

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

LUCIANA PEREIRA FRANCO

OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS SÃO
VANTAJOSOS PARA TODOS OS ENVOLVIDOS?
UMA ANÁLISE DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO E
CONCILIAÇÃO NO BRASIL

SÃO PAULO
2020

LUCIANA PEREIRA FRANCO

OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS SÃO VANTAJOSOS PARA
TODOS OS ENVOLVIDOS?

Uma análise da institucionalização da mediação e conciliação no Brasil

Dissertação apresentada ao Programa de Pós graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho como requisito para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel Benedito Issaac Chalita

SÃO PAULO
2020

Franco, Luciana Pereira.

Os meios alternativos de solução de conflitos são vantajosos para todos os envolvidos? uma análise da institucionalização da mediação e da conciliação no Brasil. / Luciana Pereira Franco. 2020.

136 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2020.

Orientador (a): Prof . Dr . Gabriel Benedito Issaac Chalita.

Acesso à justiça. 2. Crise do judiciário. 3. Meios alternativos de resolução de conflitos (MASC).

Chalita, Gabriel Benedito Issaac.

II. Título.

C

D

II

LUCIANA PEREIRA FRANCO

OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS SÃO VANTAJOSOS PARA
TODOS OS ENVOLVIDOS? UMA ANÁLISE DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO
E DA CONCILIAÇÃO NO BRASIL

Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da
Universidade Nove de Julho como parte
das exigências para a obtenção do título
de Mestre em Direito

São Paulo, 26 de março de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gabriel Benedito Isaac Chalita
Presidente
UNINOVE

Prof. Dr. Wilson Levy Braga da Silva Neto
Examinador Interno
UNINOVE

Profa. Dra. Marcia Cristina de Souza Alvim
Examinadora Externa
PUC/SP

À minha família, em especial ao Jônatas, por seu amor e suporte incondicionais que me permitiram chegar até aqui.

AGRADECIMENTOS

Concluir essa dissertação de mestrado é para mim motivo de alívio e de alegria. O percurso foi trabalhoso e em alguns momentos até dolorido, e eu não teria conseguido percorrê-lo sem o apoio das pessoas que conviveram comigo nestes dois anos.

Agradeço à minha família. Minha mãe, que sempre rompeu fronteiras e me inspirou a fazer o mesmo. Jônatas, pela paciência e pelo amor e apoio incondicionais. Vitor e Isabel por permitirem que me eu afastasse sem sentir culpa.

Agradeço à Universidade Nove de Julho pela bolsa de estudos, sem a qual teria sido impossível realizar esse sonho.

Ao meu orientador Gabriel Chalita agradeço por ser o professor gigante que sempre inspira e nunca deixa de falar de amor.

Ao professor Wilson Levy agradeço pela escuta, pela atenção a cada detalhe todas as vezes em que foi demandado, pelo pragmatismo e pelo exemplo de profissional que um dia pretendo ser.

RESUMO

A proposta deste trabalho é analisar se a institucionalização da mediação e da conciliação no Brasil é sempre vantajosa para todos os envolvidos. Dessa forma, a pesquisa buscou responder a seguinte pergunta: Mediar e conciliar é sempre bom para todos os envolvidos? A hipótese aqui trabalhada é de que a mediação e a conciliação são sempre boas para o Estado pois encurtam o tempo do processo e retiram o excesso de demandas do judiciário, mas para os litigantes nem sempre mediar e conciliar é bom porque em muitos casos eles estão vulneráveis e suscetíveis a fazer um acordo ruim, que pode, inclusive, voltar a ser rediscutido no judiciário. Foi realizada pesquisa bibliográfica sobre o tema com a finalidade de apontar os aspectos positivos e os negativos do uso dos meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. O levantamento destes pontos buscou mostrar que a mediação e a conciliação não devem ser reduzidas apenas à condição de remédio capaz de combater os crescentes números do judiciário, embora tenham efeito sobre eles, pois implicam, antes de tudo, na realização do acesso à justiça de forma desburocratizada e eficiente e na possibilidade real de pacificação social. Por isso, tais instrumentos devem ser constantemente aprimorados. A pesquisa alcançou os resultados esperados e a partir das vantagens e desvantagens analisadas, propõe ações integradas de valorização da mediação e da conciliação.

Palavras-chaves: acesso à justiça, crise do judiciário, Meios Alternativos de Resolução de Conflitos (MASC).

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze whether the institutionalization of mediation and conciliation in Brazil is always advantageous for everyone involved. Thus, the research sought to answer the following question: Is mediating and conciling always good for everyone involved? The hypothesis worked on here is that mediation and conciliation are always good for the State because they shorten the process and remove excess demands from the judiciary, but for litigants it is not always good to mediate and reconcile because in many cases they are vulnerable and susceptible to making a bad deal, which can even be discussed again in the judiciary. Bibliographic research on the topic was carried out in order to point out the positive and negative aspects of the use of alternative means of conflict resolution in Brazil. The survey of these points sought to show that mediation and conciliation should not be reduced only to the condition of a remedy capable of combating the growing numbers of the judiciary, although they have an effect on them, as they imply, first of all, in achieving access to justice in no-bureaucratic and efficient way and the real possibility of social pacification. Therefore, such instruments must be constantly improved. The research achieved the expected results and, based on the analyzed advantages and disadvantages, proposes integrated actions to enhance mediation and conciliation.

Keywords: Acess to justice, judicial crisis, Alternative Dispute Resolutions (ADR)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 BREVE NOÇÕES HISTÓRICAS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO NO BRASIL.....	16
1.1 O movimento de democratização do acesso à justiça no Brasil.....	16
1.2 Legislação sobre os métodos alternativos no Brasil.....	20
1.3 Métodos alternativos de solução de conflitos no Código de Processo Civil.....	25
1.4 O acesso à justiça e os meios alternativos de solução de conflitos.....	30
1.5 O Conselho Nacional de Justiça e o levantamento quantitativo dos dados.....	35
1.6 Avaliação empírica da mediação e da conciliação.....	37
2 VANTAGENS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS.....	46
2.1 Origem dos meios alternativos de solução de conflitos.....	46
2.2 A solução do conflito como instrumento de pacificação social.....	52
2.3 A institucionalização dos métodos alternativos de solução de conflitos no Brasil.....	55
2.4 Mediação.....	61
2.5 Conciliação.....	64
2.6 Mediação nas ações de família: onde os meios alternativos funcionam.....	66
3 DESVANTAGENS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS.....	69
3.1 Os riscos da institucionalização dos métodos alternativos.....	69
3.2 A (des) observância aos princípios e garantias constitucionais e previsões coercitivas no Código de Processo Civil.....	75
3.3 Obstáculos para a construção de um acordo.....	81
3.4 O acordo e a disponibilização de direitos.....	87
3.5 O desequilíbrio entre as partes nas ações de consumo: onde os meios consensuais não funcionam tão bem.....	91
3.6 Litigantes habituais e litigantes não habituais.....	99

4 BALANÇO DOS PRÓS E CONTRAS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	106
4.1 A atuação dos mediadores e o papel dos advogados.....	106
4.2 Fundamentos para a adoção de meios alternativos de resolução de conflitos.....	114
4.3 Prós e contras da institucionalização dos meios alternativos	117
CONCLUSÕES.....	120
REFERÊNCIAS	123

INTRODUÇÃO

Os meios consensuais de solução de conflitos se apresentam, na concepção da Política Judiciária de Tratamento de conflitos implantada no Brasil, como instrumentos adequados para a solução de conflitos no Poder Judiciário e sob a fiscalização deste. Tal política foi construída, principalmente, sobre quatro pilares: a) a criação de núcleos permanentes de métodos consensuais em verdadeira célula de inteligência no desenvolvimento da política judiciária local; b) a instalação de centros judiciários de solução de conflitos e cidadania para concentrar ações de conciliação e mediação a cargo de conciliadores e mediadores; c) a capacitação permanente de magistrados, servidores e colaboradores nos métodos consensuais de solução dos conflitos; d) a manutenção de um banco de dados permanentemente atualizado sobre as atividades de conciliação.

A política surge como resposta ao crescente número de novos processos que, partir da década 1990, abarrotava o judiciário. Depois de acumularem recordes sobre recordes, os estoques de processos caíram em 2018 pela primeira vez. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a queda reflete uma combinação de dois fatores: o menor ingresso de novos casos e o aumento da produtividade dos magistrados.

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 encurta o tempo do processo e retira o excesso de demandas do judiciário. À primeira vista, este parece ser um negócio bom para todas as partes. Mas será que a institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos gera vantagens tanto para o judiciário quanto para os litigantes?

Essa pergunta norteou os rumos da presente pesquisa, que pretendeu fazer uma análise da institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos no âmbito judicial.

Neste cenário, destaca-se a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos instituída em 2010 pela resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que prevê a utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos – principalmente a conciliação e a mediação – no Poder Judiciário e sob sua fiscalização a fim de alcançar a tão almejada pacificação social, escopo magno da jurisdição, e também com o propósito de tornar efetivo o acesso a uma ordem jurídica justa.

Entretanto, percebe-se que parte do enfoque dado ao desenvolvimento de uma política nacional de tratamento de conflitos se justificou no fato de a eficiência operacional ser um objetivo estratégico do Poder Judiciário. Isso porque a política judiciária nacional, ainda que destaque o objetivo de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade, utiliza como métrica para analisar o seu desempenho a análise quantitativa das ações realizadas anualmente.

Assim, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) produz já há cinco anos o Anuário Justiça em Números, documento que compila as estatísticas anuais da justiça brasileira, com ênfase na quantidade de processos que ingressam e saem anualmente no judiciário, na produtividade dos magistrados e no volume dos estoques nacionais. Não há ainda uma análise qualitativa sobre o uso e o desempenho dos métodos consensuais de solução de conflitos. Em 2018, segundo o anuário, 12% dos processos foram sentenciados por meio de acordos, o que equivale a 4,4 milhões de sentenças homologatórias.¹

Por um lado, ter 4,4 milhões de casos resolvidos por meio da autocomposição significa dizer que houve pacificação entre as partes. Por outro lado, significa também que tais casos não foram apreciados pelo judiciário brasileiro. Tais litígios, podem, por exemplo, ter sido pacificados em desobediência aos princípios e garantias constitucionais, uma vez

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Justiça em números 2019 (ano-base 2018). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros/>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

que não é exigido do mediador vinculado ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) o conhecimento técnico do direito, bastando que seja formado em curso superior. Dessa forma, litígios mal resolvidos podem retornar ao judiciário.

Ainda que os meios consensuais de solução de conflitos sejam, de fato, um instrumento de pacificação da sociedade, existe o risco de banalização da solução consensual, que pode com o tempo, vir a ser tornar uma justiça de segunda classe e servir como instrumento de contenção dos casos que chegam ao judiciário, de maneira que apenas as questões “mais complexas e importantes”, sejam encaminhadas para um juiz. Necessário, portanto, o constante aprimoramento das soluções consensuais, com a possibilidade de revisões, adoção de iniciativas criativas, espaço para ouvidoria de forma que essas soluções não signifiquem apenas uma forma secundária de acesso à justiça.

Assim, a proposta desta pesquisa é realizar uma leitura dos aspectos positivos e negativos da institucionalização dos meios consensuais de solução de conflitos, em especial a mediação e da conciliação. Cabe aqui uma breve explicação: optou-se neste trabalho por utilizar de maneira uniforme a expressão Métodos (ou meios) Alternativos de Solução de Conflitos, que no Brasil ganharam a sigla MASC, por ser a acepção mais utilizada pela doutrina, embora esse termo tenha sido utilizado inicialmente no sentido de serem alternativos ao Judiciário, de forma extrajudicial, em tradução da expressão *Alternative Dispute Resolution (ADR)*. Apesar de essa denominação ser objeto de crítica por considerar o Judiciário o centro ao qual se busca uma solução alternativa, optou-se por adotá-la neste trabalho devido o seu uso corrente. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) utiliza a expressão “meios adequados de solução de conflitos” considerada por alguns estudiosos do tema a acepção mais adequada.

O presente estudo foi realizado por meio de leitura de doutrina, legislação, artigos e relatórios com estatísticas quantitativas e qualitativas sobre mediação e conciliação. Buscou-

se identificar os pontos positivos, polêmicos, controversos e negativos da institucionalização da mediação e da conciliação no Brasil. As vantagens do uso dos meios consensuais são muitas, como a desconstrução do conflito, com a consequente restauração da convivência pacífica e a propositura de soluções reparadoras e corretivas.

No entanto, em muitos casos a conciliação, por exemplo, é apresentada como uma alternativa melhor que a tutela jurisdicional. Para o Estado, sob o argumento da crise do judiciário, resta claro que tal afirmativa faz sentido, visto que, independente da qualidade do resultado, se resultar em acordo, abrevia o fim do litígio e reduz a taxa de congestionamento, mas para os litigantes envolvidos a conciliação e a mediação que resultam em um acordo ruim são melhores que a tutela jurisdicional?

O presente trabalho aponta que esse seria um resultado indesejável, uma vez que a construção da paz abriga abordagens que contemplam ao mesmo tempo a paz, a justiça, os direitos humanos e a transformação dos conflitos. Neste sentido, de acordo com Luís Alberto Warat, os métodos alternativos implicam em uma proposta transformadora do conflito porque os envolvidos não buscam a decisão por um terceiro, mas sim suas próprias resoluções.

Dessa forma, a presente pesquisa está estruturada em quatro partes: no primeiro capítulo será discutido o processo de democratização do acesso à justiça no Brasil e a real pacificação social pretendida no Brasil. Também serão apresentados e analisados os dados do Anuário Justiça em números de 2018, bem como as informações da primeira avaliação empírica da mediação e da conciliação realizada pela Universidade de São Paulo (USP).

No segundo capítulo serão apresentadas as vantagens da institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos, com o estudo sobre a origem dos meios consensuais de solução de conflitos e a apresentação de um panorama das ações que culminaram na implantação da Política Nacional de Tratamento. Também serão conceituadas a mediação e a conciliação e apresentado um *case* que deu certo: a mediação nos conflitos de família, um

terreno onde os meios consensuais de solução de conflitos estão, de fato, contribuído para a solução de controvérsias e manutenção dos vínculos, alcançando assim o real significado da pacificação social.

No terceiro capítulo serão analisadas as desvantagens da institucionalização dos meios consensuais de solução de conflitos, bem como serão apontados os obstáculos para a construção de um acordo e demonstrada a desigualdade entre os litigantes habituais e não habituais. Neste capítulo serão analisadas ainda as conciliações realizadas no âmbito do direito consumidor, como um *case* que não funciona tão bem quanto deveria.

Por fim, no quarto capítulo será analisada a atuação dos mediadores e o papel dos advogados na construção de um acordo, serão abordados os fundamentos da adoção dos meios alternativos, bem como ponderados os prós e os contras da institucionalização dos métodos alternativos de solução de conflitos no Brasil.

A hipótese deste trabalho é de que utilização inadequada da mediação e da conciliação sem a observância das garantias processuais e sem a preocupação real com a satisfação dos interesses das partes, induz estes instrumentos a gerarem pseudo-soluções que apenas contribuem para reduzir demandas em números sem, entretanto, solucionar os conflitos de forma definitiva.

Essa pesquisa está inserida na Linha de Pesquisa 1 e 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, e nem relegadas a condição de justiça de segunda classe. Estes instrumentos são, antes de tudo, a realização do acesso à justiça de forma desburocratizada e eficiente. E somente a leitura e reflexão constante sobre estes institutos possibilitará o aprimoramento dos mesmos.

