça a idéia de equivalência entre eles e a atividade estatal chamada *jurisdição*. [...] o que há de substancialmente relevante no exercício da jurisdição, pelo aspecto social do proveito útil que é capaz de trazer aos membros da sociedade, está presente também nessas outras atividades: é a busca da pacificação das pessoas e grupos mediante a eliminação de conflitos que os envolvam. Tal é o *escopo social magno da jurisdição*, que atua ao mesmo tempo como elemento legitimador e propulsor da atividade jurisdicional. (grifos originais)²¹

Desta forma, o acolhimento pelo sistema jurídico brasileiro de medidas alternativas de solução de controvérsias torna tranquila a relação entre os envolvidos e proporciona diversas vantagens a eles e também ao próprio Judiciário. Para Mauro Capelletti e Brian Garth, em sua célebre obra “Acesso à justiça”:

Existem vantagens óbvias tanto para as partes, quanto para o sistema jurídico se o litígio é resolvido sem a necessidade de julgamento. A sobrecarga dos Tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido pelas partes. É significativo que o processo dirigido para a conciliação – ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte “vencedora” e outra “vencida” – ofereça possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado.²²

²⁰ SARAIVA. *op. cit.*, p. 257.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 1, *apud*, TARTUCE, *op. cit.*, p. 195.

²² CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 83-84.

Como exemplos de meios alternativos de solução de conflitos temos a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem, que serão o foco de estudo em capítulo próprio do presente trabalho. De acordo com Luiz Fernando Tomasi Keppen e Nadia Bevilaqua Martins em sua obra intitulada *“Introdução à Resolução Alternativa de Conflitos”*, os meios alternativos podem ser visualizados no sistema legal e no setor privado da sociedade, sendo que:

No sistema legal, juízes ordenando às partes participação em julgamentos sumários através de mini-júris. Tribunais determinando arbitragem em casos específicos como, por exemplo, erro médico. Outros, solicitando que as partes tentassem mediação antes de obter permissão para julgamento. No setor privado, RAC tornou-se uma “indústria” de todos os gêneros. Os negócios privados envolvendo RAC oferecem uma farta variedade de serviços, de julgamentos privados até a mediação. Frequentemente, juízes aposentados desempenham o papel de agentes RAC em audiências. Muitos escritórios de advocacia desenvolveram departamentos RAC e ofereceram serviços similares ao público via operadores privados.²³

Deve-se trabalhar a resolução alternativa e inseri-la no pensamento e no exercício diário daqueles que operam com o direito. Assim, cabe aos juízes, promotores e advogados, primeiro aprender e compreender o que são os meios alternativos e como eles devem ser utilizados. A partir daí, estes mesmos operadores terão a possibilidade de “ensinar” aos cidadãos os benefícios de uma solução amigável dos conflitos para ele cidadão e para a sociedade como um todo.

Pelo que foi dito surgem as seguintes questões: como devem agir, respectivamente, o juiz, o conciliador e o mediador? Qual o papel do advogado quando se depara com a atuação em favor de seu cliente e a busca pelo acordo? E como devem os interessados se comportar frente à possibilidade de solução pacífica de um conflito?

²³ KEPPEM, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Introdução à resolução alternativa de conflitos: negociação, mediação, levantamento de fatos, avaliação técnica independente...** . 1º ed. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009, p. 72-73.

O posicionamento de todos os operadores do direito e da sociedade deve ser analisado e repensado quando se fala em solução alternativa de conflito, tendo em vista que, por vezes, um acordo só é possível se ambas as partes cederem em parte de seus interesses, já que não há acordo sem concessões recíprocas, sendo que se mostra necessário também que os envolvidos conheçam o seu problema e saibam o que podem fazer individualmente para solucioná-lo.

A autora Fátima Nancy Andrighi, prefaciando a obra *“Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade”* da autora Lília Maia de Moraes Sales, nos ensina que “o litígio, invariavelmente, é dor, sofrimento, emoção negativa, perda, ressentimento. Exige, por isso mesmo, outra forma de tratamento representado pela mediação”²⁴. Desta forma, ponto crucial é a análise de que se faz necessária a mudança de postura das partes envolvidas, sendo que:

(...) as partes podem sair de suas posições antagônicas, onde cada qual se preocupa em defender seus próprios interesses, em conflito de posições, para analisarem lado a lado, em espírito de cooperação e não de competição, a divergência, abrindo, assim, o ângulo de visão, do individual para o coletivo.²⁵

A percepção de qual é o papel dos operadores do direito e da sociedade, em especial o papel dos litigantes em conflito, torna eficaz a solução alternativa do problema. O autor André Gomma de Azevedo, nos informa serem os seguintes objetivos, entre outros, que os operadores do Direito devem se ocupar ao se adotar meios pacíficos de solução de conflitos:

1) preocupar-se também com a **litigiosidade remanescente** – aquela que persiste entre as partes, após o término de um processo de composição de conflitos, em razão da existência de conflitos de interesses que não foram tratados no processo judicial [...] 2) voltar-se, em atenção ao princípio do empoderamento, a um modelo preventivo de conflitos na medida em que

²⁴ SALES, Lília Maia de Moraes. *op. cit.*, p. 12.

²⁵ *Idem.*

capacita as partes a melhor comporem-nos, educando-as com técnicas de negociação e mediação; e 3) dirigir-se como instrumento de pacificação social com vistas a maior humanização do conflito (...).²⁶

Antes de adentrarmos na delimitação do papel dos operadores do direito e da sociedade frente aos meios alternativos, faremos uma breve análise das principais medidas alternativas, verificando seu tratamento pela doutrina estrangeira e como se dá o seu procedimento e a aplicação na prática jurisdicional e extra jurisdicional, bem como a aplicação destes institutos no Brasil.

²⁶ AZEVEDO, André Gomma de. **Perspectivas deontológicas do exercício profissional da Magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos**. Revista CEJ. Brasília. v. 8, n.24, jan-mar, 2004, p. 20.

3 MASC – MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

3.1 FORMA DE TRATAMENTO PELA DOUTRINA ESTRANGEIRA

A maioria dos países busca soluções diversificadas para a problemática da crise em que se encontram os seus Poderes Judiciários. Não é apenas no Brasil que se tem um grande número de demandas e uma desproporcionalidade com a estrutura judiciária, principalmente em razão de que o fenômeno da globalização, como o próprio nome diz, e também a explosão demográfica acontecem em toda a parte do globo. Assim, a deficiência do Judiciário não é “privilegio” brasileiro, apesar de que aqui se mostra, talvez, como problema crônico e de grandes proporções.

Pode-se dizer que a idéia de se utilizar a mediação e a conciliação para resolver conflitos remonta a milhares de anos²⁷, conforme se depreende de diversos trechos da própria Bíblia, sendo mecanismos que foram utilizados durante várias etapas de desenvolvimento da sociedade. Entretanto, ressurgiu com amplitude nos tempos modernos, principalmente em razão de fatores de crise já citados anteriormente.

Primeiramente, podemos citar as medidas adotadas pelos Estados Unidos no que tange a solução alternativa de conflitos, já que em 1926 foi criada a American Arbitration Association – AAA – Associação Americana de Arbitragem, uma das primeiras associações destinadas aquele fim²⁸. O autor Regis Fernandes de Oliveira ainda cita os seguintes exemplos norte americanos voltados a solução alternativa de

²⁷ FERNANDES Jr., Edson. **Mecanismos de resolução alternativa de conflitos como ferramentas de auxílio para construção da política judiciária no Brasil**. Dissertação apresentada no Programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, orientadora Cláudia Maria Barbosa, 2008, p. 20.

²⁸ Ibidem, p. 21. O autor ainda cita os países asiáticos, como o Japão, que possuem a idéia de conciliação já incutida culturalmente, Canadá, países europeus como a Inglaterra, Irlanda, Holanda, Alemanha e França e dá destaque aos meios alternativos adotados pela Austrália e Argentina.

conflitos: Harvard Negotiation Project, National Institute for Dispute Resolucion, Comissioners of Conciliation e American Bar Association²⁹.

Entre os institutos³⁰ adotados pelos Estados Unidos, podemos citar a experiência com as Small Claims Courts, as quais serviram de modelo para os nossos Juizados Especiais³¹. Temos ainda os chamados Mini-Trial, Moderated Stettlement Conference, Summary Jury Trial, Court-Anexed Arbitrations, todos institutos com procedimentos voltados a mediação e a arbitragem.

Encontramos destaque na doutrina ao sistema de mediação adotado pela Argentina, que, assim como ocorre em outros países, teve como um dos motivos para a sua adoção o grande número de demandas que se apresentaram perante o judiciário, como destaca Sergio O. Dugo:

El exceso de juicios y la escasez de Tribunales conducen a la búsqueda de métodos que de algún modo limiten, tamicen o criben el ingreso de causas al sistema judicial. Em este contexto se inscribe la aparición, entre otras instituciones, de la mediación.³²

Na tentativa de solucionar as problemáticas judiciais que lhe acometia, a Argentina sancionou a Lei 24.573 em 1995 que institui a medição prévia aos procedimentos judiciais, estando ainda em vigor e sendo utilizada apenas na cidade de Buenos Aires³³. A legislação fez previsão de um Registro de Mediadores, sob a responsabilidade do Ministério da Justiça, tratou do pagamento de honorários aos mediadores e dispôs que a mediação é procedimento obrigatório, o que provocou

²⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Mediação: instrumento da pacificação social**. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 91. n. 799, maio, 2002, p. 89.

³⁰ LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade Vieira. **A mediação como forma alternativa de solução de conflitos**. Revista dos Tribunais: São Paulo. v. 87. n. 751, maio. 1998, p. 97.

³¹ BACELLAR, *op. cit.*, p. 231 e 237. Sobre a experiência norte americana com as Small Claims Courts, o autor nos informa ainda que em 70 a 90 % dos casos tem-se a conciliação.

³² DUGO, Sérgio O. **Solução alternativa de conflitos**. Revista CEJ: Brasília. v. 5, n.13, jan-abr, 2001, p. 155.

³³ Idem. O autor nos informa que este sistema da mediação de conflitos na Argentina é utilizado apenas na cidade de Buenos Aires que é maior distrito judicial do país.

muitas críticas por parte dos estudiosos, já que a mediação tem como base a característica de voluntariedade daqueles que dela participam³⁴.

Por fim, em Portugal³⁵ tem-se a aplicação da arbitragem de forma ampla, a previsão de conciliação facultativa extrajudicial aplicada por advogados antes de iniciar o processo e também em caso de conflitos de consumo. Criou-se também o chamado Gabinete de mediação familiar, que promove a tentativa de resolução dos problemas de família e programas de conciliação para empresas com dificuldades, entre outros institutos.

