XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

ACESSO À JUSTIÇA I

ADEGMAR JOSÉ FERREIRA

MAGNO FEDERICI GOMES

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

A174
Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Adegmar José Ferreira
Magno Federici Gomes – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-765-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

ACESSO À JUSTIÇA I

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Goiânia/GO, nos dias 19 a 21 de junho de 2019, foi promovido em parceria com o Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas (PPGDP) da Universidade Federal de Goiás (UFG), tendo como tema geral: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, o PPGDP/UFG e docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação "stricto sensu" no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho Acesso à Justiça I teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos quatorze trabalhos, efetivamente debatidos e que integram esta obra, a partir dos seguintes eixos temáticos: hermenêutica e princípios constitucionais; técnicas alternativas de resolução de conflitos; auxiliares da justiça; e questões processuais relativas ao acesso à jurisdição.

No primeiro bloco, denominado hermenêutica e princípios constitucionais, iniciaram-se os trabalhos com textos sobre o ativismo judicial, a hermenêutica e a interpretação constitucional como formas de acesso à justiça; o acesso à justiça e o impacto das novas tecnologias na sua efetivação a partir da quarta revolução industrial; o princípio da duração razoável do procedimento e a demora dos precatórios, sugerindo o parcelamento anual em requisições de pequeno valor; e o direito à cidade como dimensão do acesso à justiça socioambiental.

No segundo eixo, chamado técnicas alternativas de resolução de conflitos, apresentaram-se seis artigos científicos, iniciando-se com a teoria dos jogos aplicada no sistema multiportas do Código Processual Civil (CPC/2015), a partir cultura belicosa existente nos dias de hoje e a necessidade de uma advocacia colaborativa; a mediação e a conciliação em centros religiosos como uma nova porta de acesso à justiça e a indispensabilidade de ações de marketing nesse sentido; a interação entre direito humano, mediação ambiental e o acesso à justiça, que analisou esse trinômio como nova ferramenta para se alcançar a paz social; o

estudo das desvantagens da mediação e da conciliação; a inviabilidade de adoção dos meios equivalentes de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública; e, ainda, a mediação trabalhista e sua aplicação pelo Ministério Público do trabalho.

Na terceira fase temática, intitulada auxiliares da justiça, o primeiro trabalho estudou a atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública diante dos direitos transindividuais, por meio da assinatura de Termos de Ajustamento de Condutas (TACs). O segundo, por sua vez, analisou a aplicabilidade das prerrogativas processuais da Defensoria Pública às Assistências Judiciárias mantidas pelos Municípios brasileiros, a partir da teoria da inconstitucionalidade progressiva.

No derradeiro bloco, que versou sobre as questões processuais relativas ao acesso à jurisdição, expôs-se o processo do trabalho do futuro sob o viés das penas de sucumbência, como forma de desestímulo ao ajuizamento das demandas futuras; e, por fim, a boa-fé objetiva como limitadora da realização dos negócios jurídicos processuais eficientes.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade deste livro é demonstrar os estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados à cidadania, à formação humanística, ao acesso à justiça e ao direito processual sustentável, no qual a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com o acesso à justiça. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. Adegmar José Ferreira - UFG

Prof. Dr. Magno Federici Gomes - ESDHC / PUC Minas

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS SÃO VANTAJOSOS PARA TODOS OS ENVOLVIDOS? UMA ANÁLISE DAS DESVANTAGENS DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO

IS ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICT RESOLUTION BENEFICIAL FOR ALL CONCERNED? AN ANALYSIS OF THE DISADVANTAGES OF MEDIATION AND CONCILIATION

Luciana Pereira Franco

Resumo

A proposta deste artigo é apontar quais são os pontos negativos da mediação e da conciliação, uma vez que, apesar de serem apresentadas como ferramentas alternativas de solução dos conflitos mais céleres, a utilização inadequada destes instrumentos, sem a observância dos princípios e garantias constitucionais, pode comprometer direitos e interesses, gerando consequências indesejáveis aos litigantes, criando, inclusive novos problemas que podem ser reapresentados ao poder judiciário. Para isso foram realizadas leituras de doutrina, legislação e artigos sobre a mediação e a conciliação e analisados dados do Conselho Nacional de Justiça sobre a conciliação e mediação.