1 BREVES NOÇÕES HISTÓRICAS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO NO BRASIL

1.1 O movimento de democratização do acesso à justiça no Brasil

O direito de acesso à Justiça foi consagrado na Constituição Brasileira de 1946, que trazia o seguinte texto: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Na avaliação de José Afonso da Silva, acesso à Justiça é uma expressão que significa o direito de buscar proteção judiciária, o que vale dizer: direito de recorrer ao Poder Judiciário em busca da solução de um conflito de interesse. (1999, p.11)

Nessa acepção, segundo o autor, a expressão acesso à Justiça tem um sentido institucional. Essa é a significação que se encontra no inciso XXXV do art. 5º da Constituição: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. As expressões “lesão” e “ameaça a direito” garantem o livre acesso ao judiciário para postular a tutela jurisdicional seja de forma preventiva seja de forma repressiva.

Pedro Lenza, entretanto, critica a forma indireta pela qual foi apresentada a garantia do direito à jurisdição por meio da expressão “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário”, que provavelmente foi adotada como reação aos atos arbitrários que excluíam a lesão a direito da apreciação do Poder Judiciário. Melhor seria, na avaliação do autor, que o referido princípio fosse prescrito na forma direta, como feito nas constituições da Itália, Alemanha, Portugal e Espanha.(2014, pág 1.103)

Nas palavras de José Afonso da Silva, “acesso à Justiça não se resume na mera faculdade de se recorrer ao Poder Judiciário. Deste mesmo dispositivo emana o princípio da proteção judiciária, mais rico de conteúdo valorativo, porque constitui a principal garantia dos direitos subjetivos”(1999, p. 12)

Dessa forma, o direito de acesso à Justiça é considerado um direito social básico, mas não pode ser visto como um simples direito de acessar o Judiciário, pois o acesso à Justiça é muito mais abrangente, compreendendo o acesso a uma ordem jurídica justa, que deve ser extensiva ao maior número possível de pessoas².

Para José Renato Nalini durante um longo período acesso à Justiça foi entendido por acesso aos tribunais. Entretanto, segundo ele:

Uma constituição cujo preâmbulo abriga a intenção de instituir um estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos e que elege a justiça como um dos valores supremos de uma sociedade, que se pretende fraterna e pluralista, não poderia também deixar de assegurar a inafastabilidade do controle jurisdicional.
(1997)

No artigo “As novas perspectivas no acesso à justiça” José Renato Nalini analisa três das inúmeras causas que obstam a ampliação do acesso à justiça: o desconhecimento do Direito; a pobreza; e uma visão bastante singular da lentidão do processo. Para o autor, antes de se falar em aplicação do direito, há que se falar em conhecimento do direito e nesse aspecto o papel dos juízes e dos tribunais é de fundamental importância, seja para a criação de campanhas, cartilhas ou por meio de técnicas de atendimento facilitado por parte dos Tribunais. “A clareza pode fazer muito para ampliar o acesso à justiça, pois facilitará o acesso ao direito. E direito acessível é, primeiro, direito inteligível” (NALINI, 1997)

Para Cândido Dinamarco, acesso à justiça representa mais do que o ingresso no processo e o acesso aos meios que ele oferece. O acesso à justiça é o problema ligado à abertura de vias de acesso ao processo, tanto para a postulação de provimentos como para resistência. (1987, p 52).

Assim, acesso à justiça não pode ser entendido apenas como o acesso ao poder judiciário, e sim como uma garantia de que o judiciário estará receptivo para a defesa de

² Neste sentido, a resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, ao dispor sobre as formas adequadas de resolução de conflitos se apropria deste conceito ampliando-o à medida que busca a pacificação social ao propor uma política pública permanente de incentivo aos mecanismos consensuais..

todos os direitos. Acesso à justiça é acesso a uma justiça eficaz e acessível a todos, que fornece as respostas às demandas dentro de um prazo razoável e que proporcione aos usuários da justiça a real satisfação de seus direitos.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha buscado ampliar o acesso à justiça, tal iniciativa não foi acompanhada do adequado aumento na estrutura dos órgãos prestadores de jurisdição. Para Maria Teresa Sadek, o crescimento nos índices de procura pela justiça do Estado está relacionado às taxas de industrialização e ao processo de urbanização. O incremento desses indicadores provoca aumento na quantidade e na variedade dos conflitos, o que se reflete imediatamente no aumento da demanda judicial.

Para Kazuo Watanabe, no artigo “Cultura da sentença e cultura da pacificação”, publicado no livro Estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover, no Brasil vigora a cultura da sentença, que se consolidou no País, devido a diversos fatores, entre os quais se destacam o aspecto cultural, uma vez que por longo período os métodos informais de solução de conflitos eram comuns às sociedades primitivas e tribais ao passo que o processo jurisdicional, como o conhecemos, representava uma conquista da civilização, à formação acadêmica dos operadores de direito, essencialmente voltada para a solução contenciosa, sem que haja investimento na formação e treinamento de profissionais voltados à solução não contenciosa. (WATANABE, 2005, P27)

Para o autor, a mentalidade forjada nas academias é a de solução adjudicada pelo juiz, inclusive com preconceito deste com relação aos meios alternativos por sentir que seu poder ficará comprometido se pessoas não pertencentes ao poder judiciário puderem solucionar os conflitos de interesses. Há ainda, segundo ele, a falsa percepção de que a função de conciliar é atividade menos nobre.

Mauro Cappelletti no artigo “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”, defende que o movimento universal de

acesso à justiça, foi por décadas uma manifestação importante de um novo enfoque tanto da ciência jurídica quanto da reforma legislativa em vários países do mundo.

Esse movimento criou uma nova e poderosa visão repudiando o enfoque formalístico que prevaleceu por muito tempo nos países ocidentais, especialmente na Europa, que identificava o direito como um sistema de normas produzidas pelo Estado, que ignorava seus componentes reais como, sujeitos, instituições, processos e o contexto social. (CAPPELLETTI, 1992, p.82)

Dessa forma, o movimento de acesso à justiça como enfoque teórico entende a componente normativa, não como o mais importante ou o único elemento, mas como um dos aspectos do direito.

Para Cappelletti:

O resultado do enfoque do acesso à justiça é uma concepção “contextual” de direito. Em vez de uma concepção unidimensional, pela qual o direito e ciência jurídica se limitam à declaração das normas, afirma-se uma concepção tridimensional: uma primeira dimensão reflete o problema, necessidade ou exigência social que induz à criação de um instituto jurídico; a segunda dimensão reflete a resposta ou solução jurídica, por sinal uma resposta que, além das normas, inclui as instituições e processos destinados a tratar daquela necessidade, problema ou exigência social, enfim, uma terceira dimensão encara os resultados ou o impacto, dessa resposta jurídica sobre a necessidade, problema ou exigência social. O papel da ciência jurídica, aliás o papel dos operadores do direito em geral, torna-se assim mais complexo, porém, igualmente muito mais fascinante e realístico” (CAPPELLETTI, 1992, p.83).

Para o jurista italiano, é um dever contribuir para fazer com que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, os problemas e as aspirações atuais da sociedade civil. Entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios tradicionais sempre que sejam muito caros, lentos e inacessíveis ao povo.

1.2 Legislação sobre métodos alternativos no Brasil

A proposta de institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos ganha relevância no Brasil a partir da década de 1990, apesar do posicionamento contrário dos operadores do direito, que tinham receio de perder o controle do processo e a clientela. (RODRIGUES JUNIOR, 2006, p. 161).

Na década anterior já havia a intenção de adotar a conciliação e a mediação como ferramentas do processo civil e, assim a conciliação foi inserida na Lei 7.244/84, posteriormente substituída pela Lei 9099/95, que regulamentou os juizados especiais cíveis e criminais, e trazia a previsão de conciliação das partes entre os artigos 21 e 26:

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 consequências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei.

Art. 22. A conciliação será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo.

Art. 23. Não comparecendo o demandado, o Juiz togado proferirá sentença.

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

§ 1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução.

§ 2º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos.

Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade.

Art. 26. Ao término da instrução, ou nos cinco dias subsequentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz togado para homologação por sentença irrecorrível.

No mesmo sentido, em 1997 foi criado o Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem (Conima) para estimular projetos que buscavam promover o diálogo

entre o Estado e sociedade civil. Assim mesmo sem uma legislação específica a mediação e a conciliação começaram a se disseminar.

Em 1998 o projeto de Lei 4.827 de autoria da deputada Zulaiê Cobra foi a primeira iniciativa de ordenamento da mediação no território nacional. Esse projeto institucionalizava e disciplinava a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos.

O projeto de Lei 4.827 tinha a seguinte redação:

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 orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos.

Parágrafo único. É lícita a mediação em toda matéria que admita a conciliação, reconciliação, transação, ou acordo de outra ordem, para os fins que consinta a lei civil ou penal.

Art. 2º Pode ser mediador qualquer pessoa capaz e que tenha formação técnica OU experiência prática adequada à natureza do conflito.

§ 1º Pode sê-lo também a pessoa jurídica que, nos termos do objeto social, se dedique ao exercício da mediação por intermédio de pessoas físicas que atendam às exigências deste artigo.

§2º No desempenho de sua função, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo.

Art. 3º A mediação é judicial ou extrajudicial, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Art. 4º Em qualquer tempo e grau de jurisdição: I - pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem à mediação extrajudicial, ou, com a concordância delas designar mediador suspendendo o processo pelo prazo de até três meses, prorrogável por igual período.

Parágrafo único: o mediador judicial está sujeito a compromisso, mas pode escusar-se ou ser recusado por qualquer das partes, em cinco dias da designação, aplicando-se-lhe, no que caibam, as normas que regulam a responsabilidade e a remuneração dos peritos.

Art. 5º Ainda que não exista processo, obtido o acordo, este poderá, a requerimento das partes, ser reduzido a termo e homologado por sentença, que valerá como título executivo judicial ou produzirá os outros efeitos jurídicos próprios de sua matéria.

Art. 6º Antes de instaurar processo, o interessado pode requerer ao juiz que, sem antecipar-lhe os termos do conflito e de sua pretensão eventual, mande intimar a parte contrária para comparecer a audiência de tentativa de conciliação ou mediação. A distribuição do requerimento não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Em 2004, a Emenda Constitucional 45 imprimiu sensíveis inovações no sistema judicial brasileiro, tornando-o mais acessível e ágil. Entre as principais alterações introduzidas pela EC 45 sobre o funcionamento da justiça, destacam-se: (I) razoável duração do processo; (II) proporcionalidade entre o número de juízes na unidade jurisdicional e a efetiva demanda judicial e a respectiva população; (III) funcionamento ininterrupto da atividade jurisdicional; (IV) distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição; (V) criação do Conselho Nacional de Justiça.

Essas alterações tiveram como finalidade viabilizar tanto o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, quanto o acesso à ordem jurídica justa, a qual se caracteriza pelo direito à informação; pelo direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do País; pelo direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada, formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; pelo direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e pelo direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a uma justiça que tenha tais características (WATANABE, 1996).

Entretanto, os contornos mais evidentes do estímulo ao desenvolvimento dos meios consensuais de solução de conflitos ocorreram com a edição da Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que objetivou consolidar a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses. A Resolução 125 que se tornou um marco na história do judiciário ao oferecer soluções para a demanda excessiva do Poder Judiciário.

O CNJ, ao estabelecer a Resolução 125 teve como objetivo primordial a instituição de uma política pública de solução de conflitos, com intuito de promover a pacificação social de forma abrangente, dando um tratamento adequado os litígios e desafogando o judiciário do grande número de demandas que poderiam ser resolvidas através da mediação e conciliação.

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 autocompositiva³.

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).

A implantação da Política Judiciária Nacional de Tratamento de Conflitos tem previsão na Resolução 125 de 2010, 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, que também 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) que há necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;
- d) que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios.

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Justiça em números 2019 (ano-base 2018). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros/>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

Quanto ao último ponto, O CNJ destaca que “os programas consensuais de solução de litígios já implementados no País tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos, e a execução de sentenças”.

Para Daniela Gabbay, Diego Faleck e Fernanda Tartuce, no livro Meios Alternativos de Solução de Conflitos:

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)

Cabe ressaltar que antes mesmo da implantação da Política Judiciária Nacional de Tratamento de Conflitos em 2010, a conciliação já vinha sendo adotada como política no Brasil desde 2006 através da estruturação do Movimento pela Conciliação, que ocorreu 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.

Depois da resolução 125 de 2010, o novo Código de Processo Civil, de 2015, também regulamentou a partir do artigo 165 as diretrizes e o procedimento da mediação no âmbito judicial. No mesmo ano foi publicada a Lei 13.140, que dispõe sobre a mediação, contribuindo para um ambiente favorável à propagação da utilização da mediação e da conciliação no País.

Quanto às perspectivas para o avanço dos meios alternativos no Brasil, nota-se que são promissoras, mas para que se consolidem é necessário que a cultura do litígio seja transformada em uma cultura pacificadora, o que, como veremos adiante, passa pela transformação do operador do direito, que ainda tem sua formação construída na cultura do litígio.

Também é necessário um monitoramento permanente destes instrumentos por meio de ouvidorias e pesquisas de qualidade que possam auferir a satisfação dos usuários, bem como o fomento de políticas públicas que incentivem o uso da mediação e da conciliação em diversos espaços da sociedade.

1.3 Métodos alternativos de solução de conflitos no Código de Processo Civil

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 começará 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:

“O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (artigo 3º, §2º) e que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Pùblico, inclusive no curso do processo judicial” (§3º)

Tal previsão legal impõe uma nova forma de atuação jurisdicional, em especial porque o legislador adotou a concepção Multiportas, idealizada por Frank Sander, que direciona os processos que chegam a um tribunal para os métodos mais adequados de resolução de conflitos, economizando tempo e dinheiro tanto para os tribunais quanto para os participantes ou litigantes. O sistema Multiportas será melhor analisado no próximo capítulo.

Dessa forma, o CPC/2015 emprega a conciliação quando não há vínculo anterior entre as partes (como, por exemplo, nas lides de consumo) e utiliza-se a mediação quando há vínculo anterior entre as partes (em casos de litígios de família).

O CPC garante natureza jurídica jurisdicional aos mecanismos autocompositivos em especial pela inclusão dos mediadores e conciliadores judiciais entre os auxiliares da Justiça, e, de acordo com o artigo 166, define que a atuação dos mediadores deve ser pautada pelos princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e da decisão informada.

Na mesma linha, a Lei da Mediação destaca, no artigo 2.º, que a mediação será orientada pelos seguintes princípios: imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade; boa-fé.

Na avaliação de Fernanda Tartuce:

A observância dos princípios da mediação é crucial para que sua prática seja realizada de forma adequada em proveito das pessoas em crise. Jurisdicionados e advogados brasileiros padeceram de muitas mazelas ao longo dos anos por conta de práticas enviesadas que, apesar de denominadas conciliatórias, não respeitavam princípios nem técnicas, revelando uma perversa busca de extinção de processos judiciais a qualquer custo. (Tartuce, 2018 p.213)

Para Tartuce, a mediação permite que o indivíduo decida os rumos da controvérsia e protagonize uma saída consensual para o conflito: ao incluir o sujeito como importante ator na abordagem da crise, valoriza-se sua percepção e considera-se seu senso de justiça. “Como facilmente se percebe, a autonomia da vontade está ligada à dignidade e à liberdade. O tema da autonomia traz a mente um ponto importante: a voluntariedade” (TARTUCE, 2018, p.213).