³⁴ Para Sérgio O. Dugo, justificou-se a obrigatoriedade da tentativa de mediação por um tempo com o objetivo de “*gerar uma cultura de negociação*”, tendo em vista a tradição voltada ao “*conflito e ao litígio*”. DUGO, Sérgio O. *op. cit.*, p. 156.

³⁵ Sobre a arbitragem e conciliação em Portugal ver Carlos Manuel Ferreira da Silva. **Arbitragem e conciliação: presente e futuro. A situação em Portugal**. Revista de Processo. São Paulo. v. 27. n. 107, jul-set, 2002.

2.2 APLICAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS NO BRASIL

Historicamente, no Brasil já havia previsão de soluções conciliatórias para os conflitos desde as Ordenações adotadas de Portugal, que faziam referência as tentativas de conciliação prévia e obrigatória em todas as demandas. Fez-se previsão da conciliação na Constituição do Império, no Código Comercial, e, finalmente, adotou-se formalmente a conciliação no Código de Processo de Civil em 1973 (Lei 5.869/1973)³⁶.

No Código de Processo Civil, com as modificações atuais, temos a previsão de conciliação judicial nos artigos 125, inciso IV, 331, § 1º e 447 a 449³⁷. Conforme se depreende da leitura do artigo 125, cabe ao juiz tentar a conciliação entre as partes em qualquer fase do processo, mas, principalmente em sua fase inicial, Tanto é assim que o artigo 331 prevê, como medida inicial na fase instrutória, quando cabível, que o juiz proporcione a tentativa de conciliação das partes.

A conciliação também deve ser tentada pelo juiz antes da audiência instrutória, conforme prevê o artigo 447 do Código de Processo Civil. Verifica-se que a legislação processual civil privilegia a conciliação como meio de solução pacífica

³⁶ SILVA, Benilda de Oliveira. **Conciliação**. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia. v. 16, n.1/2, dez, 1987, p. 208.

³⁷ Código de Processo Civil:

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

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

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

Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

do conflito, trazendo esta possibilidade em qualquer fase processual. O que se vê aqui, não é apenas o benefício que se apresenta ao juiz em eliminar um processo da estatística já elevada, mas sim, o benefício às partes já que solucionam seu problema amigavelmente e satisfatoriamente e, o principal, em tempo reduzido.

Verifica-se a adoção da conciliação e da arbitragem no procedimento adotado pelos Juizados Especiais instituídos pela Lei 9.099/1995, em seus artigos 21 e 24³⁸. Nos processos nos Juizados Especiais prioriza-se a tentativa de conciliação em todas as demandas, inclusive nas execuções, proporcionando as partes que solucionem seu conflito amigavelmente. Além disso, o procedimento também prevê a possibilidade de instauração de juízo arbitral para a solução do litígio.

A arbitragem foi regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 9.307/1996, que dispõe sobre a convenção arbitral, o procedimento arbitral, sobre os árbitros, a sentença, entre outros assuntos.

O instituto da mediação judicial ainda não tem previsão legal em nosso ordenamento jurídico e a mediação extrajudicial vem sendo adotada em algumas experiências pelo Brasil.

Há um projeto de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados que foi inicialmente apresentado pela Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro (Projeto de Lei 4827/1998; PLC 94/2002) e, posteriormente, foi apresentado projeto substitutivo pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual em conjunto com a Escola Nacional da Magistratura e a Deputada Zulaiê Cobra. O projeto tem por finalidade regulamentar as mediações judiciais e extrajudiciais no Brasil.

³⁸ Lei 9.099/1995:

Art. 21. Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as conseqüências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei.

Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei.

Os exemplos anteriormente citados demonstram o caminho que está sendo seguido no sentido de adotar a resolução alternativa de conflitos no sistema judiciário brasileiro. Entretanto, ainda resta muito estudo e trabalho a ser desenvolvido para tornar estas medidas eficientes na prática e levando em consideração a situação de nossa sociedade como um todo, entre eles está a demonstração de como deve se comportar o operador do direito e as partes frente à possibilidade de solucionar a divergência de forma amigável ou alternativa.

Os meios alternativos anteriormente citados serão agora estudados mais a fundo, pretendendo-se verificar seu conceito, procedimentos e características próprias para, após, se delimitar como cabe ao profissional do direito e a sociedade a melhor forma de aplicação.

3.3 MODALIDADES DE SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONTROVÉRSIAS

3.3.1 NEGOCIAÇÃO

A negociação pode ser tratada como uma das formas de resolução dos conflitos, na maioria das vezes, sem a participação do Poder Judiciário e que permite aos envolvidos uma resolução rápida e benéfica da controvérsia.

Definindo negociação, o autor Regis Fernandes de Oliveira afirma que “a negociação é, pois, um procedimento através do qual, pela livre interação dos interessados, discute-se a controvérsia, chegando-se a um consenso”³⁹. Desta forma, há negociação em grande parte das relações humanas⁴⁰, principalmente no âmbito comercial, mas também está presente nas relações familiares, por exemplo.

Entre as formas de solução alternativa, podemos dizer que a negociação é a mais benéfica, isso porque os envolvidos, na grande maioria das vezes, não se utilizam do aconselhamento de um terceiro na busca da solução, são eles próprios em seu âmbito particular que tentam resolver o problema e melhorar a relação que possuem. Além disso, é a primeira forma de tentativa de solução do conflito e também a primeira que deve ser tentada no particularmente entre os envolvidos, o que acaba por promover a chamada “cultura da pacificação”.

Na negociação, a intervenção do terceiro no conflito é mínima, mas pode existir quando os envolvidos não conseguem se entender sem esta ajuda. Sobre a negociação e suas formas dispõe Roberto Portugal Bacellar:

³⁹ OLIVEIRA. *op. cit.*, p. 90.

⁴⁰ Para Fisher e Ury, “a palavra *negociação* é um fato da vida; é um instrumento básico da existência. Quer seja em família, nos negócios ou como cidadãos, as pessoas tomam decisões através da negociação. Apesar do fato de que a negociação acontece todos os dias, não é tarefa fácil praticá-la eficientemente”. FISHER, R.; URY, W. **Getting to Yes**. Arrow Business Book, London, 1997, p. 13, apud, KEPPEN, *op.cit.*, p. 81.

(...) a negociação é estabelecida diretamente entre os interessados na resolução da controvérsia (**negociação direta**), mas pode, excepcionalmente, contar com o auxílio de terceiro (**negociação assistida**). Resta clara a idéia de que, em um primeiro momento, as pessoas devem aprender a negociar soluções diretamente; inviável a negociação direta, entra em cena um terceiro neutral, pacificador, que auxiliará a conversação entre os divergentes. (grifo é nosso)⁴¹

Importante destacar que as características da negociação, como, por exemplo, a conversa entre os envolvidos, a harmonização da relação e a busca pacífica pela solução, estão presentes em todas as formas de resolução de conflitos que veremos adiante, como na conciliação e também na mediação. Sobre esta interação:

A importância das habilidades de negociação no universo da resolução de conflito não deve ser subestimada. A negociação é a habilidade fundamental para a implantação bem sucedida da maioria dos processos RAC, do litígio à mediação e ao julgamento. Uma compreensão prático-teórica ou teórico-prática da negociação aumenta a eficiência do indivíduo na operacionalidade do processo, dos procedimentos, das normas éticas e do comportamento.⁴²

Ainda sobre a negociação como base para os demais meios de solução de conflitos, em especial a sua utilização no procedimento da conciliação, afirma Adolfo Braga Neto:

Nele é imprescindível o emprego da negociação, instrumento primeiro e natural de resolução de conflitos que é buscado às vezes inconscientemente pelas pessoas quando algo se faz incômodo na inter-relação existente, quer seja ela de ordem afetiva, profissional ou mesmo comercial. Ao fazê-lo por intermédio de um diálogo, se busca atender ao reclamo de uma parte para com a outra ou vice-versa. Em outras palavras, só é possível a implementação deste método quando há interesse efetivo das partes em negociar.⁴³

⁴¹ BACELLAR, *op.cit.*, p. 171.

⁴² KEPPEL, *op. cit.*, p. 81.

⁴³ BRAGA NETO, *op. cit.*, p. 86.

Podemos então concluir que a negociação está presente em grande parte das relações humanas conflituosas e que a tentativa de negociar a solução do conflito deve ser tentada em todas as demais formas de resolução alternativa, tendo em vista que a solução pacífica do conflito já se mostra muito benéfica. E, ainda, se esta solução for alcançada livremente pelos envolvidos, e nos termos que melhor lhes agradem, sem a intervenção direta de terceiros, ela é melhor ainda.

O autor André Gomma de Azevedo nos informa algumas técnicas de negociação a serem utilizadas pelos envolvidos, mas que entendemos que devem também ser utilizadas pelos terceiros que intermediam a resolução do conflito, ou seja, cabível de igual forma na conciliação, na mediação e arbitragem, quais sejam: separação das pessoas do problema a ser solucionado; concentração nos interesses⁴⁴ e não na posição de cada um; tentar buscar opções em que ambos os envolvidos saiam ganhando; utilizar-se de critérios objetivos para solução da controvérsia, deixando de lado a subjetividade atribuída pelo envolvido (como, por exemplo, valor subjetivo que a pessoa atribui a um bem) e tentar conhecer qual é a melhor alternativa para o acordo que se quer obter⁴⁵.

Ainda sobre a negociação, deve-se levar em conta também as atribuições do negociador, que deverá possuir o chamado “poder de negociação” que “envolve uma

⁴⁴ Ainda sobre o tema, afirma Áureo Simões Junior: “A negociação “baseada em interesses” tenta alcançar soluções que atendam os interesses de todas as partes. A presunção da negociação baseada nos interesses é de que vários dos interesses ou motivações estão abaixo da linha das posições das partes. A meta da abordagem baseada nos interesses está em satisfazer todos os interesses, do que barganhar. Este estilo de negociação também pode ser chamado de negociação “ganha-ganha”. Algumas abordagens de negociações usam a teoria dos jogos, incluindo abordagens as quais usam estratégias combinando cooperação e competição”. Disponível em <http://www.abrame.com.br/conteudo.php?id=43>, acesso em 02 de outubro de 2009.