Palavras-chave: Direito processual civil, Crise do judiciário, Meios alternativos de resolução de conflitos, Conciliação, Mediação

Abstract/Resumen/Résumé

The proposal of this article is to point out the negative aspects of mediation and conciliation, since, despite being presented as alternative tools for solving more rapid conflicts, the inadequate use of these instruments, without observing the principles and constitutional guarantees, can compromise rights and interests, generating undesirable consequences for litigants, creating new problems that can be re-submitted to the judiciary. For this, readings of doctrine, legislation and articles on mediation and conciliation were carried out, and data from the National Council of Justice on conciliation and mediation were analyzed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil procedural law, Judicial crisis, Alternative means of conflict resolution, Mediation, Conciliation

Introdução

Os meios alternativos de solução de conflitos se apresentam, entre outras formas, como instrumentos para desafogar o judiciário, que a partir da década 1990 foi abarrotado pelo crescente número de novos processos. Para se ter ideia, em 2017 ingressaram 29,1 milhões de novos processos no judiciário, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Neste ano, o poder judiciário contabilizou um estoque de 80,1 milhões de processos.[1] Neste contexto, o tempo médio para a obtenção de uma sentença em um processo de conhecimento na Justiça Federal foi de 2 anos e 4 meses na justiça comum e de 9 meses nos Juizados Especiais. Já na Justiça Estadual, a sentença foi proferida, em média, em 2 anos e 6 meses na justiça comum em 10 meses nos Juizados Especiais.[2]

Dessa forma, estimular a conciliação e a mediação, além de pacificar o conflito por meio da construção de acordos onde as partes exercem sua autonomia para decidir o que melhor lhes convier, também contribui para encurtar o tempo do processo e retirar do judiciário excesso de demandas. À primeira vista este parece ser um negócio bom para todas as partes. Mas será que essa via alternativa só traz mesmo vantagens para o judiciário e para os litigantes?

A partir dessa pergunta, o presente artigo pretende apontar quais são os pontos negativos da mediação e da conciliação, uma vez que, apesar de serem apresentadas como ferramentas alternativas de solução dos conflitos mais céleres, a utilização inadequada destes instrumentos, sem a observância dos princípios e garantias constitucionais, pode comprometer direitos e interesses, gerando consequências indesejáveis aos litigantes, criando, inclusive novos problemas que podem ser reapresentados ao poder judiciário.

Este estudo será feito através de pesquisa em doutrina, legislação e artigos sobre a mediação e a conciliação, sendo que o presente artigo está estruturado em duas partes: em um primeiro momento serão apresentados os dados do CNJ sobre a conciliação e da mediação. Também será apresentado um breve histórico sobre estes movimentos na justiça brasileira.

Na segunda parte serão tratados os pontos polêmicos da utilização inadequada da mediação e da conciliação, uma vez que sem a observância das garantias processuais e sem a preocupação real com a satisfação dos interesses das partes, estes instrumentos servem para gerar pseudo-

1 O CNJ faz o levantamento dos processos que retornam à tramitação (os considerados casos pendentes). São, por exemplo, situações de sentenças anuladas na instância superior; ou de remessas e retornos de autos entre tribunais devido à competência ou de mudança de classe processual Somente em 2017 foram reativados 619.242 processos. Importante frisar que não há um levantamento sobre quantos acordos homologados em sede de mediação ou conciliação retornam ao judiciário.

2 Dados do CNJ mostram que o tempo de baixa dos processos na Justiça Federal é de 3 anos e 8 meses na justiça comum e de 1 ano e 2 meses nos Juizados Especiais. Na Justiça Estadual o tempo é de 3 anos e 7 meses na justiça comum e de 1 ano e 9 meses nos Juizados Especiais.

soluções que apenas contribuem para reduz demandas em números sem, entretanto, solucionar os conflitos de forma definitiva.

A importância deste estudo reside na necessidade da reflexão sobre os propósitos da mediação e da conciliação, que não devem ser reduzidas apenas à condição de remédio capaz de combater os crescentes números do judiciário, embora tenham efeito sobre eles. Estes instrumentos são, antes de tudo, a realização do acesso à justiça de forma desburocratizada e eficiente.

1. Estatísticas sobre conciliação e mediação

Em 2016 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contabilizou pela primeira vez o número de processos resolvidos por meio de acordos advindos das sessões de mediações ou conciliações. À época foi registrado um índice médio de conciliação em 11% das sentenças, o que significou que 2,9 milhões de processos foram finalizados em 2015 de maneira autocompositiva[3].

O índice de conciliação é calculado pelo percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas na justiça brasileira. Nessa conta não foram computados os acordos em conciliações pré processuais nem as transações penais ocorridas em Termos Circunstanciados (TC).

Este acompanhamento estatístico da implementação da Política Judiciária Nacional de Tratamento de Conflitos tem previsão na Resolução 125 de 2010, também do CNJ, que definiu que, "antes da solução adjudicada mediante sentença, os órgãos judiciários devem oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão", conforme previsão no artigo 1º da referida norma.