A voluntariedade é o aspecto essencial da mediação. Assim, a conversa só pode ser realizada se houver aceitação expressa dos participantes; eles devem escolher o caminho consensual e aderir com disposição à mediação do início ao fim do procedimento.

Já a informalidade pode favorecer a comunicação tanto entre as pessoas em conflito como entre elas e o mediador; afinal, havendo maior descontração e tranquilidade, facilita-se o encontro de uma composição favorável a ambas as partes, uma vez que a informalidade permite relaxamento, descontração e tranquilidade; tais sentimentos colaboram para o desarmamento dos espíritos e otimizam as chances de resultarem soluções consensuais.

A independência é associada à autonomia pelo Código de Ética de Mediadores e conciliadores judiciais da Resolução 125/2010, que define que a diretriz da independência sinaliza que conciliadores e mediadores não devem sofrer interferências capazes de reduzir sua atuação perante as partes; por tal razão, durante seu desempenho eles possuem autonomia para conduzir a negociação da melhor forma e no interesse dos litigantes, desde que não excedam os limites legais, morais ou impostos pelos próprios envolvidos

A respeito da oralidade, expor oralmente os fatos é importante para que as partes tenham voz ao abordar suas perspectivas e possam se sentir efetivamente escutadas. Na mediação a proposta é que o indivíduo possa falar sobre a situação controvertida com liberdade e sem formalismo. “Neste contexto, a técnica de escuta ativa configura importante instrumento; por meio do qual busca-se valorizar o sentido do que é dito a fim de compreender o que foi exposto pelo interlocutor” (TARTUCE, 2018, p 223).

Neste aspecto, há um ponto amplamente discutido quanto à figura do mediador que gira em torno do questionamento se ele deve ler os documentos do processo antes da sessão consensual. Para Tartuce, pelo prisma da oralidade, a resposta tende à negativa, uma vez que a proposta da mediação é permitir que as partes assumam sua voz e contem suas percepções.

“A iniciativa de evitar ler os autos permite que o foco seja a escuta direta das pessoas em relação às suas necessidades e aos seus interesses”. (TARTUCE, 2018, p 224)

Quanto à imparcialidade, ela representa um distanciamento, bem como a ausência de comprometimento em relação aos envolvidos no conflito. A imparcialidade é determinante para que seja reconhecida como válida a atuação do terceiro que intervém no conflito. Dessa forma, terceiro imparcial deve ser completamente estranho às disputas, não podendo também estar ligado às partes litigantes por relações pessoais.

Sobre o tema Lilia Maia de Moraes Sales assim defende:

É função do mediador ajudar as partes a reconhecerem os reais conflitos existentes, produzindo as diferenças com o outro e não contra o outro, criando assim novos vínculos entre elas [...]. A intervenção do mediador, manipulando a argumentação, e daí a decisão, descharacteriza a mediação, pois a igualdade de oportunidade do diálogo é imprescindível a esse procedimento (SALES, 2003 p.48)

No artigo 168 do CPC está previsto o direito de as partes escolherem, em comum acordo, um mediador para atuar no processo. Aceita a petição inicial pelo juiz, será caso de audiência de conciliação e mediação após a citação do réu. O CPC prevê que a dispensa da audiência será possível em duas hipóteses: se ambas as partes de comum acordo desistirem ou quando a lide não admitir autocomposição.

Já o artigo 334 estabelece as regras para as audiências de conciliação e mediação, que deverão ser designadas com antecedência mínima de 30 (trinta) dias pelo juiz. As audiências serão agendadas com intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre elas, e não há limite para o número de audiências, desde que elas ocorram no prazo de 2 (dois) meses da data da primeira sessão. A renovação das sessões ocorre com o objetivo de satisfação das partes, visto que a finalidade das audiências é a autocomposição.

O CPC trouxe como novidade a possibilidade de a audiência de conciliação e mediação ser realizada por meio eletrônico, conforme artigo 334, § 7º. E ainda que esteja

prescrita a exigência da presença física das partes e procuradores na audiência, é possível a dispensa das partes, que poderão ser representadas por um preposto ou pelo próprio advogado. O representante deverá ter procuração com poderes especiais para realizar a autocomposição. O não comparecimento injustificado das partes será considerado ato atentatório à dignidade da justiça. Nesta hipótese será cobrada multa de até 2% o valor da causa. Essa cláusula será estudada adiante, no capítulo 3 deste trabalho.

As características intrínsecas dos processos autocompositivos abraçados pelo Código de Processo Civil de 2015, como podem ser examinadas na tabela a seguir, impõem mudanças significativas também na gestão desses processos e de seus encaminhamentos.

Processos autocompositivos	Processos heterocompositivos
Prospectivos	Retrospectivos
Foco em soluções	Foco em culpa
Disputa deve ser resolvida	Disputa deve ser vencida
Enfoque pluralista	Enfoque monista
Uso pragmático do direito	Uso dogmático do Direito
Formalismo definido pelo usuário	Formalismo definido pelo prestador
Linguagem e regras simplificadas	Linguagem e regras tradicionais
Participação ativa das partes	Participação ativa dos operadores do direito
Advogados direcionados a contribuir com soluções negociadas	Advogados direcionados a atuar no processo para vencer
Foco em interesses	Foco em direitos e fatos
Processo humanizado	Processo Positivado

Fonte: Manual de Mediação Judicial

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.

1.4 O acesso à justiça e os meios alternativos de solução de conflitos

A obra “Acesso à justiça”, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, elaborada em 1988 é uma importante referência sobre o tema⁴. Originado a partir do “Projeto Florença de Acesso à Justiça” uma revolucionária pesquisa sobre as experiências realizadas em diversos países, o livro serviu como ponto de partida para uma série de estudos e reformas processuais envolvendo o tema.

Ao tratar da evolução do conceito teórico de acesso à justiça, os autores reconhecem que tem havido uma importante transformação. O Estado, que nos séculos XVIII e XVIV, permanecia passivo em relação à possibilidade de uma pessoa defender seus direitos, passa a ter que atuar de forma positiva, a medida que os cidadãos vão ganhando novos direitos, como os sociais: “De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais”, concluem os autores. (Cappelletti e Garth, 1988, p.11).

Sob esse novo prisma, o acesso à justiça passa a ser analisado como o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir os direitos de todos. E mais, este novo enfoque demanda dos processualistas modernos a ampliação de suas pesquisas para além dos tribunais, uma vez que agora “acesso” é mais que um direito fundamental, é o ponto central da moderna processualística.

Os autores entendem que a expressão acesso à justiça não é de fácil definição, mas que serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: como o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob a tutela do

⁴ O estudo feito por Cappelletti e Garth foi encomendado pela Organização das Nações Unidas (ONU) para que através de uma análise comparada fossem analisados os principais obstáculos que devem ser superados para que as sociedades alcancem o verdadeiro acesso à justiça.

Estado (e que deve ser acessível de modo a alcançar a todos); e como sistema que deve produzir resultados justos tanto no âmbito individual quanto no social.

No estudo realizado por Cappelletti e Garth, foram analisadas diversas situações em vários países sobre como os Estados atribuíam à população o acesso à justiça. A partir do diagnóstico dessas experiências os pesquisadores desenvolveram a teoria conhecida como “ondas renovatórias do acesso à justiça”. Há três ondas renovatórias, segundo os autores. A primeira onda trata da assistência judiciária gratuita, a segunda onda se pauta nos interesses difusos, enquanto a terceira onda renovatória busca uma reforma interna do processo civil que deve ser caracterizada na efetividade da tutela jurisdicional prestada aos cidadãos.

Dessa forma, a primeira onda renovatória tem seu enfoque no acesso à justiça, especialmente para os cidadãos hipossuficientes. Para essas pessoas, a falta de conhecimento acerca de seus próprios direitos, a falta de um advogado e a obrigatoriedade do pagamento de custas para acessar o Judiciário são os principais obstáculos na efetivação de seus direitos. Nesse sentido, é notória a desvantagem dos mais pobres na afirmação de sua cidadania. Como relatam os autores, “um exame dessas barreiras ao acesso, como se vê, revelou um padrão: os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres”(1988, p.31)

Em uma apertada síntese, para Cappelletti e Garth, resolvidas as problemáticas diagnosticadas nas três ondas, seria possível um acesso amplo e irrestrito à Justiça.

Para combater essa situação, Cappelletti e Garth apontam que a maior realização das reformas na assistência judiciária foi a criação do sistema *judicare*, adotado por alguns países ocidentais, que consistia na utilização de advogados particulares custeados pelo poder público, com o objetivo de proporcionar uma representação igualitária aos pobres”. Apesar de conter uma proposta boa, esse sistema também se apresentou falho, pois os advogados que auxiliavam as populações de baixa renda atuavam apenas na esfera dos interesses individuais, e a população continuava sem informações sobre os seus direitos.

Sobre a primeira onda os autores concluem que a assistência judiciária não pode ser vista como um único aspecto ao se buscar o acesso à justiça; que devem ser remunerados adequadamente os serviços jurídicos prestados pelos profissionais às pessoas em situação de pobreza, sob o risco de desinteresse dos profissionais e também da queda da qualidade dos serviços prestados, que era necessária uma maior atenção às questões cujas causas eram de pequeno valor, bem como às questões envolvendo direitos difusos relativos ao meio ambiente e consumidor.

A segunda onda renovatória discute os problemas para a concretização da defesa de direitos difusos e coletivos, uma vez que não havia legislação suficiente e voltada para esse tipo de demanda. Ela surge da necessidade de se superar o obstáculo da falta de mobilização social e da capacidade organizativa, da coletivização da tutela jurisdicional para os direitos difusos.

Os autores estudam as iniciativas dos Estados Unidos, onde foram implantadas ações coletivas e as ações de interesses públicos para dar mais efetividade ao acesso à jurisdição. A *class actions* americana possibilitava a um litigante representar uma classe de pessoas em uma determinada demanda, evitando os custos decorrentes da criação de uma organização permanente, o que garantia economia e aumentam o poder de negociação dos membros da classe. Dessa forma, as *class actions* trouxeram vantagens para os litigantes de grupos ou de interesses específicos.

A terceira onda de acesso à justiça trata da modificação do sistema de acesso à justiça saindo do lugar “do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça”(CAPPELLETTI E GARTH, 1988, pág. 67). O objetivo dessa onda era promover a exploração de uma ampla variedade de reformas, com destaque para as formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais e criação de novos tribunais. Essa onda levou em consideração o esgotamento do Poder judiciário, com dificuldades crescentes para

responder de forma adequada ao crescente aumento da litigiosidade decorrente da multiplicação de novos direitos.

Seu objetivo é que independentemente de qual aspecto do direito necessite de tutela, esta deverá estar disponível. Cabe à terceira onda renovatória transpor o tradicionalismo processual de tutela puramente individual. É preciso desenvolver o direito e o processo civil para que todas as formas de tutela sejam abrangidas e possam ser devidamente representadas em juízo.

O termo acesso à justiça possui diferentes perspectivas. Na perspectiva do cidadão, pode-se dizer que acesso à justiça é direito de falar e ser ouvido; é direito de acesso a um serviço público; é exercício de cidadania. Para a sociedade, acesso à justiça é uma tutela jurisdicional que seja efetiva e eficaz. E, partindo da premissa de que o exercício da jurisdição se trata, também, de um serviço público (ainda que em sentido lato), a sociedade tem expectativa que a tutela jurisdicional seja justa, em tempo razoável e com resultados reais e efetivos.

Para Kazuo Watanabe, o acesso à ordem jurídica deve ser qualificado a fim de garantir um acesso justo. No entanto, a “cultura das sentenças” não tem se mostrado como a forma mais assertiva para a resolução dos conflitos em razão, entre outros fatores, da morosidade do judiciário.

Na perspectiva do juiz, várias são muitas as posturas, diz José Renato Nalini:

Imbuir-se do espírito de juiz que se propõe a ampliar o ingresso das pessoas à proteção da justiça é resultado de desforço meramente pessoal. É o íntimo de suas convicções, a cena de batalha em que se contrapõem argumentos propendentes à visão clássica do julgador passivo e neutro e a assunção de um compromisso real com a concretização da justiça. A questão hoje ultrapassou a escala da mera conveniência ou já não se coloca mais como recomendação. É tema de sobrevivência institucional. Ou o Judiciário acorda para os reclamos de uma comunidade heterogênea, mas desperta, ou será substituído por alternativas menos dispendiosas, mais rápidas e eficientes de resolução dos conflitos.(2000, pág. 83)

O olhar sobre o tema “acesso” pode convergir também para a análise da postura processual. O juiz trabalha com as normas processuais postas, assim deve extrair delas tudo o que puder assegurar em termos de concretização do justo. É sua tarefa constante no exercício jurisdicional. (1997)

O direito fundamental de acesso à justiça significa tanto popularizar a justiça, garantindo ao cidadão o acesso ao judiciário por meios informais e baratos, como garantir que direitos constitucionais e direitos fundamentais sejam pauta do judiciário. O tempo é elemento essencial do processo, no entanto, apenas a preocupação em agilizar as vias processuais não garante o acesso à justiça que a constituição brasileira assegura. É preciso garantir também o acesso à decisão judicial. (RIBEIRO, 2008, p.471)

Para Elaine Botelho Junqueira, há ainda a discussão sobre o acesso coletivo à justiça. Segundo ela, o tema dos conflitos coletivos impõem-se em um primeiro momento em razão do crescente fenômeno das invasões urbanas e da incapacidade do Poder Judiciário de resolver os novos conflitos emergentes na sociedade brasileira. Em um segundo momento, prevalece a discussão sobre a garantia dos direitos difusos.

Nas palavras de Junqueira:

Ao contrário do que vinha acontecendo nos países centrais, no caso brasileiro não se tratava, pelo menos no início dos anos 80, de buscar procedimentos jurídicos mais simplificados e alternativas aos tribunais como meio de garantir o acesso à Justiça e de diminuir as pressões resultantes de uma explosão de direitos que ainda não havia acontecido. Ao contrário, tratava-se fundamentalmente de analisar como os novos movimentos sociais e suas demandas por direitos coletivos e difusos, que ganham impulso com as primeiras greves do final dos anos 70 e com O início da reorganização da sociedade civil que acompanha o processo de abertura política, lidam com um Poder Judiciário tradicionalmente estruturado para o processamento de direitos individuais (1996, pág 391)

1.5 O Conselho Nacional de Justiça e o levantamento quantitativo dos dados

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em sua atribuição legal de dar transparência e publicidade às informações relativas à atuação do Poder Judiciário brasileiro, publica anualmente o Relatório Justiça em Números com os dados estatísticos da justiça brasileira.

O 15º Relatório Justiça em Números, publicado em 2019 com dados de 2018 reúne informações dos 90 órgãos do Poder Judiciário, elencados no art. 92 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, excluídos o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça, que possuem relatórios à parte.

Aponta o relatório⁵ que Poder Judiciário finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 14,1 milhões, ou seja, 17,9%, estavam suspensos, sobrepostos ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2018 existiam 64,6 milhões ações judiciais. Tal volume representa uma queda no acervo pelo segundo ano consecutivo. (2019, p.79)

O ano de 2017 foi marcado pelo primeiro ano da série histórica em que se constatou freio no acervo, que vinha crescendo desde 2009 e manteve-se relativamente constante em 2017. Em 2018, pela primeira vez na última década, houve de fato redução no volume de casos pendentes, com queda de quase um milhão de processos judiciais. (2019, p.79). A variação acumulada nesses dois últimos anos foi de queda de 1,4%

O resultado decorre, em especial, do desempenho da Justiça do Trabalho, que praticamente manteve a produtividade do ano anterior apesar da redução de 861 mil novos processos, O relatório aponta que a redução dos processos ingressados pode estar relacionada

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Justiça em números 2019 (ano-base 2018). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros/>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

à reforma trabalhista aprovada em julho de 2017, tendo entrado em vigor em novembro de 2017. (2019, p.79)

Com relação às justiças Estadual e Federal, o estoque permaneceu quase constante nos últimos 2 anos. Já nos Tribunais Superiores, houve redução significativa no Superior Tribunal de Justiça, de 11,9%, e no Tribunal Superior Eleitoral, menos 39,1%.