⁴⁵ AZEVEDO, *op. cit.*, p. 19-22. No mesmo sentido, mas ao tratar da mediação, a autora Lilia Maia de Moraes Sales, nos informa as seguintes idéias que devemos ter em mente ao tentar mediar os envolvidos em um conflito: entender que o conflito é inerente as relações humanas; conseguir delimitar quais são os conflitos aparentes e os reais; eliminar a idéia do “perde-ganha” e passar para o “ganha-ganha”; esquecer a competição e entendê-la como cooperação; passar do individual ao coletivo e esquecer a busca por um culpado, mas sim, delimitar a responsabilidade cabível a cada um no conflito. SALES, *op. cit.*, p. 25-30.

compreensão e estratégias do negociador no uso de vários recursos com poder para ativar uma negociada meta barganhada”⁴⁶.

3.3.2 MEDIAÇÃO

O termo mediação na língua portuguesa tem a seguinte definição: “Intervenção com que se busca produzir um acordo; processo pacífico de acerto de conflitos, cuja solução é sugerida, não imposta às partes”⁴⁷.

Para o autor Regis Fernandes de Oliveira, nas palavras de Jacqueline Mourret, a mediação “é um estado de espírito, que transforma em esperança o que era desespero, em recomeço o que parecia fim”⁴⁸.

A mediação pode então ser definida como uma forma de tentativa para solucionar um conflito entre os envolvidos através da ajuda de um terceiro, que não tem poder e nem competência para decidir, mas encaminha-os para que eles próprios conheçam a origem da controvérsia e a melhor forma de solucioná-la, já visando a harmonização da relação para o futuro. Neste sentido também é a seguinte definição:

A Mediação se caracteriza por ser um processo voluntário, no qual um terceiro imparcial (o mediador) ajuda as partes a resolverem a disputa ou planificar uma transação, mas não tem poder para impor soluções. O processo é desenvolvido frente a frente, oralmente, e em pouco tempo pode-se ter um amplo conhecimento das questões envolvidas e dar-se consciência do que se fazer para se chegar a uma auto composição eficaz e pacífica e principalmente prevenir conflitos.⁴⁹

⁴⁶ Disponível em: <http://www.abrame.com.br/conteudo.php?id=43>, acesso em 02 de outubro de 2009.

⁴⁷ MEDIACAO. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa**. 3^o ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1305.

⁴⁸ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 89.

⁴⁹ Áureo Simões Júnior Presidente da Abrame - Associação Brasileira de Árbitros e Mediadores. Disponível em <http://www.abrame.com.br/noticia.php?id=32>, acesso em 30 de setembro de 2009.

A mediação tem bons resultados e deve ser privilegiada principalmente nas relações sociais conflituosas que continuarão a existir mesmo após a solução da disputa como, por exemplo, nas relações familiares. Desta forma, o principal objetivo de mediar os envolvidos é sim resolver aquele problema imediato, mas é também propiciar que os envolvidos conheçam o real motivo de sua controvérsia e que estabeleçam uma solução que poderá ser também utilizada no futuro.

Pode-se afirmar, portanto, que o mediador terá o papel de incitar os envolvidos para que saibam o motivo pelo qual estão brigando e que eles mesmos, através de perguntas e respostas sobre sua relação, possam chegar a melhor solução que lhes é visível.

A palavra chave da mediação é a comunicação, comunicação esta que deve se dar inicialmente entre os envolvidos e, caso ela não ocorra naturalmente no início da conversa, deverá ser iniciada pelo mediador que, com técnicas específicas, fará com que os envolvidos tentem se comunicar sobre seus problemas. Neste sentido, acertadamente, se manifesta Lília Maia de Moraes Sales:

A solução de conflitos, por meio da facilitação do diálogo, configura-se no objetivo mais evidente da mediação. O diálogo, que é o caminho a ser seguido para se alcançar essa solução, deve ter como fundamentos a visão positiva do conflito, a cooperação entre as partes e a participação do mediador como facilitador dessa comunicação. Nessa perspectiva pode-se asseverar, inclusive, que, ao conseguir facilitar um diálogo, já se pode considerar uma mediação exitosa, mesmo que no momento imediato do diálogo as partes não cheguem a uma solução.⁵⁰

Como já afirmamos anteriormente, na mediação também se utilizam técnicas da própria negociação, ou seja, busca-se que os envolvidos tentem encontrar uma

⁵⁰ SALES, *op. cit.*, p. 34-35. Ainda sobre a comunicação na mediação afirma José Eduardo Elias Romão: “O procedimento da mediação propicia o desenvolvimento de um processo comunicativo pelo qual se dá, por um lado, a resolução de problemas e, por outro, a aplicação de um Direito efetivamente válido”. ROMÃO, José Eduardo Elias. **A mediação como procedimento de realização de justiça no âmbito do Estado Democrático de Direito**. Revista dos Juizados Especiais. Brasília. v. 5, n. 11, jul-dez, 2001, p. 40.

solução para seu conflito, com a diferença de que na mediação o terceiro interage mais diretamente para que isso ocorra. Neste sentido, nas palavras de Christopher W. Moore, tem-se a mediação como sendo:

(...) um prolongamento ou aperfeiçoamento do processo de negociação que envolve a interferência de uma aceitável terceira parte, que tem poder de tomada de decisão limitado e não-autoritário. Esta pessoa ajuda as partes principais a chegarem de forma voluntária a um acordo mutuamente aceitável das questões em disputa. Da mesma forma que ocorre com a negociação, a mediação deixa que as pessoas envolvidas no conflito tomem as decisões. A mediação é um processo voluntário em que os participantes devem estar dispostos a aceitar a ajuda do interventor se sua função for ajudá-los a lidar com suas diferenças – ou resolvê-las.⁵¹

A partir da conceituação acima disposta, pode-se afirmar que diferentemente do que ocorre na conciliação, por exemplo, na mediação busca-se harmonizar a relação em conflito para que ela não mais ocorra, sendo que o objetivo principal não é solucionar a disputa imediata que se apresenta, ou seja, não é fechar o acordo, mas sim criar uma relação pacífica. Sobre a questão ensina Lília Maia de Moraes Sales:

A mediação possui vários objetivos, dentre os quais se destacam a **solução** dos conflitos (boa administração do conflito), a **prevenção** da má administração de conflitos, a **inclusão social** (conscientização de direitos, acesso à justiça) e a **paz social**. (grifo original)⁵²

Atualmente, no Brasil, está em tramitação um Projeto de Lei para regular a atividade da mediação na solução de conflitos, conforme já fizemos referência anteriormente. Em seu artigo primeiro, o referido Projeto trás a seguinte definição do que é a mediação:

⁵¹ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Trad. Magda Franca Lopes. Porto Alegre: ARTMED, 1998, p. 22-23, apud, ROMÃO, José Eduardo Elias, *op. cit.*, p. 40.

⁵² SALES, *op. cit.*, p. 33-34.

Art. 1º. Para os fins desta lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceira pessoa que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e as orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos.

O Projeto define de forma acertada a mediação e seu objetivo principal que é o da pacificação social. Entretanto, critica-se aqui a referência contida no artigo 6º ao tratar a mediação no âmbito do processo judicial, como procedimento obrigatório, salvo algumas exceções, definindo-a como mediação incidental nos processos de conhecimento.

Tendo em vista a premissa básica que nos meios de solução alternativa de conflitos não há como impor o procedimento as partes, sob pena de não se obter nenhum resultado efetivo, temos que a redação dada ao artigo 6º não mereça permanecer em eventual aprovação futura do projeto. Isso porque, a cultura da solução pacífica do conflito ainda não está inserida na sociedade brasileira, sendo que talvez, após algum período de adaptação e conscientização de todos aqueles que possam estar envolvidos em um conflito (partes, advogados, juízes, etc.), seria possível instituir o procedimento da mediação como fase processual a ser seguida.

A obrigatoriedade do procedimento acabaria tendo o mesmo destino da audiência de conciliação prevista no Código de Processo Civil em seu artigo 331, em que, na maioria dos casos, as partes comparecem, quando não só os seus advogados, para cumprir protocolo e informar ao juiz que não tem interesse em conciliar, caindo por terra a busca por um processo mais célere.

Desta forma, a mediação, assim como os outros instrumentos de solução alternativa de conflitos devem ser vistos como meios complementares ao poder jurisdicional do Estado, e não como meios substitutivos, sendo que em procedimentos em que não se mostra cabível a mediação, ela não deverá ser imposta as partes.

3.3.3 CONCILIAÇÃO

A conciliação é uma das formas de solução de conflitos que possibilita uma resposta mais rápida e pacífica ao problema apresentado pelo envolvidos. Conforme já explicitado anteriormente, a conciliação, como as demais medidas alternativas, permite por fim a demanda judicial, saindo as partes satisfeitas, pois resolvem seu conflito amigavelmente, como afirma Ricardo Bastos Machado:

Como o próprio nome sugere, a conciliação tem por objetivo conciliar as partes visando por fim a lide através da composição pacífica do litígio. Por conseguinte, contribui para aliviar o exercício da função jurisdicional, diminuindo consideravelmente o acúmulo de pendências judiciais.⁵³

Assim como nos demais meios de solução alternativa do conflito, na conciliação também há um terceiro que auxilia as partes na solução amigável do problema, sendo de difícil constatação as diferenças entre os procedimentos de mediação e de conciliação, já que muito próximos um do outro. Neste sentido a autora Lilia Maia de Moraes Sales nos informa que:

A conciliação é um meio de solução de conflitos em que as pessoas buscam sanar divergências com o auxílio de um terceiro, o qual recebe a denominação de conciliador. A conciliação em muito se assemelha a mediação. A diferença fundamental está na forma de condução do diálogo entre as partes.⁵⁴

Pode-se diferenciar a conciliação em razão do papel atribuído ao conciliador, que difere um pouco daquele atribuído ao mediador, e também em relação ao tipo de controvérsia que cada um dos meios deve ser aplicado.

Quanto ao papel do conciliador em relação ao do mediador podemos afirmar que “na conciliação, o terceiro – conciliador – interfere na discussão entre as

⁵³ MACHADO, *op. cit.*, p. 159.

⁵⁴ SALES, *op. cit.*, p. 42.

peças sugerindo e propondo soluções para o conflito”⁵⁵, enquanto que na mediação, ao mediador cabe estimular a conversa entre os envolvidos, para que eles procurem a melhor solução ao seu problema a curto e longo prazo.

Em relação ao tipo de controvérsia com a qual se está lidando, pode-se dizer que a conciliação se mostra mais adequada para situações em que “não existe relacionamento passado ou contínuo entre as partes”⁵⁶, ou seja, é indicada para os casos em que não há vínculo afetivo ou emocional entre os envolvidos. Assim, a conciliação tem lugar, por exemplo, em demandas referentes a acidente de veículos e controvérsias relacionadas ao consumo.