A implantação da Política Judiciária Nacional de Tratamento de Conflito levou em conta: a) que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, b) que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal implica acesso à ordem jurídica justa; c) a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; e) o fato de que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios. Quanto ao último ponto, O CNJ destaca que "os programas consensuais de solução de litígios já implementados no País tem reduzido a excessiva

3 O CNJ também analisou e comparou os índices de conciliação em relação à fase em que o conflito se encontra. As conciliações apresentam melhores resultados na fase de conhecimento do 1º grau na Justiça do Trabalho (40% das sentenças solucionadas por homologação de acordo). Ainda nesse mesmo ramo de Justiça, na fase de execução esse índice cai para 5%. Na Justiça Estadual, durante a fase de conhecimento, o índice de conciliação chega a 14% e vai para 4%, na fase de Execução. Na Justiça Federal os índices variam de 5% (conhecimento) e 3% (execução).

judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos, e a execução de sentenças".[4]

Para Daniela Gabbay, Diego Faleck e Fernanda Tartuce, no livro Meios Alternativos de Solução de Conflitos (2013,p.40):

> Embora a adoção de meios alternativos seja normalmente vista como um contraponto ao Poder Judiciário na busca de maior rapidez e efetividade, é importante ressaltar que cada mecanismo de solução de conflito deve ser analisado também em suas próprias potencialidades e aptidão para atender aos interesses das pessoas envolvidas a ao tipo de conflito.(GABBAY, FALECK, TARTUCE, 2013, p.40)

Antes mesmo da implantação da Política Judiciária Nacional de Tratamento de Conflito, a conciliação já era adotada como política no Brasil desde 2006 através da implantação do Movimento pela Conciliação em agosto daquele ano. Desde então o CNJ promove as Semanas Nacionais pela Conciliação, período em que os tribunais são incentivados a juntar as partes e promover acordos tanto pré-processuais e quanto processuais.[5]

De acordo com o anuário Justiça em Números, em 2017 foram registradas 12,1% sentenças homologatórias de acordo. Este percentual é calculado a partir do índice de conciliação, obtido do percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas na justiça brasileira. A Justiça que mais faz conciliação é a Trabalhista, que solucionou 25% de seus casos por meio de acordo em 2017. Na fase de conhecimento dos juizados especiais, o índice de conciliação foi de 16%, sendo de 18% na Justiça Estadual e de 10% na Justiça Federal.

Tais números mostram que os esforços do CNJ têm surtido efeito. Entretanto, a métrica para contabilizar o sucesso da implantação da Política Nacional de Tratamento de Conflitos não deve se apoiar apenas no levantamento quantitativo como garantidor de um efetivo acesso à justiça. Nas palavras de Capelleti:

> Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de "efetividade" é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa "igualdade de armas" — a garantia de que a condusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo

4 O CNJ se propõe também a buscar cooperação dos órgãos e instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos e sugere que nas Escolas de Magistratura haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento;

5 Na semana da conciliação de 2018 o TJSP realizou 20.098 audiências na área cível, que resultaram em 12.544 acordos homologados.

> utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? (CAPELLETI, 2002, p.13)

Os professores Frank Sander, Stephen Goldberg e Nancy Rogers, (2012) estudiosos do modelo de mediação da Escola Harvard, enumeram alguns impedimentos ao acordo: comunicação falha, necessidade de expressar emoções, diferentes visões dos fatos, diferentes visões do direito, questões de princípio, pressões de constituintes, ligações com outras disputas, existência de múltiplas partes, conflitos de agência, síndrome de preferir arriscar para atingir o benefício máximo.

2. Meios alternativos de solução de conflitos

Desjudicializar é resolver o conflito por outros meios que não o judiciário. Assim, pode-se evitar a demora que o processo leva para ser resolvido e o incômodo emocional que o litígio, em geral, provoca nas partes. Nestes meios alternativos a vontade das partes prevalece, sendo a autotutela é a forma mais primitiva para se solucionar um conflito. Seu uso remonta aos primórdios. De acordo com Ricardo Soares Stersi dos Santos (2004, p. 15):

> "a técnica é conhecida como a maneira de administrar os conflitos desde os primórdios da sociedade e determina a resolução do mesmo, através do embate de forças entre as partes, não se configurando como forma autocompositiva. A resolução do conflito ocorre através de ato de força e não do consenso entre as partes. Na autotutela uma parte se impõe a outra, utilizando-se da força seja esta física, moral ou econômica". (SANTOS, 2004, p.15)

A solução das controvérsias por meio da força vem cedendo espaço às soluções alternativas mais civilizadas, embora ainda haja previsão no ordenamento jurídico brasileiro, no Código Civil e no Código Penal, em situações de necessidade de proteção da posse e de legitima defesa. De acordo com VALÉRIO (2016), no artigo Os meios alternativos de resolução de conflitos e a busca pela pacificação social, a realização do processo acontece por meio de duas diferentes formas de composição: a autocomposição e a heterocomposição.