Durante o ano de 2018, em todo o Poder Judiciário, ingressaram 28,1 milhões de processos e foram baixados 31,9 milhões. Houve decréscimo dos casos novos em 1,9%, com aumento dos casos solucionados em 3,8%. A demanda pelos serviços de justiça no ano de 2018 ficou próxima ao patamar aferido em 2012 enquanto o volume de processos baixados atingiu, no último ano, o maior valor da série histórica.

Durante o ano de 2018, foram proferidas 32 milhões de sentenças e decisões terminativas, com aumento de 939 mil casos (3%) em relação à 2017. Registra-se, também, crescimento acumulado de 36,8% da produtividade em 10 anos.

Quanto ao acesso à Justiça, a demanda da população pelos serviços da justiça e das concessões de assistência judiciária gratuita nos tribunais mostrou que de cada grupo de 100.000 habitantes, 11.796 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2018. Neste indicador, são computados somente os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais, excluindo, portanto, da base de cálculo as execuções judiciais iniciadas

O percentual de casos solucionados com o benefício foi de 34% no ano de 2018. A concessão da assistência gratuita judiciária tem crescido ao longo dos últimos 4 anos, quando o índice passou a ser calculado. O índice foi de 27% em 2015, de 32% em 2016, 33% em 2017 e de 34% em 2018, ou seja, um aumento de 6,7 pontos percentuais no período. (2019. p.84)

Outros indicadores mostram que durante o ano de 2018, apenas 16,2% do total de processos novos ingressaram fisicamente e 20,6 milhões de casos novos eletrônicos; e que a

produtividade dos magistrados e servidores subiu nas duas instâncias. No 1º grau o índice de produtividade por magistrado aumentou em 3,2% e no 2º grau, em 11,5%.

Já o índice de conciliação – obtido pelo percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas – mostra que em 2018 foram 11,5% sentenças homologatórias de acordo, valor que reduziu no último ano após o crescimento registrado nos dois anos anteriores.

A Justiça que mais faz conciliação é a Trabalhista, que solucionou 24% de seus casos por meio de acordo, valor que aumenta para 39% quando apenas a fase de conhecimento de primeiro grau é considerada.

Na fase de conhecimento dos juizados especiais, o índice de conciliação foi de 16%, sendo de 18% na Justiça Estadual e de 11% na Justiça Federal. Na execução dos juizados especiais, os índices são menores e alcançam 13%.

A conciliação é uma política adotada pelo CNJ desde 2006, com a implantação do Movimento pela Conciliação em agosto daquele ano. No final do ano de 2018 e início de 2019 importantes avanços ocorreram na área, com fortalecimento do programa “Resolve”, que visa a realização de projetos e de ações que incentivem a autocomposição de litígios e a pacificação social por meio da conciliação e da mediação. (2019, p.143).

Uma breve análise dos dados estatísticos apurados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostra que a institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos tem contribuído para aliviar a carga do judiciário nacional, que vinha crescendo até 2017.

1.6 Avaliação empírica da mediação e da conciliação

Em 2019 foi publicada a pesquisa “Mediação e conciliação avaliadas empiricamente” realizada pela Universidade de São Paulo (USP) para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O trabalho foi realizado com o objetivo de ressaltar os aspectos positivos da conciliação e da mediação por meio de uma avaliação quantitativa e qualitativa de todos os processos componentes da base de dados.

Para isso foram coletados todos os dados referentes aos processos em que houve conciliação ou mediação nos estados Ceará, São Paulo, Paraná, Rio de Janeiro e Piauí com a finalidade de se investigar o fluxo e a forma de gestão dos processos da Justiça Estadual de primeiro grau (comarcas e varas do interior e da capital), com relação à existência de conciliação e/ou mediação.

Entre os objetivos específicos do trabalho, destacam-se: a) identificar e analisar os fatores relevantes para o sucesso de uma conciliação e/ou mediação; b) compreender o fluxo de trabalho (processos de gestão) de um processo de conciliação e/ou mediação; c) propor ações para a organização e uniformização dos serviços de conciliação e mediação; d) Propor ações educativas para aplicação à prestação jurisdicional. (2019, p.15)

Apenas nos estados do Piauí, de São Paulo e do Rio de Janeiro foi possível a coleta completa dos movimentos de cada um dos processos componentes da base de dados. Foram analisados 11,8 milhões de movimentos referentes a 256.056 processos. Como principais resultados, foi observado que: (a) processos homologados têm média de duração menor do que processos não homologados, mesmo considerando classes, assuntos e cidades; (b) processos homologados apresentam menor quantidade de movimentos por processos do que processos não homologados. (2019, p.39)

Dos 256.056 processos analisados, 22.276 são processos finalizados por homologação, o que significa que passaram por algum procedimento de conciliação ou mediação (serão chamados apenas “processos homologados” de ora em diante) e 233.780 processos finalizados por sentença (chamados “processos não homologados”). Assim, o percentual de processos homologados observado é igual a 8,7%. (2019, p.91)

De acordo com a metodologia adotada na pesquisa, considera-se que os processos finalizados por uma sentença homologatória passaram por algum tipo de mediação ou conciliação e, mesmo que o procedimento tenha ocorrido fora do Judiciário (no escritório dos advogados, por exemplo), a máquina judicial foi movimentada e, portanto, teve algum papel no desfecho do processo. Assim, considera-se que a taxa de conciliação na média para os três estados analisados é de 8,7%,

Entende-se que se trata de uma parcela bastante baixa e que há ainda muito espaço para aperfeiçoamento de técnicas e de política judiciária e institucional e da cultura social para que se alcance uma taxa maior de sucesso com relação a conflitos solucionados por conciliação e/ou mediação. A proporção de processos homologados é maior para as cidades do estado de São Paulo, chegando ao percentual de acordos de 20,6%. Na amostra do Rio de Janeiro o percentual de homologados é 3,3% e no Piauí é 1,5%.

De acordo com a pesquisa, é desejável que um processo seja finalizado por um acordo entre as partes pois só assim conflito é definitivamente resolvido, contribuindo para a pacificação social e redução de conflitos como um todo, com um efeito duradouro e que resultará em uma diminuição dos litígios a serem solucionados pelo Judiciário a longo prazo. Ademais, a resolução de conflitos por meio de acordo proporciona às partes uma sensação maior de justiça, uma vez que essas podem chegar à composição do litígio de forma a contemplar as visões e vontades de ambas, a fim de que nenhuma parte se sinta lesada.

A duração média observada no conjunto de todos os processos foi igual a 1.019,5 dias, o que corresponde a 2,8 anos aproximadamente. Considerando a análise por tipo de processo, observa-se que a duração média de processos homologados é 585 dias (aproximadamente 1 ano e meio) enquanto que para processos não homologados a duração média é 1.061 dias (aproximadamente 3 anos). Como resultado, em média, o tempo de duração de processos homologados é aproximadamente a metade do tempo de duração de processos não homologados.(2019, p.96)

O papel dos advogados e a atuação dos mediadores também foram mencionados durante as entrevistas. Alguns entrevistados afirmaram que os advogados mais auxiliam durante as sessões de conciliação e outros afirmaram que atrapalham. Não é conclusiva a opinião a esse respeito. Porém, é importante verificar que, independentemente de opinião positiva ou negativa, todos concordam que há uma grande influência dos advogados.

Sob esse ponto, muitos entrevistados mencionaram que é necessário mudar a percepção dos advogados sobre a conciliação. Eles entendem que boa parte deles não conhece muito bem o instituto e que, por isso, acabam mal utilizando, entendendo que se trata de um meio de produção de prova, por exemplo. É urgente que a OAB (Ordem dos Advogados Brasileiros) seja instada a divulgar, entre os advogados, as informações sobre a importância da conciliação. Um aspecto muito mencionado se refere à preocupação dos advogados com seus honorários e com o fato de quererem demonstrar aos seus clientes que estão ali para defender seus interesses.(2019, p.169)

Quanto aos mediadores, muitas vezes foi mencionada a possibilidade de remuneração do conciliador prevista na Resolução nº 125 do CNJ. Muitos servidores mencionaram que, em razão da expectativa de ganho, muitas pessoas se apresentaram como voluntários e que atualmente, com a inexistência de remuneração, tem sido difícil de encontrar conciliadores., sendo que uma pequena parcela aparece apenas para poder completar o estágio dos cursos de conciliação ou para cumprir com o tempo de prática jurídica necessário para prestarem concursos. Os pesquisadores não encontraram, nos estados visitados, nenhum caso de conciliador remunerado.

No estado do Paraná os conciliadores são, em regra, serventuários da justiça que atuam como conciliadores no contra turno e recebem horas extras por tal trabalho. Nos demais tribunais, esse trabalho é feito ou por servidores no exercício de suas funções (alguns casos no estado de São Paulo, no Ceará e no Piauí) ou por voluntários que se disponibilizam para realizar essas conciliações, algumas vezes no intuito de conseguir tempo de exercício de

prática jurídica para concursos, como estágio durante a faculdade ou ainda por simples “amor à causa”.

Dados qualitativos ainda apontam para a cultura do local: principalmente no estado do Paraná, juízes com experiências em comarcas distintas apontaram que a ascendência dos habitantes impacta significativamente nas chances de acordo. Juízes do estado do Piauí mencionaram, ainda, as características socioeconômicas e nível de escolaridade da comunidade (em regra, entendem ser mais fácil conciliar com pessoas “mais simples”).

As hipóteses levantadas pelos pesquisadores e as respostas obtidas ao final da pesquisa foram as seguintes: (2019,p.176)

a) Hipótese: Há diferenças nas chances de sucesso da conciliação ou mediação com relação ao prazo de duração dos processos. Resultado: Sim, os dados quantitativos corroboram a hipótese de que os processos resolvidos consensualmente são solucionados na metade do tempo que os processos não conciliados.

b) Hipótese: Há diferenças nas chances de sucesso da conciliação ou mediação com relação aos valores inicialmente solicitados e negociados. Resultado: De forma geral, os participantes afirmaram não observar relação direta entre os valores litigados com o resultado final. Por outro lado, diante da indisponibilidade de dados quantitativos a respeito dos valores inicialmente solicitados e valores negociados, não é possível chegar a uma conclusão sobre esse aspecto.

c) Hipótese: Há diferenças nas chances de sucesso da conciliação ou mediação com relação à matéria envolvida. Resultado: Há consenso entre os participantes de que há mais chances de sucesso da conciliação e mediação em matérias de direito de família, 100% dos entrevistados prestaram essa informação. Em segundo lugar, são mencionados os casos de direito do consumidor e dano moral. Em contraposição, os participantes, de forma geral,

afirmaram que as matérias com menor chance de acordo são aquelas relacionadas aos bancos em geral.

A análise jurimétrica (dados quantitativos), todavia, apresenta matérias bancárias dentre as que mais conciliam. No entanto, ao conciliar os dois estudos, quantitativo e qualitativo, nota-se que tais números se relacionam mais com a grande litigiosidade nesse assunto (afinal, os bancos são os maiores litigantes no Brasil) do que propriamente com a eficiência em promover acordos. Outrossim, os dados coletados dos tribunais confirmam a hipótese de que assuntos que versem sobre direito de família também estão entre as principais matérias cujos processos são resolvidos consensualmente.

d) Hipótese: Há diferenças nas chances de sucesso da conciliação ou mediação com relação à característica socioeconômica da região. Resultado: Não há menção direta a essa hipótese nas falas dos participantes. Contudo, durante as visitas, foram observadas diferenças significativas dentro e entre estados com relação à infraestrutura disponível para a conciliação e mediação. Como a infraestrutura afeta diretamente o resultado do acordo, pode-se dizer que, nessa perspectiva, há influência das características socioeconômicas da região com relação às chances de sucesso da conciliação ou mediação. Por outro lado, foram citados exemplos muito interessantes de superação das dificuldades vivenciadas com a restrição de recursos humanos e materiais, por iniciativas individuais de juízes e conciliadores.

e) Hipótese: Há diferenças nas chances de sucesso de conciliação ou mediação em relação às características das partes. Resultado: Os participantes argumentaram, de forma geral, que pessoas físicas têm mais chances de sucesso na conciliação. Pessoas jurídicas, principalmente bancos e pessoas jurídicas de grande porte em relações de consumo (telecomunicações, por exemplo), são apontadas como mais resistentes à conciliação. Como justificativas, afirmam que essas pessoas jurídicas não aceitam abrir precedentes e enviam prepostos sem poder algum de decisão para as audiências.

Quando foi criado o expediente de aplicação de multas para obrigar que uma proposta fosse feita, as partes começaram a levar propostas não factíveis, com o intuito exclusivo de não receberem a multa. O poder aquisitivo também foi indicado como fator influenciador do desfecho. Nesse contexto, há a percepção de que quanto maior o poder aquisitivo, mais difícil é a realização do acordo. Fatores como personalidade e o envolvimento emocional com a causa foram também mencionados como influenciadores do acordo final.

Por fim, os pesquisadores apontaram algumas propostas de ação com base nos elementos que emergiram das opiniões dos juízes, conciliadores, servidores e advogados. As propostas estão divididas em duas dimensões: a) dimensão interna do Poder Judiciário, b) ambiente externo. (2019, p.179).

São sugestões para a dimensão interna:

a) Para promover a mudança de cultura, caberia à instituição organizar conjuntos de ações integradas de valorização da mediação e conciliação. Esse conjunto de ações pode incluir;

I) Manuais de “melhores práticas”

II) estímulo à realização de mutirões de conciliação e mediação, como já são feitas as semanas de conciliação (muito elogiadas nos relatos).

III) valorização das instalações dos espaços de conciliação e mediação: espaços acolhedores atraem mais pessoas e chamam a atenção para o que acontece ali.

IV) fortalecer a comunicação: durante as visitas.

V) campanhas na mídia em momentos espalhados no ano, fora dos momentos das semanas de conciliação também podem ter um resultado positivo.

VI) disseminação dos resultados das conciliações, concentrando a atenção nos benefícios gerados para o jurisdicionado e não para o Judiciário.

Perguntados, muitos dos entrevistados mencionaram, principalmente, os benefícios aos jurisdicionados. Mas ainda há certa precaução contra os acordos, principalmente pelos advogados, por se perceber as ações com o objetivo principal de desafogar o Judiciário quando, na verdade, os benefícios de pacificação social são muito mais visíveis.