A partir desta diferenciação, tem-se que a conciliação possibilita a solução de conflitos de menor complexidade, em que não há uma prévia e sentimental relação entre os envolvidos, e que permite ao conciliador intervir apresentando possíveis soluções, com a finalidade de acabar com o litígio e conciliar as partes. Neste sentido o Tribunal de Justiça do Paraná acertadamente trata da conciliação da seguinte forma:

A **conciliação** é a forma preferida de resolução de conflitos no nosso sistema processual porque ela é a melhor das duas: é mais rápida, mas barata, mais eficaz e pacífica muito mais. E nela não há risco de injustiça, na medida em que são as próprias partes que, mediadas e auxiliadas pelo juiz/conciliador, encontram a solução para o conflito de interesses. Nela não há perdedor.⁵⁷

A conciliação tem lugar judicialmente e também extrajudicialmente, sendo que neste último caso podemos citar a conciliação tentada nas comissões de conciliação prévia em se tratando de questões trabalhistas e a tentativa de conciliação prevista na Lei de Arbitragem.

⁵⁵ SALES, *op. cit.*, p. 43.

⁵⁶ BRAGA NETO, *op. cit.*, p. 87.

⁵⁷ Secretaria de conciliação - Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, disponível em <http://portal.tjpr.jus.br/web/conciliacao>, acesso em 07 de setembro de 2009.

A conciliação judicial, como já demonstrado no capítulo anterior, tem previsão extensa em nosso ordenamento jurídico e se mostra como um instituto já a muito previsto no Brasil.

Nas legislações em vigor, a conciliação é tida como a primeira forma que o juiz deve se utilizar para tentar por fim a demanda e resolver o conflito dos envolvidos.

O Código de Processo Civil determina em seu artigo 125, inciso IV, que o juiz deve a qualquer tempo tentar conciliar as partes, e, ainda, nos artigos 331 há a previsão da audiência de conciliação antes da de instrução, no procedimento ordinário, sendo que os artigos 447 e seguintes também fazem previsão da tentativa de conciliação antes de iniciada a instrução. A conciliação também é privilegiada nos casos de família, e talvez se possa dizer aqui que nas questões de família a conciliação é, sem hesitar, a melhor forma de solução do conflito no âmbito judicial.

No procedimento sumário, a audiência de conciliação é fase obrigatória e está prevista no artigo 277 do Código de Processo Civil. Percebe-se assim a vontade do legislador em guiar o juiz para a solução pacífica do conflito, que se mostra a solução mais benéfica às partes.

Verificamos que nos procedimentos de competência da Justiça do Trabalho também há a previsão de tentativa de conciliar as partes antes de iniciada a instrução. Como na justiça trabalhista a audiência é una, cabe ao juiz, quando abrir a sessão de Julgamento, propor a conciliação entre as partes, conforme determina o artigo 846 da Consolidação das Leis do Trabalho. A referida Consolidação ainda prevê que depois de terminada a instrução e das partes aduzirem suas razões finais, o juiz renovará a proposta de conciliação, conforme seu artigo 850.

Percebe-se que no âmbito do direito do trabalho que a conciliação tem previsão até mesmo antes de iniciada a demanda judicial através das chamadas comissões de conciliação prévia, criadas através da Lei 9.958/2000, que trouxe algumas modificações na Consolidação das Leis do Trabalho. As comissões são tratadas nos artigos 625-A a 625-H da Consolidação e dispõem sobre a composição, prazos, e demais providências relativas à conciliação.

A conciliação possui lugar de destaque no procedimento específico dos Juizados Especiais, conforme determina a Lei 9.099/1995 e também aos Juizados Especiais Federais a partir da Lei 10.259/2001. Conforme prevê a legislação em vigor, a audiência de conciliação é designada na grande maioria das demandas que são propostas perante os Juizados, sendo de grande importância a tentativa de solução pacífica do conflito.

Nos Juizados Especiais, na grande maioria das vezes, as sessões de conciliação são dirigidas por conciliadores que são profissionais de todas as áreas, e não apenas do direito, o que, por vezes, facilita o acordo. A tentativa de conciliação é privilegiada durante todo o procedimento, cabendo também ao juiz de direito e ao juiz leigo, quando forem presidir a audiência de instrução, propor novamente as partes a tentativa de conciliação.

Na própria Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), há a previsão que, antes de iniciada a arbitragem, o árbitro deverá tentar conciliar as partes, conforme se percebe dos seguintes dispositivos da lei, *verbis*:

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto a instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o Juiz audiência especial para tal fim.
[...] § 2º Comparecendo as partes à audiência, **o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio.** Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

[...] § 4º **Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes**, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Art. 28. Se, no decurso da arbitragem, **as partes chegarem a acordo quanto ao litígio**, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterà os requisitos do art. 26 desta Lei. (grifo é nosso)

Desta forma, verifica-se que a todo o momento durante o procedimento de arbitragem, privilegia-se a forma de resolução do conflito de forma conciliada entre as partes, já que, como veremos mais adiante, a arbitragem em si não promove uma solução propriamente amigável do litígio, tendo em vista que umas das partes, senão ambas, saem perdendo com a sentença arbitral.

A conciliação também é privilegiada através do projeto “Conciliar é Legal”⁵⁸ do Conselho Nacional de Justiça, que promove a conciliação em todos os âmbitos do Poder Judiciário, tentando primeiramente desafogar os órgãos jurisdicionais, tentando a conciliação nos processos já em andamento, visando também a conscientização dos benefícios trazidos pela conciliação e a necessidade de planejamento e implementação em todos os tribunais. Sobre o Movimento tem-se que:

(...) o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) decidiu encampar este empreendimento, sugerido pelos próprios juízes e segmentos da sociedade, e lançou o "Movimento pela Conciliação", sob o slogan "Conciliar é legal" [...]. Os objetivos do Movimento são estimular o Judiciário a oferecer os serviços de conciliação e incentivar as populações a fazerem uso destes mecanismos. A atividade será desenvolvida por meio de conciliadores voluntários, criteriosamente selecionados junto às próprias comunidades. Eles atuarão tanto junto às unidades judiciais quanto nos bairros populosos, vilas e distritos distantes, municípios que não sejam sede de jurisdição, sob

⁵⁸ Cabe destacar aqui os números relativos ao Projeto: das demandas submetidas a conciliação em 2006, 55,29% resultaram em acordo, em 2007 este numero foi de 42,4% e em 2008 44,3%. Dados disponíveis em <http://www.conciliar.cnj.gov.br/cms> , acesso em 14 de setembro de 2009.

a fiscalização, acompanhamento e supervisão do Judiciário, do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil.⁵⁹

Desta forma, a conciliação no âmbito no processo judicial já esta regulada pelos artigos citados, faltando apenas que os juízes tomem conta desta possibilidade e dela se utilizem, desde que preparados para exercer a função da conciliação. Pode-se dizer que, por vezes, a conciliação não é bem vista ou utilizada pelos magistrados em razão de tomar espaço na pauta já excessivamente cheia e também porque o índice de acordos tende a ser muito baixo quando o conciliador e as partes não estão preparados para o ato da conciliação.

Vale lembrar aqui a importância de se ter conciliadores bem treinados para auxiliar⁶⁰ o juiz na tentativa de conciliar as partes, tendo em vista que, existindo bons conciliadores e em número razoável, possibilitar-se-ia ao juiz a diminuição de audiências em sua pauta e, caso haja a possibilidade de acordo, um processo a menos para levar a julgamento.

Portanto, deve-se incentivar a idéia da resolução alternativa do conflito através da conciliação ou por outro meio, ensinando aos envolvidos, primeiramente, o que são estes meios, para depois explicar-lhes quais os benefícios que deles decorrem, bem como a melhor forma de aplicação.

⁵⁹ Projeto "Conciliar é legal" - Juíza Mariella Nogueira e Desembargador Marco Aurélio Buzzi. Os autores são membros da Comissão Executiva do Movimento Pela Conciliação. Ainda sobre o assunto, destacam que: "*Entre as virtudes do "Movimento pela Conciliação", podemos destacar o fato de que não se necessita de vultosos gastos nem de providências complicadas para sua implementação. Não precisamos de novos prédios, nem de contratações onerosas, criação de cargos ou carreiras. A idéia é simples e de baixo custo*". Disponível em <http://www.cnj.jus.br>, acesso em 14 de setembro de 2009.

⁶⁰ O artigo 277, § 1º do Código de Processo Civil prevê que o juiz, no procedimento sumário, poderá ser auxiliado por conciliadores.

3.3.4 ARBITRAGEM

A arbitragem no Brasil tem previsão e regulamentação dada pela Lei 9.307/1996. Nas palavras de Roberto Portugal Bacellar “trata-se de lei muito moderna e avançada, que, se bem aplicada, trará resultados na solução extrajudicial das controvérsias”⁶¹.

A opção pela arbitragem cumpre com as mesmas funções precípua das demais formas de solução alternativa de conflitos já citadas como a celeridade do procedimento e a pacificação do conflito entre os envolvidos.

Necessário se faz que a arbitragem, com os demais meios de solução alternativa, seja conhecida pela sociedade já que a “cultura brasileira parece ter certo preconceito em relação à arbitragem privada, pela preferência a solução jurisdicional. Há poucas informações e preconceitos em relação à arbitragem [...]. É no fundo uma questão cultural”⁶².

Pode-se dizer que a escolha pela resolução da controvérsia através da arbitragem, assim como ocorre na “solução” através da sentença judicial, não vai agradar ambas as partes. Isso porque, a sentença arbitral, via de regra, vai determinar a parte que deverá cumprir com determinada obrigação, seja de pagar, fazer, não fazer, etc.

Entretanto, ao contrário do âmbito judicial, na arbitragem os envolvidos optam pelo procedimento, ou seja, estão submetendo o seu conflito ao árbitro porque escolheram assim. Já possuem conhecimento de que a sentença será desfavorável a algum deles, mas, ao recebê-la tem uma chance muito maior de concordar com

⁶¹ BACELLAR, *op. cit.*, p. 180.

⁶² BARROS JÚNIOR, Cassio de Mesquita. **Situação atual do juízo arbitral**. Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá. Cuiabá. v.4, n.2, jul-dez, 2002, p. 20.

ela do que se a decisão fosse judicial, tanto que a decisão é irrecorrível e os envolvidos têm conhecimento disto. No mesmo sentido temos que:

(...) pelo próprio fato de as partes conseguirem transacionar quanto a sujeição à arbitragem, fica demonstrada uma maior suscetibilidade para a composição, sendo esta alcançada como melhor solução para ambas – caráter mais amigável. [...] A diferença fundamental da arbitragem é que, por submeter o litígio a um terceiro julgador, livremente escolhido pelas partes, acaba por ensejar maior credibilidade, sendo então, maior sua predisposição em aceitar, como justa, a sua resolução dada pelo árbitro.⁶³

A maior aceitação da decisão também se dá pelo fato de que os envolvidos elegem conjuntamente o árbitro que vai analisar seu conflito e possuem maior liberdade em todo o procedimento, seja em razão de forma, da escolha de data para reunião, do sigilo, etc.