Na autocomposição as partes chegam ao acordo de vontades sem a intervenção de terceiros. Ela pode ocorrer antes da demanda ou durante, na tentativa de pôr fim ao litígio. "Já na heterocomposição existe intervenção jurisdicional do Estado, que pode se materializar frente a um juiz togado, ou árbitro que, embora seja terceiro particular equidistante entre as partes, conta com o amparo legal, inclusive na aplicação de sanções" (VALÉRIO, 2016).

De acordo com LIMA e FERNANDES (2016, p.315), os métodos alternativos de solução de conflitos surgiram nos conflitos privados, envolvendo direitos patrimoniais, familiares, de vizinhança, entre outros. Esses métodos são conhecidos como *Alternative Dispute Resolutions*

(ADR) (Meios Alternativos de Resolução de Conflitos), que se compõem de um conjunto bem estabelecido de processos e técnicas aplicados na resolução de conflitos. Em geral esses métodos são compostos pela negociação, mediação, conciliação ou arbitragem.[6]

As características das ADRs são a imparcialidade do terceiro que participa no processo, a eficiência, a confidencialidade e a competência, para o litigante; além de economia e celeridade, para o Estado. Para Bittencourt (2014), no entanto, é um risco atribuir às ARDs a solução para a morosidade. Guimarães (2010) atribui o bom desempenho das ADRs à possibilidade de cada litigante expor seus argumentos e ouvir os argumentos da outra parte. Dessa forma, eles têm que interagir.

3. Formas alternativas para a solução de conflitos no CPC

No Brasil, a previsão, no ordenamento jurídico, de utilização de vias alternativas para a solução dos conflitos é bastante antiga. A Constituição Imperial de 1824, em seu artigo 161, já previa a realização da conciliação antes do julgamento do processo, nos seguintes termos: *"sem se fazer constar que sem tem intentado o meio de reconciliação não se começara processo algum"*

Quase duzentos anos depois, o novo Código de Processo Civil, aprovado em 2015, tem como objetivo claro o incentivo ao uso de formas alternativas para a solução de conflitos. Logo no artigo 3º, há a menção à arbitragem, mediação e conciliação, como formas autorizadas pela lei que devem ser promovidas pelo Estado.

Dessa forma, o CPC/2015 garante natureza jurídica jurisdicional aos mecanismos autocompositivos em especial pela inclusão dos mediadores e conciliadores judiciais entre os auxiliares da Justiça.[7] Ainda, de acordo com o artigo 166, está definido que a atuação dos mediadores deve ser pautada pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Mais adiante, o artigo 168 prevê o direito das partes de escolher, em comum acordo, um mediador para atuar no processo. Após a edição do Novo CPC, ainda em 2015, a fim de atender a necessidade de regulamentação específica, o legislador, editou a Lei 13.140 disciplinando a mediação.

---

6 De acordo com Andrade e Marcacini em Os novos meios alternativos ao judiciário para a solução de conflito, apoiados pelas tecnologias da informação e comunicação, Revista dos Tribunais Online, p.7, ADRs podem ser classificadas em: de encaminhamento obrigatório (mandatory) e de encaminhamento voluntário (voluntary) ou facultativo, pela forma de participação do terceiro e pela vinculação à decisão.

7 Nos termos do artigo 149 CPC, são auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

4. Mediação e conciliação

A mediação nem sempre esteve vinculada ao processo judicial, visto que trata-se de uma forma de resolução de conflitos utilizada desde a antiguidade. Entretanto, somente a partir do século XX é que a ferramenta passa a ser um sistema estruturado e por este motivo mais difundida nos países da Europa a Nos Estados Unidos. Para Lia Sampaio, "a mediação é um processo pacífico de resolução de conflitos em que uma terceira pessoa, imparcial e independente, com a necessária capacitação, facilita o diálogo entre as partes para que melhor entendam o conflito e busquem alcançar soluções criativas e possíveis"(SAMPAIO, 2007)

Groeninga e Barbosa (2003) conceituam a Mediação como "um método por meio do qual uma terceira pessoa neutra, especialmente treinada, colabora com as pessoas de modo a que elaborem as situações de mudança, e mesmo de conflito, a fim de que estabeleçam, ou reestabeleçam, a comunicação, podendo chegar a um melhor gerenciamento dos recursos".

A palavra mediação tem origem no latim *mediare,* que significa intervir, mediar. Segundo o Código de Processo Civil (CPC), de 2015, art. 165 § 3.º, a mediação é uma forma de resolução de conflitos em que um terceiro, neutro e imparcial, facilita a comunicação entre partes que mantém uma relação continuada no tempo, na busca de seus interesses e na identificação de suas questões com uma composição satisfatória para ambas.