VII) fomento à integração com a comunidade na organização dessas ações oferece maior legitimidade e efetividade aos seus resultados e permite um trabalho integrado que futuramente surtirá reflexos positivos no ambiente externo.

b) Quanto ao juiz, que é o coordenador dos Cejuscs, e quem define quais processos vão ser enviados para a conciliação (apesar da determinação legal de obrigatoriedade), uma vez que é ele quem organiza todo o sistema judicial em primeira instância com o qual a parte toma contato, o juiz que constitui o maior laço para a implantação de uma cultura de pacificação no Judiciário. Assim, são duas as sugestões principais para esse profissional: a capacitação para além do conhecimento técnico (relacionamento interpessoal, empatia, boa comunicação) e a experiência do magistrado, é extremamente relevante para a forma como a audiência é conduzida.

c) Quanto aos conciliadores, sugere-se I) que os cursos que já estão previstos nos textos do Conselho Nacional de Justiça contenham atualização obrigatória, além de foco em conteúdos referentes a relacionamento interpessoal, comunicação efetiva, mediação, conciliação e negociação; II) desenvolvimento de capacitação para a conciliação em temas específicos, como por exemplo, conflitos envolvendo condomínio e bancos (questões financeiras), visto que a formação e a atuação de conciliadores especialistas nos mutirões temáticos sugeridos poderiam aumentar sobremaneira as conciliações, III) a estipulação de uma idade mínima para o exercício dessa função, IV) que sejam avaliadas as condições para a real implementação da remuneração dos conciliadores em todo o território nacional.

Quanto as sugestões para o ambiente externo, destacam-se as seguintes:

a) Visando estimular a transformação da cultura do litígio em uma cultura de pacificação social, sugere-se a organização de campanhas de fortalecimento da mediação e conciliação desenvolvidas de acordo com as especificidades locais para serem disseminadas por meio de diferentes espaços públicos (dentre eles os fóruns) e mídias sociais.

b) Como estratégia de longo prazo, emerge da percepção dos participantes desse estudo a sugestão da inclusão de disciplinas obrigatórias sobre mediação e conciliação nos cursos universitários de direito

c) Visando formar agentes multiplicadores da cultura da pacificação na comunidade em geral, sugere-se o desenvolvimento de programas de extensão com foco na mediação e conciliação em escolas de ensino fundamental e ensino médio sobre o tema

d) Sugere-se a organização de campanhas conjuntas com a OAB sobre o tema, valorizando a disseminação de experiências positivas de advogados com a mediação e conciliação e dos resultados para os jurisdicionados e também para os advogados

A pesquisa “Mediação e conciliação avaliadas empiricamente” ressalta ainda que apesar de os advogados serem considerados os grandes responsáveis pela cultura do litígio na sociedade, a maior parte dos professores universitários no Brasil ainda é formada por magistrados e membros do Ministério Público que têm feito perpetuar esse panorama no Brasil. “É necessário que a tomada de consciência comece a acontecer nos cursos jurídicos para que uma mudança seja perceptível no decorrer de uma geração” (2019, p.183)

2 AS VANTAGENS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

2.1 Origem dos Meios Alternativos de solução de conflitos

O uso da autotutela para a solução de conflitos remonta aos primórdios. Essa forma de resolução de conflitos era caracterizada pela ausência de um juiz distinto das partes e pela imposição da decisão por uma das litigantes ao outro. Para Antonio Carlos Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, “nas fases primitivas da civilização inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares”. Dessa forma, não havia leis impostas aos particulares, que buscavam individualmente, com o uso da força, a satisfação de suas pretensões. Tal sistema era considerado precário, uma vez que não garantia a justiça, mas sim a vitória dos mais fortes ou mais astutos sobre os mais fracos. (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2008, p.36)

Por isso, ainda nos sistemas primitivos de civilização surge a autocomposição:

Uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou de parte dele. São três as formas de autocomposição (as quais, de certa maneira, sobrevivem até hoje com referência aos interesses disponíveis): a) desistência (renúncia à pretensão); b) submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) transação (concessões recíprocas). Todas essas soluções têm em comum a circunstância de serem parciais, no sentido de que dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2008, pág 35)

Com o passar dos tempos os indivíduos começaram a optar por soluções amigáveis e imparciais obtidas por meio da presença de árbitros, em geral os sacerdotes ou os anciãos, como interlocutores dos litigantes. E estas soluções alternativas mais civilizadas vem sendo

estimuladas a fim de promover tanto o acesso à justiça, garantido constitucionalmente, como também para imprimir celeridade e economia ao processo.

Dessa maneira, além da autotutela, que apesar de ter caído em desuso ainda pode ser observada em situações específicas como, por exemplo, a defesa da posse, o direito de greve e a legítima defesa, outras duas diferentes formas de composição, quais sejam, a autocomposição e a heterocomposição, são meios alternativos cada vez mais utilizados no Brasil. (TARTUCE, 2018, p.349)

Na autocomposição, o conflito é solucionado pelas partes, com ou sem a intervenção de um terceiro. Pela autocomposição é possível a construção de um acordo por meio da renúncia de uma das partes ou através de uma concessão recíproca, sem o uso da força. “Nessa perspectiva, o indivíduo se torna sujeito de suas relações, sejam elas conflituosas ou não, tendo voz para exprimir os seus anseios, dúvidas, angústias e expectativas, tornando-se, assim, interlocutor direto dessas relações. (COUTINHO, REIS, 2010, P.13)

No Brasil, a autocomposição ocorre de três formas: por meio da negociação, onde há a construção de um acordo sem a intervenção de um agente estranho ao conflito; a mediação, onde há a construção de um acordo com o auxílio de um agente imparcial, que facilitará o diálogo entre as partes; e a conciliação, quando há a presença de um agente, também imparcial, que faz sugestões na tentativa de solucionar o conflito da melhor forma possível. (ALMEIDA,2009)

Já na heterocomposição o conflito é solucionado através da intervenção de um agente estranho ao conflito. Assim, este terceiro, que pode ser um árbitro ou um juiz, tem o poder de decisão sobre o conflito a ele apresentado. Na arbitragem as partes escolhem um terceiro de sua confiança para decidir a demanda. Enquanto na heterocomposição judicial, uma das partes, através do acesso ao Poder Judiciário busca uma decisão do Estado-Juiz sobre o conflito que lhe apresenta. (MANUAL DE MEDIAÇÃO, 2010, p.65)

Na avaliação de Fernanda Tartuce (2018, pág.73) no sistema legal brasileiro, a adoção de meios “alternativos” sempre se verificou de forma acentuada com o incentivo à conciliação. Para a autora, “a ideia de estimular a decisão do conflito pelos seus protagonistas sempre esteve presente em nossa legislação processual civil”. A Constituição Imperial de 1824 já previa em seu artigo 161, 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 começará processo algum*”.

No contexto mundial, a ideia da conciliação obrigatória precede a Constituição Imperial de 1824. Ganhou terreno e foi acolhida pela Constituição francesa de 1791, cujo Cap. V, art. 6º, prescrevia: “Os tribunais ordinários não podem receber nenhuma ação civil, sem que lhes seja certificado que as partes compareceram, ou que o demandante fez citar a parte adversa, perante os mediadores para tentar a conciliação.” Dessa forma, com a evolução da própria humanidade e da sociedade a conciliação passou a ser vista como uma importante alternativa de solução de conflitos, tornando-se uma grande conquista da civilização.

De acordo com Lima e Fernandes, os métodos alternativos de solução de conflitos surgiram nos conflitos privados, envolvendo direitos patrimoniais, familiares, de vizinhança, entre outros. São conhecidos como *Alternative Dispute Resolutions (ADR)*, (Meios Alternativos de Resolução de Conflitos – MASC), que se compõem de um conjunto bem estabelecido de processos e técnicas aplicados na resolução de conflitos. Em geral são métodos de negociação, mediação, conciliação ou arbitragem. (LIMA E FERNANDES, 2016, p.315)

As características das ADRs são a imparcialidade do terceiro que ingressa no processo, a eficiência, a confidencialidade e a competência, para os litigantes; além de

economia e celeridade, para o Estado. Para Mauro Cappelletti a expressão *Alternative Dispute Resolution (ADR)*:

Costuma atribuir acepção estritamente técnica, relativa sobretudo aos expedientes extrajudiciais ou não judiciais, destinados a resolver conflitos. Esse, porém, não é o único sentido, devendo o operador do Direito ocupar-se de maneira mais geral dos expedientes – judiciais ou não – que têm emergido como alternativas aos tipos ordinários ou tradicionais de procedimentos”, mediante a “adoção desta perspectiva mais ampla” na análise no quadro do movimento universal de acesso à justiça (CAPPELLETTI E GARTH,1998, p.44)

O uso mais intenso dos modelos alternativos iniciou-se no sistema americano no fim da década de 1970, mais precisamente a partir de 1976, quando foi realizada nos Estados Unidos uma Conferência Nacional sobre as causas de insatisfação popular com a justiça. O encontro de teóricos e profissionais do direito foi realizado em honra ao professor Roscoe Pound, decano da Universidade de Nebraska e da Universidade de Harvard, que em 1906 na abertura da Reunião Anual da Advocacia Americana fez um caloroso discurso sobre as causas de insatisfação popular com a administração da justiça.

A descrição dos diversos fatores de insatisfação apontados por Pound, que incluíam, entre outras causas, o comportamento excessivamente beligerante dos advogados, produziu uma enorme polêmica entre os advogados norte-americanos, visto que parte da classe profissional compartilhava da opinião do professor e parte a contestava. (MUNHOZ, 1997)

Desta forma, a Conferência de 1976 levava o nome de “Conferência Pound”. Dirigida pelo juiz Warren Earl Burger, presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, contou com a presença de 200 profissionais da área jurídica que se dispuseram a refletir sobre qual seria a situação da justiça nos anos 2000. Diante de um provável aumento dos litígios se questionou neste encontro se o sistema de justiça poderia assumir os desafios do futuro.

Foi nessa oportunidade que o professor Frank Sander propôs que as cortes americanas tivessem “várias portas”, algumas conduzindo ao processo e outras, a vias alternativas. Sobre esse encontro a pesquisadora Helena Soleto Muñoz descreve:

Nesta conferência, vários especialistas discutiram a possibilidade de complementar o sistema de Justiça com outros mecanismos, além de procurar medidas para tornar a Justiça mais rápida e barata. Especificamente, o professor Sander, em sua palestra "Variedades de processamento de disputas", descreve o modelo de justiça que se tornou o paradigma do século XXI nos países avançados, o tribunal com várias portas. O professor Sander referiu-se à crescente pressão sobre a Administração da Justiça por diferentes fatores: ele destaca que em épocas anteriores a polícia, a família, a escola e a igreja ocupavam um espaço para resolver conflitos que deixavam vagos a complexidade da sociedade moderna e seus problemas, o crescimento do governo em todos os níveis e as expectativas criadas, entre outros. (MUÑOZ, 2017) (tradução nossa)

Diante da grande possibilidade de aumento, o objetivo era buscar mecanismos para reduzir a litigiosidade, fosse por meio de técnicas que reduzissem a judicialização, fosse através de mecanismos alternativos. O professor Sander sugere, portanto, a prevenção de conflitos por meio da normatização, com a disposição, de forma, clara, das consequências de certas condutas, bem como com possibilidade de descriminalização de algumas condutas, descreve Muñoz.

O professor defende também que existe uma rica variedade de procedimentos que individuais ou combinados podem oferecer resoluções de conflitos mais efetivas: “podemos desenvolver critérios racionais para estabelecer que tipos de conflito são resolvidos por diferentes procedimentos e decidir quais assuntos devem permanecer no tribunal para ser resolvido e quais devem ser processados de outra maneira” (SANDER, 1976) (tradução nossa)

Os critérios apontados por Sander são: a natureza do conflito, onde ele avalia que os problemas policênicos não se mostram adequados para serem resolvidos em um sistema de heterocomposição, uma vez que não admitem uma solução de tudo ou nada; relação entre as

pessoas em disputa, pois deve ser observado se têm uma relação de longo prazo ou uma relação pontual, sendo que, na avaliação de Sanders, deveria ser mais fácil para aqueles que possuem uma relação duradoura buscarem sua própria solução para o conflito; valor da causa.

Além disso, os conflitos de menor valor não deveriam ocupar o tempo dos tribunais em muitos casos, e se poderia favorecer a conciliação e estabelecer um sistema de seleção dos assuntos que devem ser ouvidos; custo, para o professor é difícil valorar os custos dos procedimentos judiciais, em especial os custos intangíveis da inadequação do procedimento de resolução e quanto maior formalidade dos procedimentos, maior o custo, rapidez, aqui o professor discute a falta de dados existentes, ainda que se assuma (corretamente) que a arbitragem, por exemplo, é mais rápida que o litígio.

A ideia principal de Sander é a de um sistema flexível e variado de resolução de conflitos, que se organizaria através de um filtro dos casos em função da adequação do procedimento de resolução ao conflito. Nas palavras do professor:

“Poderíamos ter uma visão do futuro para o ano 2000, na qual não veríamos simplesmente um tribunal, mas um centro de resolução de conflitos, no qual o cidadão seria primeiramente canalizado através de um agente que examinaria o assunto e o direcionaria para o procedimento ou procedimento. sequência de procedimentos mais adequada ao seu tipo de caso. A sinalização de entrada do centro poderia indicar que o oficial de filtragem está na moradia 1, mediação 2, arbitragem 3, especificação de fatos 4, painel de filtragem por negligência 5 e tribunal superior 6. Com este modelo, você poderia ter certeza de uma coisa: haveria amplas oportunidades de participação. Finalmente, as faculdades de direito devem diversificar sua preocupação quase exclusiva com o processo judicial e começar a expor os alunos ao amplo conjunto de procedimentos de resolução de disputas.”(SANDER, 1976) (tradução nossa)

Tal descrição revela o conceito básico do Tribunal Multiportas, que a partir da década 1970 foi adotado internacionalmente como um modelo a ser desenvolvido, o que de fato ocorreu nos Estados Unidos e em diversos países, inclusive no Brasil. O grande valor da

Conferência de Sander reside na introdução do conceito de adequação do procedimento ao tipo de conflito e na construção de um sistema de processamento dos conflitos.

2.2 A solução do conflito como instrumento de pacificação social

Pacificar com justiça é o principal objetivo dos métodos de composição de controvérsias. Assim, na avaliação de Patrícia Martins Rodrigues Coutinho e Marcos Aurélio Reis:

A mediação possibilita à pessoa humana a preservação e o respeito de sua dignidade, no sentido de proporcionar outra forma possível para a solução dos conflitos, alternativa esta que visa oportunizar uma comunicação mútua, onde as partes envolvidas possam ser sujeitos da relação, compartilhando dúvidas, anseios, sentimentos e problemas inerentes ao conflito; bem como possíveis soluções e mudanças de atitudes para a pacificação do mesmo. (2010, p.5)

Fernanda Tartuce avalia a pacificação social como tarefa complexa. Segundo ela, por envolver o alcance de um estado de espírito humano, pacificar abrange aspectos não apenas jurídicos, mas, sobretudo, psicológicos e sociológicos. Neste sentido Tartuce questiona se algum mecanismo de abordagem de controvérsias consegue efetivamente promover pacificação. Para ela, reconhecer a existência do conflito e abordá-lo com eficiência é uma atitude importante, mas antes de alcançar esse estágio é comum que os envolvidos passem por algumas etapas de identificação e de aceitação do novo cenário.(2018, p 245)

Segundo Verônica Cezar-Ferreira, havendo retroalimentação dos elementos do conflito, a dissidência tenderá a evoluir em escalada simétrica, o que se convencionou chamar de a espiral do conflito.(2016, p.6). Esse modelo sugere que com tal crescimento (ou escalada) do conflito, as suas causas originárias progressivamente tornam-se secundárias a partir do momento em que os envolvidos mostram-se mais preocupados em responder a uma ação que imediatamente antecedeu sua reação.