Há discussão na doutrina quanto à natureza da arbitragem e da sentença arbitral, sendo que há os que afirmam se tratar de natureza privada (contratual)⁶⁴ e outra parte da doutrina que entende se tratar de natureza jurisdicional⁶⁵.

Em que pese a Lei da Arbitragem tratar da decisão arbitral como tendo o mesmo efeito de uma decisão judicial (Art. 31), não há como afirmar que o árbitro está investido em poder jurisdicional e, portanto, que a arbitragem teria natureza jurisdicional. Isto porque, como afirma Roberto Portugal Bacellar, “só o Estado pode atribuir poder jurisdicional, poder que não foi atribuído ao árbitro”⁶⁶.

A Lei dos Juizados Especiais, 9.099/1995, em seu artigo 24, trouxe o que Luiz Fernando Tomasi Keppen e Nadia Bevilaqua Martins denominaram de “arbitragem

⁶³ FERNANDES JR., *op. cit.*, p. 52.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 54.

⁶⁵ Entendendo a arbitragem como exercício de poder jurisdicional, assim se manifesta Nelson Nery Junior: “O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existia entre as partes. [...] A LArb (Lei de Arbitragem) não deixa dúvida quanto ao caráter jurisdicional da decisão do árbitro, pois a denomina de sentença e lhe confere eficácia de título executivo judicial (475-N IV)”. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 9^o ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 1167/1169.

⁶⁶ BACELLAR, *op. cit.*, p 179.

anexa ao tribunal”⁶⁷, ou seja, arbitragem que ocorre dentro de um processo judicial que já se iniciou, onde as partes concordam com a eleição de um árbitro, a ser escolhido entre os juízes leigos, para julgar a disputa, sendo que a decisão também será irrecorrível.

Esta forma de arbitragem prevista no âmbito judicial é de grande valia para o atual sistema dos Juizados Especiais, que pelo procedimento simplificado e sem custas, já se encontra saturado, sendo que os processos, que deveriam tramitar mais rapidamente, estão demorando quase o mesmo tempo que o juízo comum.

Entretanto, necessária se faz a preparação dos conciliadores e os funcionários dos Juizados no sentido de auxiliar as partes na escolha do juízo arbitral, demonstrando o que é, os benefícios e o procedimento a ser seguido.

Certo é: para que a arbitragem no âmbito judicial funcione, também é necessário o fornecimento de estrutura física e de maior número de juízes leigos, até mesmo privilegiando profissionais experientes em determinadas áreas de atuação, sob pena de o procedimento arbitral demorar o mesmo tempo que o judicial e não surtir o efeito desejado, tendo em vista, principalmente, que as partes já iniciaram um procedimento judicial, ou seja, provavelmente não conseguiram resolver o conflito amigavelmente.

⁶⁷ KEPPEN, *op. cit.*, p. 98.

4 O PAPEL DOS ENVOLVIDOS NO CONFLITO

4.1 OPERADORES DO DIREITO

Pode-se dizer que a utilização dos meios alternativos para solução de controvérsias pelo sistema jurídico demonstra um afastamento dos modelos tradicionais de solução dos conflitos (não um afastamento da jurisdição). Este afastamento proporciona aqueles que se utilizam de meios alternativos uma mais rápida e benéfica solução para a controvérsia que lhes aflige.

Entretanto, deixar de lado um modelo processual clássico requer a preparação daqueles que vão trabalhar com esta nova sistemática para solucionar o conflito, ou seja, requer a mudança da mentalidade dos operadores do direito de acordo com a nova realidade que se apresenta. Neste sentido, pode-se afirmar que:

(...) na medida em que o sistema processual afasta-se desse antigo paradigma e propõe novos “conjuntos de suposições sobre a realidade” ou modelos processuais informados por uma visão instrumental orientada por escopos sociais, políticos e jurídicos, **mostra-se patente a necessidade de adequação de operadores do sistema processual** (ontologicamente, um paradigma) para possibilitar suas efetivas inserções no novo modelo. Cria-se, portanto, nova estrutura que busca afastar os fenômenos em desarmonia do sistema processual e capacitam-se os operadores dentro desse novo modelo. (grifo é nosso) ⁶⁸

Verifica-se que introdução de meios alternativos para solucionar controvérsias no âmbito jurídico de nada adianta se aqueles que trabalharão com estes meios não estiverem preparados para tal. Portanto, imperioso se faz que o profissional do direito tenha conhecimento do que são os meios alternativos, qual o seu objetivo, a

⁶⁸ AZEVEDO, *op. cit.*, p. 14.

forma de sua aplicação, bem como as técnicas que podem ser utilizadas. Só assim ele poderá passar aos envolvidos na controvérsia os benefícios da solução pacífica.

Conhecer os meios alternativos e a sua forma de aplicação também é de grande importância para que o acordo entre as partes ocorra e seja satisfativo para ambas. Neste sentido se manifesta André Gomma de Azevedo:

Criou-se a necessidade de promotores, procuradores e advogados que compreendam o modelo não adversarial e belicoso da negociação – modelo esse em que uma proposta (ou exigência) apresentada de maneira agressiva pode significar o fim de um processo de negociação e no qual um diálogo cooperativo em que se ressaltam ganhos para ambas as partes podem efetivar o processo *per si*.⁶⁹

Assim como os operadores do direito devem estar preparados para tal atividade de solução pacífica, a sociedade também deve conhecê-la para então poder aceitá-la e aplicá-la na solução dos conflitos, sendo que adotando estes meios citados de resolução alternativa “a atual cultura da sentença será, com toda certeza, paulatinamente substituída pela cultura da pacificação”⁷⁰.

Desta forma, o que vai se tratar no presente capítulo, é a maneira como os operadores do direito e a sociedade devem estar preparados para entender e, então, receber os meios alternativos de solução de controvérsias como uma forma de “escapar” do demorado e custoso processo judicial e também de alcançar a pacificação social.

⁶⁹ AZEVEDO, André Gomma de. **O processo de negociação: uma breve apresentação de inovações epistemológicas em meios autocompositivos**. Revista dos Juizados Especiais. Brasília. v.5, n.11, jul-dez, 2001, p. 16.

⁷⁰ WATANABE, Kazuo. **A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil**. p. 10, *apud*, GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **Mediação e Gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional – guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. São Paulo: Atlas, 2007.

4.1.1 O PAPEL DO JUIZ

No contexto apresentado, é de grande valia analisar a postura a ser adotada pelo juiz que deve assumir posição sobre os casos que lhe são apresentados e deve também se colocar no lugar de quem esta sendo julgado, ou melhor, no lugar de ambas as partes que estão sob julgamento. Para o magistrado João Baptista Herkenhoff o juiz se caracteriza como:

(...) um poeta, alguém que morre de dores que não são suas, alguém que vive o drama do processo, alguém capaz de descer às pessoas que julga, alguém que capta os sentimentos e aspirações da comunidade, alguém que incorpora na sua alma e na própria vida a fome de justiça do povo a que serve. Diverso deste paradigma é o juiz distante, alheio – burocrata no sentido pejorativo – cuja pena se torna para ele um peso, não por sentir as dores que não são suas, mas pelo enfado de julgar; pela carência do idealismo e da paixão que tornariam seu ofício uma aventura digna da dedicação de uma existência.⁷¹

Na obra intitulada “*O Juiz e a Emoção*” a autora Lídia Reis de Almeida Prado traz uma idéia ainda mais ampla sobre o papel do juiz na elaboração jurídica no Direito Moderno. O juiz além de ser o intérprete da lei de acordo com valores sociais e de acordo com a Constituição, também julga, e assim deve fazer, com sensibilidade, “em sintonia com o sofrimento, alegria e anseio da sociedade para a qual trabalha”. E, em consonância com o que já foi anteriormente disposto e com grande acerto a autora conclui:

(...) o juiz contemporâneo, envolvido com o caso, poderá recolocar o Judiciário em seu lugar de sustentáculo da democracia e de refúgio, certo de esperança coletiva. Um magistrado, que tenha vivências de alteridade no ato de julgar, terá maior possibilidade de outorgar aos jurisdicionados boas decisões. Não é sem razão que Warat pondera ser o direito ao amor o valor

⁷¹ HERKENHOFF, João Baptista. **A formação dos operadores jurídicos no Brasil, in ética, Justiça, e Direito – reflexões sobre a reforma do Judiciário**, org. de José Ernani Pinheiro *et alii*, São Paulo, Vozes, 1996, p.178, *apud*, PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial**. 4º. ed., Campinas-SP: Millenium, 2008, p. 102.

existencial que maior preocupação deve despertar em uma futura política de direitos humanos, os quais são o suporte simbólico da democracia.⁷²

Desta forma, o papel do juiz e seu posicionamento em sociedade não são relevantes apenas para os casos que lhe são postos para julgamento, mas também para a sua percepção da possibilidade e da tentativa do acordo e a orientação que ele deve dar as partes, não apenas como magistrado, mas como ser envolvido com a sociedade e seus anseios.

O autor José Soares Filho, em artigo nomeado “*Alguns aspectos da Reforma do Judiciário*”, demonstra a responsabilidade que recai sobre o Poder Judiciário, personificado aqui pelo juiz, nos informando que resta a ele e aos demais operadores do direito o alcance da efetivação da justiça. Ensina que cabe ao juiz o “alcance uma convivência social fundada na paz, na segurança e, sobretudo, na Justiça, condições do verdadeiro progresso humano”.⁷³

Primeiramente, o juiz deve se colocar na posição das partes e sentir quais são os seus anseios ao submeter o seu conflito à análise do Poder Judiciário. Assim, conhecendo o que dele se espera e sabendo o que levou as partes aquela demanda, terá maior capacidade de auxiliar os envolvidos na busca pela solução pacífica, indicando possibilidades e aconselhando-as para, por fim, tentar resolver o conflito através de um acordo. Desta forma, pode-se afirmar que:

Aos juízes, como cidadãos e profissionais, compete empenhar sua capacidade e suas energias, com o maior esforço e espírito público, por essa causa. Só assim, o Judiciário será respeitado e suas decisões terão a força moral necessária para serem cumpridas satisfatoriamente.⁷⁴

⁷² PRADO, *op. cit.*, p. 103 e 106.