De acordo com Fernanda Tartuce, "na prática a mediação tem raízes muito antigas e pode ser encontrada em diversas culturas, sendo sua utilização considerada prioritária em certas situações: no direito internacional por exemplo, é usual valer-se da mediação entre países em conflito e a ONU vem defendendo a ampliação de seu uso" (2013, p.365)

Para Baptista e Magalhães (1986, p. 142), "as vantagens da mediação estão na possibilidade de os envolvidos criarem um sentido de aceitação através da percepção de que a decisão a que chegaram foi sua própria e não imposta de fora para dentro". Dessa forma, elimina as tensões e promove a compreensão entre os litigantes.

Nos últimos anos tem havido uma "redescoberta" da mediação[8]. Com essa retomada, a diversidade de olhares sobre os conflitos e o modo de abordá-los ensejam correntes variadas:

> "Sendo que as mais estudadas a Escola de Harvard, onde o tratamento dado à controvérsia é de que ela é um problema mútuo, sendo que este tipo de negociação objetiva reconciliar interesses; a mediação transformativa, onde a mediação extrapola a solução do problema,

8 De acordo com GABBAY, FALECK, TARTUCE, (2013, p.355), vários países decidiram reestudá-la, pois que alguns sistemas de justiça tem defendido sua utilização para atender de modo mais eficiente ao volume crescente de demandas

> possibilitando mudança na relação entre as pessoas, evitando assim que os conflitos ressurjam; e a circular narrativa, meio da qual o mediador atua fazendo perguntas circulares para ajudar as partes a desconstruírem suas posições iniciais e assim viabilizar um novo olhar sobre o conflito.(GABBAY, FALECK, TARTUCE, 2013, p.255)

A mediação é adequada para a resolução de conflitos de relações continuadas, como por exemplo as relações familiares, que demandam tanto a solução do conflito quanto a manutenção do vínculo. Para Cachapuz e Gomes (2006, p. 283), a mediação familiar inova ao definir e pacificar conflitos familiares restaurando a comunicação entre casais em processo de separação.

Os problemas familiares envolvem afeto e emoção. Por isso, muitas vezes são acompanhados de sofrimento e dor. O mediador familiar deve ter isso em perspectiva para auxiliar os envolvidos a reorganizarem seus sentimentos e a reestruturarem a forma de condução da criação dos filhos.

> "A percepção dos benefícios da mediação no trato dos conflitos familiares é indispensável para respostas aos novos paradigmas de Direito. A família transformou-se e carece de tratamento que corresponda a sua realidade e que possibilite o resgate da afetividade e do sentimento das partes envolvidas" (CACHAPUZ E GOMES, 2006, p.283)

Para Rozane da Rosa Cachapuz (2003,p.33), a mediação familiar enfatiza a responsabilidade dos cônjuges de tomarem decisões que vão definir suas vidas, isolando pontos de acordo e desacordo e desenvolvendo opções que levam a uma nova tomada de decisões". Dessa forma é um instrumento adequado para solucionar os conflitos familiares que envolvem crianças e adolescentes, especialmente nos casos onde há alienação parental, uma vez que possibilita o diálogo e a reconstrução de vínculos afetivos.

De acordo com a Lei da Mediação sancionada em 2015 (13.140/15) este instrumento poderá ser usado para solucionar conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Ela deverá orientar-se princípios da imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade; e boa-fé. Define ainda que a mediação nas relações de trabalho será regulamentada por lei própria.

Essa lei estabeleceu as regras para a mediação judicial e extrajudicial e inovou ao regulamentar a autocomposição dos conflitos envolvendo pessoas jurídicas de direito público. Em seu com artigo 32: "a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios poderão criar câmaras

de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública"[9].

A conciliação já é bastante difundida no ordenamento jurídico e tem um importante papel na solução amigável dos conflitos. Este instituto ganhou força com os Juizados Especiais Cíveis. De acordo com o Código de Processo Civil, é indicado que o conciliador atue preferencialmente nos conflitos onde não há vínculo anterior entre as partes.

Ressalta-se que em sua atuação, o conciliador, diferente do que ocorre com o mediador, que não costuma fazer sugestões, e pode, portanto, sugerir ou recomendar termos para a construção do acordo, desempenhando dessa foram um papel mais ativo na solução do conflito. Nas palavras de Maria de Nazareth Serpa, distingue-se mediação de conciliação pois a primeira "envolve um processo onde o papel do mediador é mais ativo, em termos de facilitação da resolução do conflito e mais passivo em relação à intervenção no mérito ou enquadramento legal." (SERPA, 1999, p. 46)

O Manual de Mediação de Conflitos para Advogados (2014, p.26)) apresenta uma pirâmide para diferenciar os diversos mecanismos de solução de conflitos[10], consignando que a medida que se desloca da base para o topo da pirâmide, cresce a intervenção de terceiros, aumenta o formalismo, acirra a litigiosidade e o processo tende a se tornar mais duradouro. Nesta pirâmide, partindo da base, se encontra a negociação, seguida pela mediação, conciliação, arbitragem e, por último, no topo da pirâmide, encontra-se o poder judiciário.