De outro lado, na avaliação de Cezar-Ferreira, se as partes, voluntariamente submetidas aos procedimentos, efetivamente buscarem entendimento em torno dos pontos discordantes e se encontrarem um facilitador habilitado e habilidoso, dotado das características acima elencadas, a tendência será que o conflito se dissolva ou, ao menos, que fique bastante minimizado.(2016, p.6)

Em geral, o conflito é tratado como um elemento negativo nas relações sociais, havendo a possibilidade de produzir prejuízos aos envolvidos. Entretanto, o conflito pode ser uma situação favorável para o desenvolvimento individual, aproximando as partes, fortificando as relações sociais.

A possibilidade de se perceber o conflito de forma positiva consiste em uma das principais alterações da chamada moderna teoria do conflito. Isso porque a partir do momento em que se percebe o conflito como um fenômeno natural na relação de quaisquer seres vivos é possível se perceber o conflito de forma positiva. (MANUAL DE MEDIAÇÃO JUDICIAL, 2016, p.51). Essa percepção do conflito de forma positiva é um dos frutos da moderna Teoria do Conflito, que o abrange como um acontecimento natural.

Para Célia Passos, (2010) é possível afirmar que a construção da paz abriga abordagens que contemplam ao mesmo tempo a paz e a justiça, os direitos humanos e a transformação dos conflitos. Neste sentido, de acordo com Luís Alberto Warat, os caminhos da mediação podem ajudar a recuperar os sentimentos que fazem o que somos; a desfazer-nos das camadas superficiais para sermos muito mais íntegros nos confrontos com o outro (2004, p. 28). Assim, para Warat, “a mediação seria uma proposta transformadora do conflito porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas sim a sua resolução pelas próprias partes”(2004, p. 60).

Warat desenvolveu uma corrente que chama de transformadora, uma vez que invés de considerar o conflito um problema a ser resolvido nos termos do acordo, “ela consiste na visualização do conflito como uma oportunidade para o oferecimento às partes da

possibilidade de uma melhora na qualidade de vida, para o encontro consigo mesmo e melhora na satisfação dos vínculos". (2004, p. 63)

Uma mediação bem-sucedida é aquela em que o conflito é inteiramente pacificado e que as partes se sentem satisfeitas com o procedimento e com o resultado obtido, o que não necessariamente ocorre pela simples realização de um acordo. Nesse sentido, a aferição do sucesso deve ser qualitativa, e não meramente quantitativa. É preciso coletar dados sobre a percepção das partes acerca do processo e de seu resultado, bem como outras informações atinentes ao comportamento das partes após a mediação, incluindo o cumprimento, ou não, do acordo.

Esses dados serão capazes de revelar, principalmente, as más práticas de mediação, em que não ocorre a verdadeira pacificação do conflito, as partes não se sentem ouvidas e acolhidas e frequentemente o acordo resta não cumprido, o que leva à judicialização do conflito por uma das partes dos resultados em pesquisas de mensuração de qualidade

Alguns dos Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas de programas de mediação e arbitragem (DEUTSCH, 2004) que as instituições provedoras desses serviços com notáveis índices de satisfação dos usuários têm em comum:

- a) árbitros e mediadores adequadamente formados que exercem suas funções em instituições que planejaram seus procedimentos para a satisfação de todos os seus usuários;
- b) foram utilizadas, mesmo em arbitragens, algumas técnicas autocompositivas próprias por intermédio de operadores adequadamente treinados;
- c) muitos programas foram desenvolvidos com claras orientações qualitativas (i.e., dirige-se o processo não apenas visando elevado número de sentenças ou transações, mas sim elevada satisfação dos usuários quanto ao processo e ao seu resultado) (DEUTSCH, 2004);
- d) houve direcionamento para que a satisfação de usuários fosse um dos principais fatores de divulgação da instituição;

e) houve a aproximação de técnica própria para que todos os operadores de processos de resolução de disputas efetivamente atuassem como agentes catalisadores de pacificação social e fossem capazes de resolver lides construtivamente ao fortalecer relações sociais, identificar interesses subjacentes ao conflito, promover relacionamentos cooperativos, explorar estratégias que venham a prevenir ou resolver futuras controvérsias (RHODE, 2000, p. 132), e educar as partes para uma melhor compreensão recíproca (BARUCH BUSH; FOLGER, 1994).

É certo, portanto, que cumprir um acordo pactuado é mais fácil do que obedecer a sentença imposta pelo magistrado, uma vez que o ânimo das partes em relação à observância espontânea é completamente diverso quando a decisão se origina de sua vontade.

2.3 A institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos no Brasil

Desjudicializar é resolver o conflito por outros meios que não o judiciário. A adoção de caminhos extrajudiciais para a condução dos conflitos, ganhou espaço em grande medida devido a intensa dificuldade do Poder Judiciário de administrar o sistema de justiça, que conta com um número cada vez maior de causas em trâmite.

Dessa forma, como já vimos, nasceram os meios alternativos de solução de conflitos, que se caracterizam por sua celeridade, menor custo e que possibilitam o alcance de uma resolução com ou sem a presença de um terceiro. De acordo com Lima e Fernandes (2016, pág.313), “quando se fala em meios alternativos a primeira questão que surge é, aparentemente, a mais simples: alternativos em relação a que? Ora, a resposta não pode parecer outra que não ao Estado. Mas, veja-se que a própria justiça estatal nasce como uma alternativa: uma alternativa à força”.

Os meios alternativos de solução de conflitos não substituem o Judiciário, apenas complementam a ação estatal, diminuindo a burocracia e facilitando o acesso à justiça. Cintra, Dinamarco e Grinover apontam como primeira característica das vertentes alternativas, a ruptura com o formalismo processual.

Sobre as características dos meios alternativos, descrevem:

A *desformalização* é uma tendência, quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo um fator de celeridade. Depois, dada a preocupação social de levar a justiça a todos, também a *gratuidade* constitui característica marcante nessa tendência. Os meios informais gratuitos (ou pelo menos baratos) são obviamente mais acessíveis a todos e mais céleres, cumprindo melhor a função pacificadora. Por outro lado, como nem sempre o cumprimento estrito das normas contidas na lei é capaz de fazer justiça em todos os casos concretos, constitui característica dos meios alternativos de pacificação social também a *delegalização*, caracterizada por amplas margens de liberdade nas soluções não jurisdicionais (2008, pág. 33)

As previsões sobre a conciliação já haviam sido registradas no Código de Processo Civil de 1973, no artigo 125, IV, que descrevia sobre o dever do magistrado de conciliar as partes a qualquer tempo, no artigo 331, que inseria no procedimento ordinário uma audiência preliminar à fase de instrução probatória, e no artigo 447, que previa a possibilidade de se tentar uma conciliação no início das audiências de instrução.

Dessa forma, na década de 1990 houve um incremento na busca por meios diferenciados de composição de conflitos. Dentre as iniciativas legislativas com proposta conciliatória destaca-se a Lei n. 9.099/1995, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis Estaduais;

Os Juizados Especiais Cíveis foram criados com a finalidade de atender o comando previsto no artigo 98, I da Constituição Federal de 1988, que preconiza:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os

procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Logo após a criação, estes juizados tornaram-se um dos mais importantes segmentos do judiciário brasileiro por seus atributos de celeridade, acessibilidade e eficiência. Dessa forma, introduzem no País uma série de novos princípios e paradigmas com a finalidade de romper a antiga estrutura processual, fundada no formalismo da jurisdição; “buscando, assim, alcançar o objetivo de facilitar o acesso à Justiça, por parte dos menos favorecidos na sociedade; e, tornando-o mais célere e eficaz, bem como funcionando como mecanismo de pacificação social”.

Para o estudioso:

“O mesmo art. 1º, que autoriza a criação desse órgão judiciário, di-lo competente para processo e julgamento, por opção do autor, das causas de reduzido valor econômico. Concebido para ampliar o acesso ao Poder Judiciário e facilitar o litígio para as pessoas que sejam portadoras de pequenas postulações (especialmente para as menos dotadas economicamente), a lei erigiu o próprio interessado em juiz da conveniência da propositura de sua demanda perante o Juizado Especial das Pequenas Causas ou no juízo comum – e, com isso, deu mais uma demonstração de que não se trata de discriminar pobres e ricos, uma vez que continuam aqueles, querendo, com a possibilidade de optar por este e pelo procedimento mais formal e demorado que ele oferece. (DINAMARCO,1986)

Quanto aos princípios orientadores dos juizados, elencados no artigo 2 da Lei 9099, são eles oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, que juntos contribuem para que os litigantes componham suas demandas, sempre que possível por meio da conciliação ou da transação.

O princípio da oralidade está previsto no próprio artigo 98, I, da Constituição Federal, que determina que o processo nos Juizados Especiais Cíveis deve ser impulsionado “[...] mediante os procedimentos oral e sumaríssimo [...].” Dessa forma, restou ao legislador infraconstitucional um único caminho, o que de garantir a predominância da forma oral, o

que, na prática implica na realização de todos os atos de instrução de uma só vez, ou com lapso temporal abreviado, garantindo dessa forma uma maior proximidade do magistrado com os litigantes.

O procedimento do Juizado Especial também deve ser simples e espontâneo para que os litigantes sintam-se à vontade. Reinaldo Filho (1996) sintetiza o princípio da simplicidade da seguinte maneira:

A simplicidade procedural, elevada à categoria de princípio informativo do processo especial, está ligada à noção da rapidez na solução dos conflitos, depende de que o processo seja simples no seu tramitar, desrido de exigência nos seus atos e termos, com a supressão de quaisquer fórmulas obsoletas, complicadas ou inúteis. A simplicidade dos atos e termos é, realmente, uma constante em todo o processo especial. (REINALDO FILHO, 1996, p.36)

Para Reinaldo Filho, ainda que no âmbito do Direito não se possa conceber um fenômeno jurídico desrido integralmente de forma, pois é ela que delimita seu conteúdo, as manifestações de vontade não têm forma pré-determinada, exceto quando a lei assim definir. Neste contexto, pelo princípio da informalidade os atos processuais devem ser praticados com o mínimo de formalidade possível. O mínimo de formalidade implica em eliminar as formas não essenciais de maneira a facilitar que os atos atinjam seus objetivos.

Já o princípio da economia processual, nos ensinamentos de Chiovenda (1985) possibilita a obtenção do maior resultado da lei com o mínimo emprego possível de atividade jurisdicional; devendo ser evitada a prática de atos desnecessários e onerosos. Ao passo que pelo princípio da celeridade o processo deve ter uma solução rápida para atender à sua finalidade.

Este princípio está intrinsecamente ligado à satisfação do indivíduo que submete seu conflito à tutela jurisdicional em busca de uma solução eficaz e que seja útil. Em linhas gerais, ainda hoje, é exatamente a celeridade que diferencia os Juizados Especiais da justiça comum.

Tal princípio foi inclusive recepcionado pela Constituição Federal, em 2004, através da Emenda Constitucional 45, que incluiu no artigo 5, o inciso, LXXVIII, que garante: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Em linhas gerais, a Emenda Constitucional 45 ampliou e consolidou as mudanças introduzidas no Brasil, a partir da criação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, dos juizados cíveis, em 1995, da lei da Arbitragem, em 1996 e da lei dos juizados federais cíveis e criminais, em 2001.

De acordo com a pesquisadora Ludmila Ribeiro, (2008), dentre as principais alterações introduzidas pela EC 45, no que diz respeito ao funcionamento da justiça, destacam-se as seguintes: (I) razoável duração do processo; (II) proporcionalidade entre o número de juízes na unidade jurisdicional e a efetiva demanda judicial e a respectiva população; (III) funcionamento ininterrupto da atividade jurisdicional; (IV) distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição; e (V) criação do Conselho Nacional de Justiça.

Para Kazuo Watanabe:

Essas alterações introduzidas na sistemática de funcionamento do sistema judicial brasileiro têm como finalidade não apenas viabilizar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, mas viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, a qual se caracteriza pelo direito à informação; pelo direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do País; pelo direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada, formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; pelo direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e pelo direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a uma justiça que tenha tais características (WATANABE, 1996).

Antes da EC 45 vários passos foram dados rumo a adoção de meios alternativos de solução de conflitos: em 1990, entra em vigor o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), que priorizou dentre as Políticas Nacionais de Relações de Consumo a “Criação

de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo”, buscando possibilitar a conciliação entre as partes de maneira rápida.

Com a entrada em vigor da Lei n. 9.099/95, a conciliação começou a ganhar espaço no cenário jurídico. Depois disso, em 1996, foi publicada a Lei da arbitragem, que dispõe em seu artigo 1º que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Nesta linha do tempo, em 2001 é instituída a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal (Lei 10.259), que também prioriza a conciliação na resolução de conflitos de sua competência.

Como resultado de todos estes esforços, em 2006 o Conselho Nacional de Justiça lança a campanha ‘Movimento pela Conciliação’ e vem continuamente, em parceria com órgãos do Poder Judiciário, entidades de classe e universidades, divulgando anualmente as benesses da utilização deste instituto na resolução de conflitos.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça lança a Resolução 125, regulamentando a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, consolidando no País a prática da conciliação e da mediação por considerá-los verdadeiros instrumentos de pacificação social.

A resolução 125 foi posteriormente recepcionada no Novo Código de Processo Civil, de 2015, que trouxe em seu bojo a previsão de criação de centros judiciais de solução consensual de conflitos, (artigo 165); os princípios que informam a conciliação e a mediação (artigo 166); a possibilidade de o autor da ação informar, já na petição inicial, a sua disposição para participar de audiência de conciliação ou mediação (artigo 319) e recomenda, nas controvérsias da família, a solução consensual, possibilitando inclusive a mediação extrajudicial (artigo 694). O código também disciplina no artigo 334 o procedimento da audiência de conciliação ou de mediação, que poderá ser realizada por meio eletrônico.

Também em 2015, a Lei da Mediação garante que a mediação poderá ser usada 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.

A lei da mediação definiu as regras para a mediação judicial e extrajudicial e também inovou ao regulamentar a autocomposição dos conflitos envolvendo pessoas jurídicas de direito público em seu 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.”

2.4 Mediação

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. O mediador busca a pacificação social, a construção de acordos e a sustentabilidade das

diferenças; além da satisfação mútua e de terceiros indiretamente envolvidos. O mediador não opina, não sugere e não oferece parecer técnico de qualquer natureza; atua com imparcialidade e neutralidade; há um acordo de autoria das partes, os parâmetros legais são oferecidos por advogados, que cedem voz ao cliente e agem como assessores legais das decisões que este tomar. A mediação é norteada pelo Direito e pelos interesses e necessidade

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.

Nas palavras de Luis Alberto Warat:

Na mediação a autocomposição é ecológica por duas fortes razões. A primeira porque ela pode ser considerada como uma forma de realização da autonomia, na medida que educa, facilita e ajuda na produção das diferenças (produção do tempo com o outro), que modificam as divergências. A autonomia, como democracia, o amor e o ódio são formas de convivência com a conflitividade, com a incompletude que a conflitividade existencial determina. O indivíduo autônomo precisa negociar com o outro a produção conjunta de diferença, o que implica, forçosamente, a mediação do simbólico. Em segundo lugar, a mediação é uma forma ecológica de autocomposição na medida em que ao procurar uma negociação transformadora das diferenças facilita uma considerável melhoria na qualidade de vida. (2004, p.59)

Uma das mais importantes mediações da recente história mundial foi realizada entre o presidente colombiano Juan Manuel Santos e as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (Farc) para pôr fim a uma guerra civil que durou mais de 50 anos. Santos foi um dos líderes da negociação que chegou ao acordo de paz. Por este feito, marcado por quatro anos de discussões, o presidente colombiano Juan Manuel Santos ganhou o prêmio Nobel da

Paz em 2016. O conflito na Colômbia provocou a morte de 260 mil pessoas e deixou quase 7 milhões de deslocados internos e 45 mil desaparecidos.