⁷³ SOARES FILHO, José. *op. cit.*, p. 76.

⁷⁴ *Idem.*

Frente aos meios alternativos de solução de controvérsias, o papel do juiz foge bastante da idéia de poder de decisão que o magistrado exerce sobre a demanda que lhe foi submetida. Agindo como conciliador ou mediador, o juiz deverá deixar de lado a sua “autoridade” e seu poder decisório, deixando bem claro aos envolvidos que está ali para ajudá-los a solucionar o conflito e não para julgar, assim:

O juiz só deve exercitar sua autoridade para julgar, nessa apresentação deve fazer exaltar o exercício de seu papel de conciliador ou mediador, evitando qualquer forma de imposição e deixando as decisões para os interessados.⁷⁵

Pode-se dizer aqui que o papel dos conciliadores como auxiliares do juiz nas audiências de conciliação, se mostra de extrema importância, como já afirmado anteriormente, já que, por vezes, o juiz não consegue se despir da qualidade de autoridade julgadora e não consegue obter a confiança das partes a fim de encaminhá-las a um diálogo e obter uma composição.

Os autores Artur Stamford da Silva e Chiara Ramos, realizaram interessante pesquisa de campo acompanhando audiências de conciliação nas Varas Cíveis de Recife, podendo concluir, sobre o comportamento dos juízes, e até mesmo dos conciliadores, que:

Não há cultura da conciliação, os conciliadores e juízes ainda tratam a conciliação como objeto de decisão monológica e não dialógica, pensam como autoridades e agem como donos de um poder de decisão e não como espaço para composição e construção decisória. As partes ainda são tratadas como uma espécie de “clientes assistidos” e não como integrantes e participantes do processo decisório.⁷⁶

⁷⁵ BACELLAR, *op. cit.*, p. 195.

⁷⁶ STAMFORD, Artur; RAMOS, Chiara. **Conciliação judicial e a função social das profissões jurídicas. Uma análise etnometodológica do direito.** Revista de Informação Legislativa. Brasília. v. 44, n. 175, jul-set, 2007, p. 330.

Cabe aqui o alerta de que a postura do terceiro que está ali para ajudar os envolvidos a solucionar o conflito é de grande importância. Isto porque se o juiz ou conciliador agir com autoridade durante a sessão, os envolvidos, ou não resolverão o problema amigavelmente ou, o que é ainda pior, acabarão aceitando um “acordo” com que não concordam, deixando de lado o objetivo principal que é o da pacificação social. Não há pacificação quando alguma das partes envolvida no conflito aceita o acordo fisicamente, mas não o aceita psicologicamente.

O que pode ocorrer também é que os envolvidos no conflito, dependendo da postura do juiz, acabem não se abrindo e não solucionando o problema com medo de que o que for falado possa ser interpretado pelo juiz em seu desfavor. Sobre o assunto se manifesta Rafael Francisco Alves:

Muitos litigantes receiam que o diálogo efetivo na conciliação feita perante o juiz pode lhes desfavorecer em algum sentido no momento do julgamento posterior, caso não haja acordo. Mas vale ressaltar que o debate da conciliação não costuma ser reduzido a termo (apenas o acordo final), não podendo servir de fundamento para a sentença, e também não se pode falar aqui em depoimento pessoal com valor de confissão.⁷⁷

Ressalta-se que cabe ao magistrado deixar claro as partes que o que for conversado na conciliação não influenciará no julgamento final da demanda. O que ocorre é que, por vezes, o próprio magistrado não consegue se separar da sua posição de julgador e encaminha a audiência como forma de obter a verdade sobre os fatos para si e para determinar seu posicionamento (fazendo um pré-julgamento), enquanto que deveria agir em audiência a fim de buscar a melhor solução para as partes, deixando de lado valoração que faria como julgador.

O magistrado na função de conciliador deve ter em mente que a solução pacífica do conflito independe de seu entendimento como julgador da causa,

⁷⁷ ALVES, Rafael Francisco. **O juiz e a atividade conciliatória**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. v. 99, 2004, p. 969.

dependendo muito mais de sua posição como ser humano e incentivador dos envolvidos na busca pela composição, sendo que:

O sucesso conciliatório (diferente da transação, este, instituto de direito material, e aquele de direito processual sempre de iniciativa do Juiz), entretanto, depende do magistrado que, com isenção, justiça, parcimônia e sem arrogância, pode e deve tentar resolver as disputas deduzidas de forma amigável, colaborando, inclusive, para a pacificação social.⁷⁸

O juiz deve ser participativo na tentativa de solução da demanda entre os envolvidos já que “o diálogo efetivo entre o juiz e as partes cria um ambiente propício à assimilação das frustrações e ao convencimento quanto aos interesses juridicamente tutelados”⁷⁹. Interagindo com os envolvidos, o juiz consegue chegar ao real motivo do conflito e poderá melhor auxiliá-los na busca pela solução, sendo que:

(...) a postura participativa do juiz na conciliação (e também na mediação) desemboca, em primeiro lugar, em uma atividade essencialmente investigativa no que tange aos interesses existentes. O problema surge, porque nem sempre todas as frustrações decorrentes de um conflito são expostas nos pedidos deduzidos em juízo. Mas o atual contexto da efetividade processual reclama a tutela integral dos interesses das partes. Daí a relevância da atividade investigativa do magistrado.⁸⁰

Portanto, tarefa difícil se atribui ao juiz que terá a incumbência de se despir de sua autoridade como magistrado, ouvir as partes com o intuito de descobrir o real motivo do conflito e não para fins de julgamento posterior, conhecer bem e se utilizar de técnicas de conciliação e mediação e, por fim, ajudar os envolvidos a solucionar a questão, sem interferência como julgador.

⁷⁸ LENZI, Carlos Alberto Silveira. **Comentários as alterações do Código de Processo Civil**. Brasília: Consulex, 1995, p. 90, apud, BARBOSA, Edgard Fernando. **Da efetivação do papel conciliador e da arbitragem na estrutura do juízo cível**. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 90, n. 792, out, 2001, p. 84.

⁷⁹ ALVES, *op. cit.*, p. 967.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 965.

4.1.2 OS ADVOGADOS

O advogado, assim como o juiz e as partes envolvidas, deve estar preparado para participar da resolução de um conflito através dos meios alternativos. Na verdade, pode-se afirmar que o advogado é o primeiro profissional que vai se deparar com a situação conflituosa e que deverá auxiliar a parte na melhor forma de solucioná-la, cabendo-lhe, muitas vezes, propor a tentativa de solução através de um dos meios de solução pacífica.

Cabe aos advogados auxiliar os seus clientes no sentido de promover a pacificação do conflito, deixando-lhes bem claro os seus benefícios da composição amigável e quais são as perspectivas na continuidade da demanda de forma litigiosa.

Além disso, podemos dizer que é obrigação do advogado promover a cultura da pacificação, sendo-lhe atribuído o papel de auxiliar o cliente em todas as formas de solução pacífica do conflito antes da propositura de qualquer demanda judicial. Esta obrigação está expressa no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, no artigo 2º, parágrafo único, inciso VI, que diz ser um dos deveres do advogado: “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível a instauração de litígios”.

O Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994) dispõe em seu artigo 2º e no § 2º, que o advogado é indispensável a administração da justiça, presta serviço público e exerce função social. Pode-se dizer que o exercício de função social também se caracteriza na obrigação do advogado de tentar a qualquer tempo, antes ou depois de proposta a ação judicial, tentar a pacificação do conflito, desde que observado, é

claro, o dever que possui de garantir a preservação dos direitos de seus clientes.

Assim tem-se que:

A advocacia não é, portanto, atividade exclusivamente judicial, seus conhecimentos jurídicos em muito podem contribuir para evitar a impetração de um processo judicial. Lembramos ainda que, uma vez frustrada a tentativa de conciliação "administrativamente", cabe propor a ação judicial. Ainda mesmo depois de proposta a ação, cabe ao advogado, agora juntamente com o julgador, tentar promover a conciliação entre as partes.⁸¹

Desta forma, essencial a participação do advogado para ensinar e estimular os envolvidos em um conflito a tentar solucioná-lo de forma amigável. Agindo desta forma, o advogado em relação aos seus clientes "estará efetivamente exercendo seu mais nobre ofício que é o de promover o acesso à justiça, auxiliando-os na procura de seus reais interesses"⁸².

Os advogados devem, portanto, conhecer os meios alternativos de solução de conflitos e sempre que possível e cabível indicá-los a seus clientes, sendo que a participação do advogado em sessões de conciliação, mediação e arbitragem, por exemplo, se mostra indispensável também na própria defesa de seu cliente. Lembramos apenas que a participação do advogado deve ser ativa, podendo "prestar esclarecimentos", "orientação legal" e "responder aos interesses de seu cliente"⁸³.

Pelo acima exposto, vimos que a participação dos advogados é de grande importância, principalmente quando se trata de incentivar a solução pacífica da controvérsia. Entretanto, cabe a ressalva que apenas o envolvido na controvérsia terá a capacidade de decidir o que é melhor para si mesmo, não devendo o

⁸¹ STAMFORD, *op. cit.*, p. 320.

⁸² BRAGA NETO, *op. cit.*, p. 89.

⁸³ *Idem.*

advogado substituí-lo nesta decisão, cabendo-lhe apenas aconselhar seu cliente na questão jurídica do conflito, sendo assim:

Por mais que o advogado conheça a parte, jamais poderá vivenciar seus interesses. Ora, os interesses que estão em jogo são os do litigante e não os do advogado. Assim, a despeito das palavras da lei que tornam prescindíveis tanto a presença das partes quanto do próprio procurador, nada obsta que o magistrado público, em boa técnica, exija que o envolvido esteja presente – inclusive intimando-o pessoalmente [...] para que a conciliação possa se realizar, sob pena de uma possível marginalização dos interesses.⁸⁴

Desta forma, acertadamente é o entendimento extraído da Lei 9.099/1995⁸⁵ ao tratar que o comparecimento da parte em audiência nos Juizados Especiais Cíveis é pessoal, não podendo se fazer representar pelo advogado ou qualquer outra pessoa. Ao exigir a presença das partes pessoalmente, tem-se uma chance muito maior de se obter um acordo e, além disso, como já afirmado, não se está suprimindo ou violando a sua própria vontade.

Pode-se dizer também, que a presença da parte em audiência possibilita um melhor entendimento do conflito, já que foram elas próprias que presenciaram os fatos que deram origem a demanda, portanto, nada melhor do que elas para tentar buscar uma solução.