5. Desvantagens dos meios alternativos de solução de conflitos

Os meios alternativos de solução de conflitos são essenciais às sociedades civilizadas. Como já vimos eles contribuem tanto para a pacificação social, quanto para a realização do processo. Depois de implantada a Política Judiciária Nacional de Tratamento de Conflitos se faz necessário refletir sobre a utilização da mediação e conciliação de forma a garantir a satisfação dos interesses das partes envolvidas.

Para Cristiane Rodrigues Iwakura, (2010),"a utilização inadequada da conciliação como forma de resolução dos litígios, sem a observância dos princípios e garantias constitucionalmente previstos, pode comprometer em boa parte os direitos e interesses envolvidos, gerando consequências indesejáveis e criando novos problemas que serão reabsorvidos pelo Poder Judiciário"[11]

9 Outra inovação trazida por essa lei foi a possibilidade de a mediação ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.

10 Essa Pirâmide da Solução de Conflitos foi extraída da seguinte obra: NETO, Francisco Maia. Arbitragem: A solução extrajudicial de conflitos – 2. ed. Revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Pág. 20.

11 Em artigo **Conciliar é legal,** publicado no site https://jus.com.br/artigos/17035/conciliar-e-legal

Ela menciona as ponderações de Owen Fiss sobre as desvantagens do acordo em juízo, uma vez que ele entende que a primeira desvantagem dos acordos está na sua própria origem, já que a sua celebração, na maioria dos casos, é impulsionada por vários fatores negativos, como a morosidade da justiça, os elevados custos processuais, a má-qualidade da prestação jurisdicional (em razão do excesso de demandas e da falta de infraestrutura adequada ao Poder Judiciário), e, por fim, as repercussões sociais advindas ao longo do trâmite processual.

Como consequência destes fatores negativos, explica a autora, não raramente são constatadas celebrações de acordos lesivos a uma das partes ou até a ambas as partes. Sobre este aspecto Robson Egídio Cardoso, defende que "não se pode olvidar que os acordos judiciais importam, como regra, renúncia de direitos, concessões mútuas e desistência de pretensões". Daí a importância, defende ele, de que a conciliação e a mediação sejam acompanhadas por advogado, que ao vislumbrar prejuízos deve desaconselhar o cliente a formalizar o acordo.

Para alguns estudiosos, da maneira como estão previstas no nosso ordenamento jurídico, a mediação e a conciliação são instrumentos coercitivos. Este é o entendimento de Karime Silva Siviero (2015). Para ela, "embora a norma processual inclua a autonomia da vontade no rol de princípios informadores da mediação, o que ela faz em seguida é esvaziar- lhe o sentido".

No artigo Aspectos polêmicos da mediação judicial brasileira: uma análise à luz do novo código de processo civil e da lei da mediação, Siviero analisa as obrigatoriedades impostas pelo CPC para a realização da audiência de mediação. Referido diploma estabelece que a audiência de mediação e conciliação apenas não será marcada se as duas partes manifestarem expressamente o desinteresse na sua realização, conforme previsão do artigo 334, § 4º. Se apenas uma das partes manifestar posição contrária à audiência, ainda assim ela ocorrerá. Ao dizer que não quer a realização da audiência de conciliação, a parte está dizendo que ela não quer acordo.

Dessa forma, a audiência de mediação ao inves de se apresentar como um instrumento que facilita e acelera o acesso ao judiciário, se transforma em obstáculo ao exercício legítimo do direito de ação, já que manter a realização de uma audiência para se buscar uma composição amigável, mesmo quando uma das partes já manifestou ausência de interesse, é perda de tempo. Na avaliação de Thales Branco Gonçalves:

> "É inconcebível impor às partes a realização de uma audiência para a composição amigável. Não bastasse isso, o Novo Código de Processo Civil dificulta a não realização dessa audiência a partir do momento em que a dispensa dela apenas ocorrerá em caso de discordância dupla, ou seja, tanto o autor como o réu devem dizer ao Estado que não pretendem a audiência de conciliação. Trata-se de um exagero legislativo, afinal, a discordância de uma das partes já deveria ser suficiente para a não realização da audiência de conciliação, já que, quando um não quer, dois não celebram um acordo.(GONÇALVES)

Outro ponto que merece uma análise crítica é a imposição de multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou valor da causa àquele que, injustificadamente, ausenta-se da audiência de conciliação prevista no art. 334, §8º. A eventual ausência em audiência de conciliação pode ser uma demonstração de que a parte não deseja findar o conflito pela via consensual. "Punir-lhe, por conta disso, em mau interpretação ao uso do vocábulo "injustificado", é inviável e pode, na prática, acirrar os ânimos e dificultar a resolução do conflito pela via consensual".