Nos últimos anos houve uma “redescoberta” da mediação. 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, 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)

O Código de Processo Civil (CPC), de 2015, ao definir a mediação no artigo 165 § 3.º, registrou que 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. Entre os princípios da mediação destacam-se a imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

A mediação é considerada uma técnica bastante 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 Carlos Alberto Warat, mediar vínculos em desamor é ajudar as partes para que aprendam a despedir-se. (2004, p.97)

2.5 Conciliação

Tanto a conciliação como a mediação tem o objetivo de auxiliar as pessoas a construírem consenso sobre determinado conflito. Um dos pontos que diferencia a mediação da conciliação é que, enquanto a mediação busca desconstruir o conflito e restaurar a convivência pacífica entre as pessoas, “a conciliação guarda ainda uma sintonia com o paradigma adversarial que rege toda disputa, recebendo partes voltadas a encontrar uma solução que melhor as atenda, sem se importar ou, ao menos, considerar o nível de satisfação que o outro lado venha a ter”, (ALMEIDA, 2009)

Já 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.

De acordo com Cintra, Pellegrini e Dinamarco, “a conciliação pode ser extraprocessual ou endoprocessual. Em ambos os casos, visa a induzir as próprias pessoas em conflito a ditar a solução para a sua pendência. O conciliador procura obter uma transação entre as partes, ou a submissão de um à pretensão do outro, ou a desistência da pretensão” (CINTRA; PELLEGRINI; DINAMARCO, 2009, p.34)

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 forma 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).

De acordo com Erica Barbosa e Silva, o conciliar, no exercício de sua função, embora possa sugerir possibilidades de resolução, deve estimular as partes a elaborarem soluções próprias. A conciliação pode ser realizada de forma pré processual; dentro de uma demanda judicial; ou no âmbito de instituições privadas voltadas à resolução de controvérsias, a exemplo das denominadas câmaras de conciliação e arbitragem. (2013, p.83).

O Manual de Mediação de Conflitos para Advogados (2014, p.26) apresenta uma pirâmide para diferenciar os diversos mecanismos de solução de conflitos, 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.

A conciliação é um acordo de vontades, conduzido por um terceiro, onde as pessoas fazem concessões mútuas a fim de solucionar o conflito. O conciliador não decide o conflito; age para facilitá-lo, sugerindo inclusive a forma de acordo, orientando, participando e sugerindo o conteúdo da decisão.

2.6 Mediação nas Ações de Família: onde os meios alternativos funcionam

Nas palavras de Gabriel Chalita, a convivência no seio das famílias é uma difícil arte e a impossibilidade de uma coexistência harmoniosa, num contexto tão privilegiado quanto o familiar, em que o respeito, a compreensão e o carinho mútuos deveriam, em princípio, inspirar as pessoas a viver sem receio de errar ou de acertar, provoca o que se convencionou chamar de conflito de gerações.(2014, p.31).

Se a convivência no seio familiar, como analisa Chalita, é tarefa árdua, a não convivência é ainda mais desafiadora. Neste sentido, os conflitos familiares, que acentuam com rompimento das relações dificilmente serão resolvidos por sentença judicial. Assim, a mediação familiar torna-se ainda mais vantajosa em comparação com o método heterocompositivo que busca finalizar o conflito através de uma decisão impositiva de um terceiro. Para Fernanda Tartuce, a sentença dificilmente consegue pacificar as partes nos conflitos familiares; como nas causas em que estão envolvidos vínculos afetivos há temores, queixas, mágoas e sentimentos confusos de amor e ódio, a resposta judicial não é apta a responder aos anseios daqueles que buscam muito mais resgatar danos emocionais do que propriamente obter compensações econômicas.

O efeito verdadeiramente pacificador almejado pela prestação jurisdicional dificilmente é obtido com a imposição da decisão do juiz. Assim, se as próprias partes puderem protagonizar a administração do conflito compreendendo suas múltiplas facetas e abordando-as de forma ampla e produtiva, certamente haverá mais chances de superação da situação conflituosa e da construção de acordo. (TARTUCE. 2008, p.358).

No Código de Processo Civil de 2015, a preocupação do legislador foi tornar a mediação familiar o principal meio de resolução de disputas. Tal decisão foi apoiada justamente na avaliação de que a intervenção de um terceiro (juiz) na solução do conflito não

é a melhor opção para as lides familiares. Dessa forma, o CPC/2015 tornou a mediação obrigatória para as ações de direito de família.

Assim, podem ser realizadas tantas audiências de mediação quantas forem necessárias para que os envolvidos cheguem a um acordo. Isso porque em muitos casos não é possível alcançar o acordo em uma única sessão. Entretanto, iniciadas as conversas, há um período de maturação que permite a construção da solução negociada.

Segundo estudo de Daniele Ganância (2001, p.15), a mediação familiar possui um tríplice escopo: pacificar o conflito, responsabilizar as partes e permitir a continuação das relações de co-parentalidade. Perceber os benefícios da mediação nos conflitos familiares é indispensável aos novos paradigmas do Direito. Neste contexto, a mediação não é um substitutivo da via judicial, mas sim um instrumento complementar que qualifica as decisões jurisdicionais e torná-las verdadeiramente eficazes. Deve-se considerar, no entanto, que nem sempre as partes estão prontas para definir pessoalmente a pendência. Situações emocionais precárias podem prejudicar o diálogo.

Wilson José Gonçalves, em tese de Doutorado defendida na Pontifícia Universidade Católica (PUC), sob a orientação de Maria Helena Diniz, aborda o tema de forma incisiva:

A mediação na seara do direito de família tende a encontrar um profícuo terreno fértil, uma vez que viabiliza soluções do conflito. Ou mesmo, pode detectar o seu início e dizimá-lo por profissionais que estejam próximos aos fatos e à vida do casal. Sem contar que as resoluções e o restabelecimento da paz efetiva-se num tempo mais rápido, obtendo-se um menor desgaste nas relações familiares e, principalmente, evitando traumas quando há filhos. [...] Por tais características, a mediação familiar vem reforçar as tendências atuais em permitir uma realização de justiça nesse campo, pois propicia um diálogo sem bloqueio, verdadeiro entre as partes, cada qual confiando. (Gonçalves, 1998,p.152)

Por meio da mediação familiar as partes podem chegar a acordos seguindo suas próprias normas, ou nos termos em que elas decidam. Por ser a mediação um método pacífico de gestão de conflitos, onde um terceiro neutro atua na função de ajudar as partes a negociarem a partir de uma colaboração recíproca, ela se apresenta atualmente como um

método mais eficaz para solucionar os litígios no âmbito familiar quando comparada à decisão proferida pelo juiz. Isso porque permitem que as partes construam seu próprio acordo a medida que reestabelecem o diálogo.

Sob esse aspecto vale destacar a importância da mediação waratiana na solução dos conflitos de família. Para Luís Alberto Warat, a mediação pressupõe ternura, afeto, solidariedade, amor, prazer, e a disponibilidade para com o outro. Assim, exclui valores e atitudes egoístas. Neste processo, o filósofo critica a maneira como a cultura do litígio está impregnada em nossa sociedade. Para ele:

“Falta no direito uma teoria do conflito que nos mostre como o conflito pode ser entendido como uma forma de produzir, com o outro, a diferença, ou seja, inscrever a diferença no tempo como produção do novo. O conflito como uma forma de inclusão do outro na produção do novo: o conflito como outridade que permita administrar, com o outro, o diferente para produzir a diferença” (WARAT, 2004, p.61)

Warat enfatizou a mediação como instrumento de promoção da alteridade. Nos seus estudos sobre o tema, propôs um programa de mediação com sensibilidade, por meio do qual, “o mediador deve ajudar as partes a desdramatizarem seus conflitos, transformando-os em sentimentos que acrescentem algo de bom à sua vitalidade interior”.(2004, p.31). Em outras palavras, Warat defende a ideia de que a mediação com sensibilidade possibilita a reintrodução do amor no conflito. Foi por este motivo que também questionou o racionalismo, uma vez que considerava que este provocava a perda da sensibilidade.

Dessa forma, na concepção de Warat existem duas correntes de mediadores: os focados na construção de um acordo e os focados na transformação das partes envolvidas no conflito. Nas palavras de Warat:

“Há correntes de mediadores, de orientação acordista que consideram o conflito como um problema a ser resolvido nos moldes de um acordo... Nestes termos a mediação tem como destino a construção de uma solução que todos aceitem para um conflito concebido como um problema.... A corrente transformadora consiste na visualização de um conflito como uma possibilidade para oferecer às partes a

possibilidade de uma melhora na qualidade de vida, para um encontro consigo mesmo e para a melhora na satisfação dos vínculos. Essa é uma corrente ecológica, holística e psicológica do conflito” (2004, p.63)

O modelo de mediação idealizado por Warat está baseado principalmente no respeito ao outro. Dessa forma, a mediação waratiana pode ser um instrumento eficaz na solução dos conflitos de família, uma vez que respeita, entre outras coisas, os princípios constitucionais do melhor interesse do menor, da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo que possibilita uma reflexão aos cônjuges envolvidos no conflito ao passo que proporciona a todos os envolvidos um encontro íntimo com os seus próprios sentimentos. Nesse sentido, a mediação waratiana se releva como uma oportunidade para a família reconstruir os vínculos que foram desfeitos pela lide.

3 AS DESVANTAGENS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

3.1 Os riscos da institucionalização dos métodos alternativos de solução de conflitos.

Conforme apontado anteriormente, a priorização dos direitos fundamentais orientados pelo princípio da dignidade da pessoa humana possibilitou um novo olhar para o tema acesso à justiça oportunizando a institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos no cenário nacional.

Entretanto, há o risco de banalização dos meios alternativos de solução de conflitos, que podem com o tempo, vir a ser tornar uma justiça de segunda classe, de maneira que apenas as questões “mais complexas e importantes”, sejam encaminhadas para um juiz.

Necessário, portanto, cuidado para que os meios autocompositivos não sejam uma forma secundária de acesso à justiça.

Conforme apresentado no primeiro capítulo a métrica atual adotada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aponta apenas de forma quantitativa as benesses da utilização dos meios alternativos exibindo os índices de acordos e de redução das demandas como conquistas importantes para desafogar o judiciário. Assim, o CNJ, ao dar ênfase apenas na quantidade, pode transmitir a mensagem de que o Judiciário não quer ser sobre carregado de demandas que possam ser resolvidas por meios autocompositivos.

Essa é uma das preocupações de Waine Brazil, experiente mediador e árbitro norte-americano. Para ele, “enfatizar a importância apenas na quantidade de casos resolvidos sugere ao público que o real objetivo dos meios alternativos de solução de conflitos é a solução fora dos tribunais, facilitando a vida dos juízes e administradores”, (BRAZIL, 2000, p.19, tradução nossa)

O Anuário “Justiça em números” ao enfatizar a produtividade pura e simples pode estar contribuindo também para produzir um efeito colateral indesejado: a pressão por parte dos conciliadores e mediadores sobre as partes, a fim de atenderem à busca por produtividade para desafogar o judiciário.

Há ainda o risco de mecanização das mediações, que podem se tornar repetitivas, desfocando-se da sua verdadeira finalidade, que é a promoção do diálogo e da pacificação dos conflitos. Nas palavras de Pinho (2010), “seria um erro grave pensar em executar mediações em série, de forma mecanizada, como hoje, infelizmente, se faz com as audiências prévias ou de conciliação, nos juizados especiais e na justiça do trabalho. A mediação é um trabalho artesanal”.

Tal problemática já foi levantada na obra “Acesso à justiça” que analisou os obstáculos ao acesso à justiça. Para Garth e Cappelletti, os empecilhos criados por nossos

sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas do que para os autores individuais. Conforme relatam:

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. (Cappelletti e Garth, 1988, p. 96)

Os autores prosseguem afirmando que, “onde os tribunais de pequenas causas se mostraram eficientes, eles têm servido mais frequentemente para os credores cobrarem dívidas do que para os indivíduos comuns reivindicarem direitos” (CAPPELLETTI, 1988, p.97).

Na ocasião da criação dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil, de fato, se cogitou a possibilidade de esses órgãos se transformarem em instrumento útil aos ricos para a rápida execução de pequenos créditos no lugar de serem um espaço de acesso à justiça para pequeno devedor. Os juizados especiais representam, sob o ponto de vista teórico, a síntese do modelo idealizado de acesso à justiça e, sob o ponto de vista prático, o canal concreto para que os cidadãos brasileiros busquem a tutela a seus direitos.

Por terem uma maciça adesão da população desde a sua criação na década de 1980, os juizados especiais foram alvo de uma pesquisa por parte do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano 2014 que teve por objetivo apontar os perfis de litigância mais comuns.⁶

Entre os resultados dessa investigação, identificou-se que os juizados especiais cíveis continuam a ser um canal fundamental de acesso da população brasileira à justiça, principalmente enquanto consumidores. Os juizados também foram muito utilizados pelo

6 Para a realização da pesquisa, foram escolhidas nas capitais de cada região política do País os juizados cuja competência abrange bairros com perfis e localização distintos ao extremo: bairros de centro e de periferia e bairros de perfil socioeconômico de rendas média intermediária e alta. Ao final, foram definidos aqueles com maior representatividade quantitativa em número de processos.

cidadão comum para a solução de uma variedade de conflitos de direitos. A pesquisa demonstrou ainda que a ideia original de acesso aos juizados especiais – qual seja, a promoção da conciliação e do julgamento das causas de menor complexidade, facilitando o acesso à justiça – parece estar sob risco constante de desvio de modelo e de funcionamento.

E as principais ameaças que atualmente se colocam ao acesso à justiça nos Juizados Especiais Cíveis, conforme apontou a pesquisa, são: a) a presença massiva de causas artificialmente geradas pelos grandes litigantes, b) o seu recente uso como instrumento de cobrança dirigido aos próprios cidadãos, c) a não assimilação pelas partes e seus representantes do perfil de atuação informal em juízo imaginada para uso nos juizados especiais

A pesquisa demonstrou também que as pessoas jurídicas ocupam dois papéis principais nos juizados: como réus em litígios de consumo de massa, e, mais recentemente e em grau crescente, como autores de ações de cobrança e execuções contra pessoas físicas. Como esperado, os réus corporativos mais assíduos são os bancos, as companhias de seguro, empresas de comércio, empresas do setor de telefonia e concessionárias de serviços públicos.

Pessoas jurídicas que demandaram os juizados como autores são empresas do comércio ou prestadores de serviço de pequeno porte que movem ações de cobranças ou execuções contra pessoas físicas a partir de notas promissórias – demandas essas também registrada nos conflitos entre pessoas físicas.

Para Gabbay (2011), os riscos especialmente relacionados às demandas repetitivas nestes juizados são de que esses casos sejam enviados para mediação ou conciliação sem uma triagem adequada, situação que culminaria em acordos de baixa ou sem nenhuma qualidade, o que geraria uma avaliação ruim da justiça, podendo inclusive se refletir no descumprimento dos acordos, ensejando novas demandas para o judiciário.

É o caso, por exemplo, das demandas de consumo envolvendo interesses individuais, homogêneos e coletivos, que são a maioria nos juizados. Elas não se adequam a uma

estrutura simples e conciliatória, e possuem baixa probabilidade de solução amigável. Apesar disso, muitas vezes, são indevidamente distribuídas e aceitas nos juizados especiais, originalmente desenhados para a solução de litígios de impacto individual. As demandas de consumo serão melhor analisadas no próximo tópico.