Entendemos aqui que também é imprescindível o comparecimento de preposto e/ou advogado, no caso da parte ser pessoa jurídica, com conhecimento sobre os fatos e interesse em realizar uma sessão de conciliação.

Deparamos-nos, muitas vezes, com representantes e até mesmo procuradores de grandes empresas que comparecem a sessões de conciliação

⁸⁴ ALVES, *op. cit.*, p. 959.

⁸⁵ Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória. No mesmo sentido temos o Enunciado n. 20 do FONAJE que assim determina: O comparecimento pessoal da parte às audiências é obrigatório. A pessoa jurídica poderá ser representada por preposto.

somente para cumprir protocolo, desrespeitando até mesmo o Poder Judiciário e a outra parte envolvida no conflito. Isso ocorre porque, em razão de uma prática comum, a empresa já comparece em audiência sem nenhum interesse na solução do conflito, às vezes, nem mesmo tem conhecimento dos fatos que os levaram até ali, mesmo que a citação para comparecimento tenha ocorrido em tempo hábil para tal verificação.

Cabe, portanto, ao advogado exigir de seu cliente empresa que lhe encaminhe as informações necessárias para conhecimento prévio do conflito, bem como que encaminhe para audiência preposto com conhecimento sobre os fatos do conflito. Além disso, ao advogado também cabe aconselhar o cliente sobre os benefícios de uma solução pacífica do conflito.

Ao advogado cabe, portanto, a defesa de seu cliente, mas, principalmente, o incentivo a pacificação social, cabendo-lhe sempre verificar uma melhor forma de solução do conflito, sempre que possível utilizando-se de meios alternativos e amigáveis.

4.1.3 DEMAIS AUXILIARES DA JUSTIÇA

Ao falarmos da posição do magistrado como conciliador ou mediador, também se pode fazer aqui a observação de que as características citadas, de imparcialidade, humildade e vontade de auxiliar os envolvidos a encontrar o caminho da conciliação, cabem de igual forma a todos aqueles que querem exercer a função de terceiro imparcial mediador da situação em conflito (conciliador, mediador propriamente dito, árbitro, juízes leigos, etc.).

A preparação dos terceiros que pretendem exercer a função de mediador do conflito merece destaque. Não basta apenas uma preparação teórica ou jurídica sobre os meios e suas técnicas, imprescindível se faz o comportamento deste terceiro perante a sociedade e os envolvidos no conflito.

Assim, conciliadores, árbitros, mediadores, não precisam necessariamente ter amplo conhecimento jurídico acerca da matéria envolta no conflito⁸⁶, mas precisam, necessariamente, ter a sensibilidade para conduzir os envolvidos à solução pacífica, Sobre o mediador, mas também cabível ao conciliador, magistrado ou não, e ao árbitro, afirma Regis Fernandes de Oliveira:

O mediador deve possuir trajetória ética, além de sensibilidade, facilidade de comunicação, credibilidade. Ademais, deve estar capacitado a compreender, administrar os interesses, equilibrar os argumentos, promover harmonia entre as partes. Diante de qualquer dificuldade, deve saber como enfrentá-las.⁸⁷

Ainda neste sentido, o autor Adolfo Braga Neto, nos informa que o terceiro deverá “proceder no desempenho de suas funções, de maneira imparcial, independente, competente, discreta e diligente. [...] Ao mesmo tempo, deverá preservar a ética e a credibilidade do instituto da mediação por meio de sua conduta”

⁸⁸.

Portanto, exercer a função de intercessor na solução pacífica de um conflito não é tarefa fácil, já que vai muito além do conhecimento técnico do intermediador. O terceiro deve agir muito mais com sensibilidade e interesse em ouvir os envolvidos do que na tentativa de “dizer” a solução mais cabível. Ele deve, na verdade, incentivar e provocar nos envolvidos a vontade de solucionar o problema da forma

⁸⁶ Roberto Portugal Bacellar nos informa que nos Juizados Especiais, por exemplo, “há conciliadores que são psicólogos, empresários, professores”. Ressalva-se aqui que, de acordo com a Lei 9.099/1995, exige-se que os juízes leigos e os árbitros que exercem suas funções perante os Juizados deverão ser advogados. BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: Acertos e Desacertos**. Revista CEJ. Brasília. v. 5, n.13, jan-abr, 2001, p. 154.

⁸⁷ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 92.

⁸⁸ BRAGA NETO, *op. cit.*, p. 97.

que melhor lhes agrada, já que são eles que vão cumprir com o acordo. Sobre a atividade do terceiro afirma Joel Dias Figueira Júnior:

Ao contrário do que possa parecer, essas atividades não são nada simples, tendo em vista que, para a efetivação de um acordo satisfatório com os litigantes, o conciliador deve ter conhecimento pleno da matéria de fato e de direito objeto da controvérsia, a fim de que possa dialogar com as partes ou seus procuradores, mostrar as vantagens e desvantagens da transação ou acordo, os riscos e possíveis dificuldades com o prosseguimento da demanda (...)⁸⁹

Surge então a figura do chamado co-mediador, uma terceira pessoa que ajuda os envolvidos e o próprio mediador na busca pela melhor solução da controvérsia. O co-mediador também pode ser um profissional especializado na área que se relaciona ao conflito, por exemplo, nas causas relativas a direito de família um co-mediador psicólogo ou assistente social é de grande ajuda, senão até indispensável. Neste sentido tem-se que:

Caso haja conveniência para o julgamento ou a pedido da qualquer dos litigantes, nasce a figura de um co-mediador. Este é indicado por organismos institucionais de mediação ou por órgãos profissionais oficiais. O co-mediador não será advogado, mas profissional ligado a qualquer outra área cujo conhecimento se torne imprescindível para o deslinde da controvérsia.⁹⁰

A participação efetiva de conciliadores, árbitros, mediadores e juízes leigos, promove a democratização da justiça, da maior credibilidade ao Poder Judiciário, proporciona diminuição do grande número de demandas em tramitação⁹¹ e ajuda na promoção da pacificação social. Para Ada Pellegrini Grinover:

⁸⁹ FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Novo procedimento sumário**. São Paulo: Ed. RT, 1996, p. 147-150, apud, BARBOSA, Edgard Fernando. **Da efetivação do papel conciliador e da arbitragem na estrutura do juízo cível**. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 90, n. 792, out, 2001, p. 98.

⁹⁰ FIGUEIRA JR., *op. cit.*, p. 93.

⁹¹ Neste sentido, acertadamente se manifesta Edgard Fernando Barbosa: “Os Juízes estão necessitando de urgente apoio no desempenho de suas atividades, designadamente em face do crescente número de ações que vêm sendo recebidas pelo Poder Judiciário e em decorrência das dificuldades financeiras que o Estado tem encontrado para propiciar a estrutura de atendimento dos serviços judiciários; daí porque têm se consolidado cada vez mais os estigmas da morosidade da Justiça e da baixa qualidade dos serviços judicantes, o que reclama urgente enfrentamento”. BARBOSA, *op. cit.*, p. 96.

Inseridos os procedimentos conciliativos, ainda que de natureza não jurisdicional, no quadro da política judiciária, a intervenção de leigos na função conciliativa também se coloca no âmbito da participação popular na administração da Justiça. Representa ela, ao mesmo tempo, instrumento de garantia e instrumento de controle, configurando meio de intervenção popular direta pelos canais institucionalizados de conciliação ou mediação.⁹²

A todos os profissionais do direito e demais auxiliares da justiça cabe, portanto, “descortinar o amanhã, com prudência, humildade, sabedoria e bem-querer, tudo em favor de pontuar a credibilidade da Justiça, substantivo imperfeito”

93 .

⁹² GRINOVER, *op. cit.*, p. 21.

⁹³ RUSSO JR., Rômulo. **Juizado Universidade: Uma parceria interessante**. Revista CEJ: Brasília, n. 17, abr-jun, 2002, p. 93.

4.2 O PAPEL DA SOCIEDADE

Após tratarmos de como deve ser o comportamento e a participação dos operadores do direito na utilização dos meios alternativos de solução de controvérsias, necessário se faz analisarmos o papel da sociedade para fazer com que a adoção destes meios surta efeito.

Como vimos, o papel dos operadores do direito é incentivar a solução pacífica, ensinando os envolvidos que ela é mais benéfica, mais rápida e mais barata. Entretanto, de nada adianta a função sendo bem exercida por estes profissionais, se os envolvidos no conflito e membros da sociedade, que são as pessoas a quem a solução se destina, não tiverem conhecimento dos meios e vontade de resolver o problema amigavelmente.

A participação efetiva da sociedade é de grande importância para a divulgação dos meios alternativos de solução de controvérsias e sua aplicação, bem como para concretização da pacificação social, afinal, é à sociedade que esta pacificação está voltada.

O envolvimento da sociedade, seja através dos auxiliares da justiça ou dos envolvidos em processo judicial, possibilita a concretização da democracia e devolve credibilidade ao Poder Judiciário, sendo que:

(...) para que a distribuição de justiça seja efetivamente racionalizada e tornada eficiente, é preciso contar com todos os setores da sociedade. Eis por que incumbe ao cidadão a importante tarefa de colaborar para o exercício da jurisdição, reconhecendo também sua responsabilidade na busca da justiça e do consenso.⁹⁴

⁹⁴ TARTUCE, *op. cit.*, p. 227.

Modelo ideal de sociedade, como já dissemos, seria aquele em que os cidadãos resolveriam todos os seus problemas no âmbito privado e de forma amigável, sem a necessidade de interferência do Poder Judiciário.

Entretanto, cabe a cada um de nós enquanto cidadão, se sensibilizar com o próximo, agir de maneira correta frente aos princípios éticos e morais da sociedade e tentar solucionar as controvérsias do dia-a-dia da melhor forma possível. Assim, os envolvidos em um conflito não devem se ver como adversários, sendo que:

(...) ocorrem em situações nas quais as pessoas implicadas no conflito apresentam-se como adversários, caracterizando-se como “partes” e não como participantes: as pessoas que ingressam divididas no processo de discussão necessariamente permanecerão “partidas” no compromisso.⁹⁵

A adversariedade entre os envolvidos em um conflito deve ser deixada de lado para que os meios alternativos de solução de controvérsias possam funcionar. Alcançar a pacificidade entre as relações humanas é tarefa que deve ser buscada antes de tudo por cada cidadão em suas relações diárias, destacando-se aqui o papel de cada um perante a sociedade em que vive.

Desta forma, os cidadãos, antes de tomar qualquer medida mais drástica, devem praticar a negociação para solução de seus conflitos, ou seja, devem conversar com a pessoa que está envolvida na controvérsia e tentar solucioná-la.