Para Gonçalves, a mediação e a conciliação são boas para o poder Judiciário, que tem encontrou nestes instrumentos uma forma mais eficaz e barata para aliviar o excesso de demandas. Os litigantes habituais, aqueles com o maior número de processos em trâmite no Poder Judiciário, preferem o processo e, em linhas gerais, não se beneficiam da conciliação. São as instituições financeiras, prestadoras de serviços de telefonia, operadoras de planos de saúde e a administração pública que se apoiam no processo judicial pelo excesso de formalidades e até mesmo pelo excesso de demandas do Poder Judiciário, o que contribuiu no dia-a-dia para postergar a resolução do conflito.

A parte contrária, menos habituada com o Poder Judiciário, também não tem a conciliação como o melhor dos caminhos. "Essa parte é aquela para quem o tempo é seu inimigo. Essa parte é aquela com pouca credibilidade no Poder Judiciário, angustiada pela demora que o seu processo poderá ter e que aceitaria qualquer acordo para que a sua demanda fosse resolvida o quanto antes" (GONÇALVES)**.**

Outros dois pontos que podem ter peso negativo sobre as audiências de conciliação e mediação se referem a audiência de Instrução e julgamento e à formação dos mediadores, como veremos a seguir. No caso de a conciliação ocorrer na Audiência de Instrução e Julgamento, o magistrado ao acompanhar a atuação das partes na fase de negociação, poderá ser influenciado pelos argumentos apresentados. Além disso, Gonçalves entende que "os juízes são colocados em situação de pressão e se tornam suscetíveis a proferirem decisões parciais e arbitrárias na ânsia de obter acordos judiciais para atingir metas estipuladas pelos órgãos judiciais superiores, e, assim, demonstrar vontade e competência ao seu empregador"[12]

Ademais, os próprios conciliadores e mediadores também podem levar as partes à celebração de um acordo ruim, uma vez que não é raro encontrar um profissional, que apesar de devidamente capacitado dentro dos requisitos exigidos pela lei, demonstre falta de conhecimento técnico sobre a lide (já que não há exigência de que esses profissionais tenham formação em

12 Gonçalves aponta outras circunstâncias que podem ocasionar um acordo lesivo: a) as partes celebram o acordo porque acreditam que, do contrário, se tornariam inimigas do magistrado; b) advogados que indicam o acordo como um caminho viável para a resolução do conflito para receberem mais rapidamente os honorários advocatícios;

direito), seja parcial ou utilize da comunicação ou de sua posição para intimidar as partes, em especial as desamparadas.

Sobre a implantação da Política Judiciária Nacional de Tratamento de Conflito como modo de atingir a eficiência operacional e o direito de acesso à Justiça, Capelleti nos ensina:

> "Onde os tribunais de pequenas causas se tornaram eficientes, eles têm servido mais frequentemente para os credores cobrarem dívidas do que para os indivíduos comuns reivindicarem direitos. Alega-se que procedimentos mais rápidos, informais e modernos facilitam principalmente a lesão em larga escala dos direitos de devedores individuais. Pequenas causas, afinal, não são necessariamente simples ou desimportantes; elas podem envolver leis complexas em casos de vital importância para litigantes de nível econômico baixo ou médio. A questão, portanto, é saber porque elas devem ser apreciadas através de procedimentos supostamente de segunda classe"(CAPELLETI, 2002, p.95)

Assim, o Conselho Nacional de Justiça, ao deixar claro que o principal objetivo para a realização da Semana da Conciliação – que acontece todo ano – é conciliar o maior número possível de processo em todos os tribunais do País opta pelo critério quantitativo ao tratar da conciliação e não pela utilização deste instrumento para a pacificação social. Contribui, portanto, para manter o sistema abarrotado no longo prazo, uma vez que é grande a chance de que um acordo ruim feito em conciliação retorne para o Judiciário.

Conclusões

Os meios alternativos de solução de conflitos se apresentam, entre outras formas, como instrumentos para desafogar o judiciário, que a partir da década 1990 foi abarrotado pelo crescente número de novos processos. Dessa forma, estimular a conciliação e a mediação, além de pacificar o conflito por meio da construção de acordos onde as partes exercem sua autonomia para decidir o que melhor lhes convier, também contribui para encurtar o tempo do processo e retirar do judiciário excesso de demandas. À primeira vista este parece ser um negócio bom para todas as partes. Entretanto, o que o presente estudo identificou foi que essa via alternativa, em geral, traz vantagens apenas para o judiciário, que encontrou nestes instrumentos uma forma mais eficaz e barata para aliviar o excesso de demandas.

Os litigantes habituais, aqueles com o maior número de processos em trâmite no Poder Judiciário, preferem o processo e, em linhas gerais, não se beneficiam da conciliação. São as instituições financeiras, prestadoras de serviços de telefonia, operadoras de planos de saúde e a

administração pública que se apoiam no processo judicial pelo excesso de formalidades e até mesmo pelo excesso de demandas do Poder Judiciário a fim de postergar a resolução do conflito.

A parte contrária, menos habituada com o Poder Judiciário, também não tem a conciliação como o melhor dos caminhos, pois tem pouca credibilidade no Poder Judiciário, se angustia com a demora que o seu processo poderá ter e, por isso, aceita, em muitos casos, qualquer acordo para que a sua demanda seja resolvida o quanto antes.

Dessa forma, a utilização inadequada da conciliação como forma de resolução dos litígios, apenas com o intuito de desafogar o judiciário, sem a observância dos princípios e garantias constitucionalmente previstos, é uma faca de dois gumes, a medida que pode comprometer em boa parte os direitos e interesses envolvidos, gerando consequências indesejáveis e criando novos problemas que serão reabsorvidos pelo Poder Judiciário, e que, por este motivo, tende a permanecer abarrotado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (2015). Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil.. Novo Código de Processo Civil. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01 jan. 2019

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Mediação nos conflitos e direito de família. Curitiba: Juruá, 2003.

CALMON, Petrônio. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CARDOSO, Robson Egídio. A imposição da conciliação pelo Estado como solução para a ineficiência da prestação jurisdicional. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2413, 8 fev. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14316/>. Acesso em: 28 dez. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro,GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. 2002. Sergio Antonio Fabris Editor.1998

CHASIN, Ana Carolina da Matta. Uma simples formalidade: Estudo sobre a experiência nos Juizados Especiais Cíveis em São Paulo. 2007. 183 f. Tese (Doutorado) - Curso de Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm . Acesso em: 20 nov. 2018

CNJ. Relatório Justiça em números. Disponível em www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83676-relatorio-justica-em-numeros-traz-indice-de-conciliacao-pela-1-vez. Acesso em 20 jan.2019

CNJ. Resolução125/10. Disponível em:http://www.cnj.jus.br///images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf. Acesso em 21 jan 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Justiça em números 2018 (ano-base 2017). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros/>. Acesso em: 23 dez. 2018.

GABBAY, Daniela Monteiro, FALECK, Diego. TARTUCE, Fernanda. Meios alternativos de solução de conflitos. Editora FGV, Ebook

GONÇALVES,Thales Branco Gonçalves.A Conciliação no Novo Código de Processo Civil: conciliação é legal, mas para quem? Disponível em :http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17061. Acesso em 21 jan 2019.

GROENINGA, G.C. e BARBOSA, A.A. Curso Intensivo de Mediação. São Paulo, 2003.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Conciliar é legal?. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2579, 24 jul. 2010. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/17035>. Acesso em: 23 dez. 2015.

LIMA, Leandro André Francisco; FERNANDES, Francisco Benedito. Meios alternativos de resolução de controvérsias e mitigação da litigância na perspectiva do novo Código de Processo Civil: um caminho mais curto rumo à ordem jurídica justa? CONPEDI, Florianopólis, 2016.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame. In: MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Teses, estudos e pareceres de processo civil. São Paulo: RT, 2005, v. I.

MUÑHOZ, Alberto Alonso. Conciliar é legal para quem, cara pálida? 2015. Disponível em: <http:// justificando.com/2015/06/17/conciliar-e-legal-para-quem-cara-palida/>. Acesso em: 15 dez. 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo.; SILVA, Felipe Gonçalves. Manual de Sociologia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Noções gerais da arbitragem. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SERPA, Maria de Nazareth. Mediação de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1998

SIVIERO, Karime Silva. Aspectos polêmicos da mediação judicial brasileira: uma análise à luz do novo código de processo civil e da lei da mediação. Cadernos do Programa de Pós-Graduação, Direito/UFRGS, volume 10, n.3.2015

SANDER,Frank, GOLDBERG Stephen E ROGERS, Nancy. Dispute Resolution: negociation, mediation and other process. Wolters Kluwer. Law & Business. 6 Edition, 2014.

TARTUCE, Fernanda. Conciliação e Poder judiciário. Disponível em <www.fernandatartuce.com.br/>. Acesso em 15.12.2018

TEIXEIRA, Ludmila; NUNES, Dierle. Conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-31/movimento-pro-conciliacao-preocupar-qualidade-acordos/>. Acesso em: 23 dez. 2018.

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

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Os meios alternativos de solução de conflitos e a busca pela pacificação social. Revista de Direito Privado. Vol. 69, 2016.