Mas, para que a negociação também funcione, é dever de todos, principalmente das pessoas jurídicas em que a “personificação” se dá através de prepostos, estarem abertas para a negociação, ou seja, possuírem um canal de comunicação com as pessoas físicas e desenvolverem uma cultura de pacificação perante a sociedade em relação aos conflitos em que se encontram envolvidas.

⁹⁵ ROMÃO, *op. cit.*, p. 43.

Um dos questionamentos que vem a mente, em especial dos profissionais do direito, é como a sociedade, mas especificamente o cliente, vai entender que o trabalho prestado pelo advogado nestes casos de solução alternativa é o mesmo, e até melhor do que quando o conflito está sujeito a litigiosidade e demora do processo judicial. Cabe aqui, então, entrarmos na aceitação e conhecimento da sociedade que a solução pacífica é muito melhor que a litigiosa e, o advogado que auxilia e promove a solução do conflito desta forma, resolve o problema de seu cliente muito mais rápido e com mais benefícios.

Por isso a sociedade também deve estar preparada para aceitar a solução pacífica do conflito, cabendo aos profissionais do direito incentivar e promover a resolução dos conflitos através de meios alternativos e pacíficos.

Conhecendo os modelos de solução pacífica de um conflito e seus benefícios, os cidadãos poderão aplicá-los na vida em sociedade e na vida privada, cumprindo com o fim de pacificação social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise em que se encontra o Poder Judiciário exige a adoção de uma nova postura pelos operadores do direito, pelo legislador e também pela sociedade, não só no Brasil, mas em todo o mundo, não sendo característica exclusiva de nosso país a demora dos processos judiciais.

A imensa quantidade de processos judiciais, aliada a falta de estrutura e recursos financeiros, frustram a idéia de duração razoável do processo, de efetividade e de credibilidade do Poder Judiciário.

Em recente pesquisa divulgada pelo jornal paranaense “Gazeta do Povo” constatou-se que a população brasileira não acredita no seu Poder Judiciário, sendo que 70% dos entrevistados acham que os juízes “não são honestos e nem imparciais”.⁹⁶

Certo é que o Poder Judiciário deveria ser o poder em que as pessoas precisariam depositar confiança ampla, já que é ele um dos meios a qual o cidadão pode recorrer para solucionar conflitos que lhe angustie e para fazer valer seus direitos.

Se o Poder Judiciário carece desta confiança e credibilidade, perde sentido de existir. Portanto, imperiosa a necessidade de utilizarmos outras formas que não apenas a litigiosa, para solucionar os conflitos de interesse presentes na sociedade.

A adoção de meios alternativos de solução de controvérsias, como a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem, se mostra como uma alternativa ao demorado e litigioso procedimento judicial.

⁹⁶ Pesquisa da Faculdade Getúlio Vargas, matéria veiculada em 23 de outubro de 2009. Disponível em <http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/vidapublica/conteudo.phtml?tl=1&id=936916&tit=Populacao-da-nota-56-para-a-Justica-brasileira>, acesso em 24 de outubro de 2009.

A utilização destes meios alternativos resulta na melhor resolução à lide que as partes poderiam obter. Isto porque a solução que se alcança é pacífica e se dá de forma amigável, ou seja, o acordo a que chegam os envolvidos decorre de suas próprias vontades. O acordo em um conflito proporciona a satisfação e a aceitação da solução alcançada, já que a vontade das partes não é suprimida, como ocorre na decisão judicial, proporcionando de igual forma o desafogamento do Poder Judiciário, ressalvando-se aqui a arbitragem onde há a liberdade dos envolvidos no início do procedimento, sendo que ao final a decisão arbitral acaba tendo a mesma característica impositiva da decisão judicial.

Para que os meios alternativos possam ser utilizados e funcionem como forma pacífica de solução do conflito, necessário se faz que os operadores do direito tenham amplo conhecimento do que são estes meios, seus procedimentos e a melhor aplicação no caso concreto. Portanto, cada um daqueles que atua com o direito, sejam os advogados, promotores, árbitros, magistrados, conciliadores, entre outros, devem saber qual é o seu real papel e como devem se portar diante de um dos meios de solução alternativa.

A partir do entendimento de qual é o sua função frente aos meios alternativos de solução de controvérsias, o operador do direito poderá auxiliar e encaminhar os envolvidos em determinado conflito para a melhor forma de resolução. A partir daí, tem-se que a sociedade, principalmente aqueles que se vêm diante de um conflito, devem também se fazer utilizar dos meios alternativos e visar, sempre que possível, uma solução amigável.

Utilizando os meios alternativos de solução de controvérsias diminuirá o grande número de processos em trâmite, bem como se evitará a propositura de demandas, solucionando-as previamente. Assim agindo, os juízes terão menos

processos para julgamento, permitindo que o Poder Judiciário possa concretizar a sua função precípua de solucionar litígios com efetividade e em tempo aceitável, cumprindo com a função de pacificação social que lhe cabe e devolvendo a sua credibilidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rafael Francisco. **O juiz e a atividade conciliatória**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. v. 99, p. 949-77, 2004.

ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. **Súmula vinculante: será este o caminho?** Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 90, n. 787, p. 35-56, jul, 2001.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **O Instituto da Conciliação e a reforma processual**. Revista Jurídica. Porto Alegre. v. 44, n. 227, p. 28-9, set. 1996.

AZEVEDO, André Gomma de. **Perspectivas deontológicas do exercício profissional da Magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos**. Revista CEJ. Brasília. v.8, n. 24, p.13-22, jan-mar. 2004.

_____. **O processo de negociação: uma breve apresentação de inovações epistemológicas em meios autocompositivos**. Revista dos Juizados Especiais. Brasília. v.5, n.11, p.13-24, jul-dez. 2001.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: A nova mediação paraprocessual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BACELAR, Roberto Portugal; DUGO, Sérgio; MEDA, Nadja Nara Cobra. **Solução alternativa de conflitos**. Revista CEJ. Brasília. v. 5, n.13, p.149-61, jan-abr. 2001.

BARBI, Celso Agrícola. **O papel da conciliação como meio de evitar o processo e de resolver conflitos**. Revista de Processo. São Paulo. v. 10, n. 39, p. 119-21, jul-set., 1985.

BARBOSA, Edgard Fernando. **Da efetivação do papel conciliador e da arbitragem na estrutura do juízo cível**. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 90. n. 792, p. 82-115, out. 2001.

BARROS JÚNIOR, Cassio de Mesquita. **Situação atual do juízo arbitral**. Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá. Cuiabá. v. 4, n.2, p.9-20, jul-dez. 2002.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Resolução alternativa de conflitos (ADR) e constitucionalidade**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo. v. 5. n.9. p.104-21. jan-jun. 2002.

BORGES, Marcos Afonso. **A conciliação no direito processual civil brasileiro**. Revista Jurídica. Porto Alegre. v. 39, n. 171, p. 19-25, jan. 1992.

BRAGA NETO, Adolfo. **Aspectos relevantes sobre mediação de conflitos**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo. v.4, n.15, p. 85-101, out-dez. 2007.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21º ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

COSTA, Sílvio Nazareno. **Súmula vinculante e reforma do judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DINAMARCO, Cândido RANGEL. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1, 5º ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A instrumentalidade do Processo**. 13º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

FERNANDES Jr., Edson. **Mecanismos de resolução alternativa de conflitos como ferramentas de auxílio para construção da política judiciária no Brasil**. Dissertação apresentada no Programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, orientadora Cláudia Maria Barbosa, 2008.

FERREIRA NETTO, Cássio Telles. **Arbitragem uma solução jurídica**. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. São Bernardo do Campo. v. 5, n. 7, p.37-41, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da justiça conciliativa**. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo. v. 4, n.14, p.16-21, jul-set. 2007.

GRINOVER, Ada PELEGRINI; WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano. **Mediação e Gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional – guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. São Paulo: Atlas, 2007.

KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Introdução à resolução alternativa de conflitos: negociação, mediação, levantamento de fatos, avaliação técnica independente...** 1º ed. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009.

LOBO, Arthur Mendes. **Breves comentários sobre a regulamentação da súmula vinculante**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, n. 45, p. 77-101, jan-fev, 2007.

LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade Vieira. **A mediação como forma alternativa de solução de conflitos**. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 87, n. 751, p. 94-101, maio 1998.

MACHADO, Ricardo Bastos. **A conciliação de conflitos**. Revista Jurídica da Universidade de Franca. Franca. v. 5, n. 8, p.158-63, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4^o ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 9^o ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Mediação: instrumento da pacificação social**. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 91, n. 799, p. 88-97, maio 2002.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial**. 4^oed, Campinas-SP: Millenium, 2008.

ROMÃO, José Eduardo Elias. **A mediação como procedimento de realização de justiça no âmbito do Estado Democrático de Direito**. Revista dos Juizados Especiais. Brasília. v. 5, n.11, p. 25-49, jul-dez. 2001.

ROSAS, Roberto. **Efetividade e instrumentalidade. Estruturação processual: caminhos de uma reforma**. Revista de Processo. São Paulo. v. 22, n. 85, p. 212-221, 1997.

RUSSO JR., Rômulo. **Juizado Universidade: Uma parceria interessante**. Revista CEJ: Brasília, n. 17, p. 90-94, abr-jun, 2002.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SARAIVA, José Palmácio. **A solução alternativa conciliatória: uma experiência promissora**. Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. v.19, n.55, p. 257-73, jul. 1992.

SILVA, Benilda de Oliveira. **Conciliação**. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia. v.16, n.1/2, p. 203-14, dez, 1987.

SILVA, Carlos Manuel Ferreira da. **Arbitragem e conciliação: presente e futuro; a situação em Portugal**. Revista de Processo. São Paulo. v. 27, n.107, p. 203-21, jul-set. 2002.

SOARES FILHO, José. **Alguns aspectos da reforma do Judiciário**. Revista CEJ. Brasília. v. 9, n. 28, p. 71-6, jan-mar, 2005.

STAMFORD, Artur; RAMOS, Chiara. **Conciliação judicial e a função social das profissões jurídicas. Uma análise etnometodológica do direito**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. v. 44, n.175, p. 317-33, jul-set. 2007.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Alguns reflexos da Emenda Constitucional nº. 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. n. 47, jul-dez, 2005, p. 92.

VARGAS, Luiz Alberto de; FRAGA, Ricardo C. **Conciliação e participação**. Justiça e Democracia. São Paulo. v. 1, n.2, p. 219-21, jul-dez. 1996.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001**. 3º ed. revisada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.