Em um artigo publicado na revista *Harvard Business Review* em 1994, Todd Carver e Albert Vondra, analisam empiricamente a efetividade dos novos mecanismos de resolução de disputas e indicam que a arbitragem e a mediação podem apresentar significativa probabilidade de fracasso quando: a) as partes em conflito e respectivos advogados não tiverem adequada compreensão de como os processos de arbitragem ou mediação são distintos do processo judicial; b) as partes em conflito adotarem ADRs como uma alternativa secundária para tratar de questões de menor importância; c) as partes considerarem uma vitória sobre a outra como a única opção adequada; e d) as partes constituírem advogados excessivamente litigiosos.

Distinguir a arbitragem ou mediação do processo judicial é importante, segundo os autores, porque em respeito ao princípio da eventualidade é comum que os advogados apresentem na petição inicial pedidos muitas vezes superiores aos que de fato seus clientes têm direito, mediante o receio de não terem oportunidade de fazê-lo em momento posterior durante o processo. Essa prática, entretanto, eleva sobremaneira os custos do processo e aumenta a litigiosidade, o que pode ser um obstáculo para a composição consensual.

Adotar os meios consensuais como alternativa secundária para tratar questões de menor importância afasta o sucesso da mediação porque o comprometimento com a forma de resolução de disputa adotada se reflete na satisfação das partes com a solução alcançada, avaliam os autores (CAVER e VONDRA, 1994).

Segundo eles, empresas e escritórios de advocacia que tratam arbitragem ou mediação como uma “forma secundária” de resolução de disputas tendem a não investir em treinamento

de seus advogados. Como consequência, esses profissionais tendem a ter a mesma conduta profissional característica do processo judicial na mediação ou na arbitragem.

Se as partes consideram a vitória como única opção, elas estarão preocupadas em vencer a demanda e não em resolver os pontos sobre os quais divergem. Dessa forma, centrarão seus esforços para prejudicarem uma à outra e não necessariamente para resolverem os pontos controversos. Advogados que litigam de forma enfática, buscam obter todas as formas possíveis de ganhos para seus clientes e querem derrotar a parte contrária. No entanto, a advocacia diligente busca os meios mais eficientes para atender da melhor forma possível aos interesses da parte que assiste. (CAVER E VONDRA, 1994)

Passados mais de 25 anos da publicação do artigo de Carver e Vondra, os quatro pontos elencados pelos autores como os indutores do fracasso dos meios alternativos de solução de conflitos ainda podem ser vislumbrados especialmente no Brasil. Por isso, importante tratar do papel dos advogados na condução desse processo, uma vez que ele perpassa por todos os pontos essenciais apontados pelos juristas. Dessa forma, o papel dos advogados, bem como o papel dos mediadores, será analisado ainda neste capítulo.

Resta claro que para diluir os riscos pertinentes à institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos é fundamental que a mediação e a conciliação não sejam vistas apenas como um filtro dos casos que acessarão o judiciário. Dessa forma, será possível evitar também o embate entre uma justiça de primeira e de segunda categoria.

Na avaliação de Gabbay (2011) a alta taxa de congestionamento que alimenta a crise no judiciário tem feito com que os meios alternativos sirvam para reduzir a quantidade de processos que atingem a fase de julgamento. Tais meios, no entanto, não devem servir apenas como instrumento de desafogamento do judiciário, mas sim ser entendidos como opção para real solução dos conflitos sob pena de se tornarem óbice ao seu propósito maior.

3.2. (Des) observância aos princípios e garantias constitucionais e as previsões coercitivas no Código de Processo Civil

Para alguns estudiosos, da maneira como estão previstas no ordenamento jurídico, a mediação e a conciliação são instrumentos de opressão e coerção. Para Bush e Folger, ainda que o movimento de mediação tenha começado com as melhores intenções, a mediação tem se mostrado um perigoso instrumento para aumentar o poder das partes mais fortes que se aproveitam das partes mais fracas. (BUSH E FOLGER, 1996)

Segundo os autores, em função do informalismo e da consensualidade do processo, e por conseguinte em função da ausência de normas processuais e substanciais, a mediação pode agravar os desequilíbrios de poder e abrir a porta para a coerção e manipulação que exerce a parte mais forte. Sob tal possibilidade, os autores afirmam ainda que sob o pretexto da neutralidade o mediador não impede tal conduta.

Por esse motivo, Bush e Folger avaliam que quando comparada aos processos judiciais de caráter formal, a mediação vem aos poucos produzindo resultados injustos, desproporcionais e imperdoavelmente favoráveis às partes mais fortes:

Por causa de sua índole íntima e informal, a mediação oferece àqueles que a exercem um grande poder estratégico que lhes permitem controlar a discussão, bem como possibilita que os mediadores manifestem livremente suas próprias tendências. Essas tendências podem afetar a estruturação e a seleção das questões; a consideração e a qualificação das alternativas de solução e muitos outros elementos que influem sobre os resultados. Dessa forma, como consequência de tudo isso a mediação tem, aos poucos, determinado soluções injustas. (Bush e Folger, 1996, p.50) (tradução nossa)

Bush e Folger afirmam ainda que, como a mediação trata das disputas sem se referir a outros casos similares e sem a alusão ao interesse público, resulta na desagregação e privatização dos problemas que interessam ao público. Arrematam que, “em outras palavras, o movimento mediador ajudou os fortes a dividir e conquistar. Os partidos mais fracos são

impedidos de fazer causa comum e o interesse público é ignorado e enfraquecido" (1996, p.51)(tradução nossa)

Em resumo, o efeito geral do movimento tem sido neutralizar as conquistas obtidas na esfera da justiça social pelos movimentos em favor dos direitos civis, das mulheres e do consumidor, entre outros, e ajudar a reestabelecer a posição privilegiada das classes mais fortes e a perpetuar a opressão dos mais débeis. ((BUSH E FOLGER, 1996)

Da mesma opinião compartilha o jurista italiano e professor da Universidade de Pavia, na Itália, Michele Taruffo, para quem uma das dificuldades dos meios alternativos de solução de conflitos diz respeito à proteção de indivíduos vulneráveis:

Historicamente, o legislador interveio para proteger sujeitos fracos usando várias técnicas regulatórias, a principal das quais consiste em tornar os direitos desses sujeitos indisponíveis. No caso da proteção dos trabalhadores, o legislador intervém - por assim dizer - protegendo o sujeito fraco "contra si mesmo", ou seja, considerando as alienações nulas e sem efeito de seus direitos, com base na presunção de que tais atos não foram praticados livremente, mas foram impostos pela contraparte forte. É, portanto, uma questão de situação legal "com tutela reforçada" em um nível substancial, cujas regras de aplicação podem sempre ser invocadas perante o juiz. Trabalhos de mediação caminha na direção oposta, porque pressupõem que o acordo entre as partes será celebrado precisamente na medida em que dispõem de seus direitos. Na perspectiva da proteção dos sujeitos fracos, parece sem dúvida que isso representa um importante passo para trás, visto que há uma tendência de fato, eliminar a proteção constituída pela indisponibilidade da lei e pela possível intervenção do juiz para proteger esse direito. (Taruffo, 2008, p.161) (tradução nossa)

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"

No artigo "Aspectos polêmicos da mediação judicial brasileira: uma análise à luz do novo código de processo civil e da lei da mediação", Karime Silva 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 invés 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, 2016)

Segundo Siviero, a mediação se tornou um instrumento coercitivo:“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”. (SIVIERO. 2015).

Siviero avalia que uma primeira leitura do artigo 334 do Código de Processo Civil indica que a mediação foi pensada para servir de obstáculo ao exercício legítimo do direito de ação, atendendo aos propósitos de celeridade do judiciário, que se beneficia com o filtro adotado para a admissibilidade das demandas e aos litigantes de má-fé interessados na procrastinação do julgamento da lide.

Para Pinho (2010), sob o pretexto de apresentar outros meios de composição de conflitos para além da solução adjudicada, o Poder Judiciário se avoca da realização da mediação impregnando-a com o peso da intervenção estatal aprofundando o anacronismo ao

conceito contemporâneo de *Alternative Dispute Resolution -ADR*. A respeito dessa estratégia, o autor resume:

Observa-se que a realização da mediação na esfera intrajudicial vem deixando de ser uma mera opção oferecida às partes. Os programas de mediação vem sendo sobejamente incorporados os Tribunais, seus procedimentos incorporados aos códigos e sua participação é compulsória em determinados assuntos. Embora pareçam soluções rápidas e eficazes, são na verdade, esquemas que comprometem a essência do instituto, mesmo que sob o argumento de que se trata de uma forma de educar o povo ou para a implantação de uma nova forma de política pública e se prestam a *resolver* a crise dos acesso à justiça apenas em curto prazo. (PINHO, 2010)

Segundo ele, ao deixar a mediação à sombra de um Tribunal ou punir as partes que resistem ao convite para mediar, fere-se a sua identidade, ora aproximando-a da adjudicação (processualização), ora confundindo-a com uma conciliação (patrimonialização). Em ambos os casos o resultado final dica aquém das expectativas.

Na avaliação de Gabbay, no Brasil um dos grandes óbices à adoção da mediação obrigatória é a inafastabilidade da jurisdição, resguardada constitucionalmente pelo artigo 5º, XXXV da CF/88. Para Salles, para que tal norma constitucional não seja violada é necessário que seja permitido ao sistema jurídico assimilar mecanismos alternativos à prestação do serviço jurisdicional como medida de substituição ou apoio à jurisdição estatal. (SALLES, 2010).

Salles entende que, na hipótese de a mediação ser obrigatória como um pré-requisito de acesso ao judiciário (o que de fato acontece atualmente), ela se equipararia aos requisitos existentes para o direito processual de ação: os pressupostos processuais e as condições da ação.

Para ele, aceitar a inclusão no conceito de jurisdição de mecanismos não judiciais de solução de conflitos permite uma interpretação mais próxima das finalidades da norma de inafastabilidade. (SALLES, 2010, p.784). O reconhecimento dessa realidade permitiria melhor enquadrar a escolha e o momento de se recorrer a determinado mecanismo de solução

de conflitos, o que possibilitaria, no longo prazo, uma redução da sobrecarga do Judiciário e forneceria também uma resposta mais adequada à situação do interessado.

Vale destacar que o Código de Processo Civil prevê dois casos de obrigatoriedade absoluta da realização da mediação. Nestes casos, o encaminhamento do processo para o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) independe de as partes concordarem ou não com a realização da audiência.

São eles: as ações de família, cuja previsão se encontra no artigo 334, §8º do referido diploma, visto que uma vez que o código preceitua que todo os esforços deverão ser empreendidos para que os conflitos sejam解决ados de forma consensual e que os litígios familiares são complexos; e os litígios coletivos envolvendo a posse de imóveis, quando o esbulho ou a turbação apontados na petição inicial tiverem ocorrido há mais de um ano e um dia, cuja a previsão consta do artigo 565, §2º. Neste último caso o Ministério Público também será intimado para a audiência.

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 encontrou nestes instrumentos uma forma mais eficaz e barata para aliviar o excesso de demandas. Entretanto, 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, 2016).

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”

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 direito), seja parcial ou utilize da comunicação ou de sua posição para intimidar as partes, em especial as desamparadas. Os aspectos que interferem na atuação dos mediadores serão estudados mais profundamente a seguir.

O estímulo à mediação deve ser criterioso de modo que não contenha abusos ou adesões involuntárias aos acordos. Assim, imprescindível que as partes sejam esclarecidas sobre os ganhos ao aderirem a mediação, mas sem que sofram pressões para participar das técnicas alternativas, e que encontrem um ambiente favorável a composições espontâneas:

“Os riscos inerentes à institucionalização da mediação judicial não ofuscaram suas vantagens. Nutre-se o anseio de que os mecanismos alternativos auxiliem o judiciário a solucionar qualitativamente os conflitos por meio do resgate da comunicação e do reconhecimento do protagonismo dos atores sociais” (SIVIERO, 2015).

Dessa forma, com o constante empoderamento dos cidadãos e a possibilidade de que assumam o protagonismo na solução consensual da desavença é necessário que todos os envolvidos no processo judicial reconheçam a importância dos mecanismos alternativos de solução de conflitos. Neste contexto, as inovações legislativas contribuem para a mudança cultural dos cidadãos e dos operadores de direito, entretanto, existem riscos de que a institucionalização do consenso se torne, no lugar de um instrumento educativo, uma barreira de contenção e engessamento dos instrumentos populares de empoderamento social (SIVIERO, 2015).

3.3 Obstáculos para a construção de um acordo

Os professores Frank Sander, Stephen Goldberg e Nancy Rogers, (2012) estudiosos do modelo de mediação da Escola Harvard, enumeram diversos aspectos que podem culminar em 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. Para que contribuam de fato para a pacificação social, os meios alternativos devem superar todas essas questões.

No Brasil ainda estamos caminhando nesta direção. Dessa forma, se faz necessária uma análise crítica sobre a institucionalização dos meios alternativos no País, uma vez que o reconhecimento dos pontos negativos dos meios alternativos viabilizará a busca de soluções para o seu aprimoramento. Até mesmo nos países onde a adoção dos meios alternativos já está consolidada, como é o caso dos Estados Unidos, o avanço não ocorreu sem objeções.

Neste contexto, um dos importantes críticos aos meios alternativos de solução de conflitos é o professor Owen Fiss, processualista, que publicou em 1984 no *Yale Law Journal*, da Universidade de Yale o artigo *Against Settlement*. Neste trabalho Fiss expõe seus argumentos ao se posicionar contra os acordos realizados em juízo. Para ele 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, às repercussões sociais advindas ao longo do trâmite processual.

Como consequência destes fatores negativos, Fiss (1984) entende que, não raro, ocorrem celebrações de acordos lesivos a uma das partes ou até a ambas as partes. Sob este aspecto Cardoso (2010), 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, segundo ele, de que a conciliação e a mediação sejam acompanhadas por advogado, que ao vislumbrar prejuízos deve desaconselhar o cliente a formalizar o acordo.

No texto *Against Settlement*, Fiss assim expõe seu ponto de vista sobre o tema:

Em um relatório recente para os Superintendentes de Harvard, Derek Bok pediu uma nova direção na educação jurídica. Ele denunciou "a inclinação familiar no currículo da lei para preparar os estudantes para o combate legal" e pediu que as escolas de direito treinassem seus alunos "para as artes mais delicadas da reconciliação e da acomodação". Ele procurou desviar nossa atenção dos tribunais para "novos mecanismos voluntários" para resolver disputas. Ao fazê-lo, Bok ecoou temas que há muito estão associados ao Chefe de Justiça e que se tornaram um ponto de encontro para a ordem organizada e a fonte de um novo movimento na lei. Esse movimento é o assunto de uma nova revista profissional, uma seção recém-formada da Associação

Americana de Escolas de Direito e vários institutos bem financiados. Até recebeu seu próprio acrônimo ADR (Alternative Disput Resolution). O movimento promete reduzir a quantidade de processos iniciados e, consequentemente, a maior parte de suas propostas é dedicada à negociação e mediação antes do processo. Mas o interesse pelas chamadas "artes mais gentis" não foi tão limitado. Ela também se estende a litígios em andamento, e os defensores da ADR buscaram novas maneiras de facilitar e talvez até pressionar as partes na resolução de casos pendentes. No ano passado, a Regra 16 do Regulamento Federal de Processo Civil foi alterada para fortalecer a mão do juiz na intermediação de acordos: A "facilitação de acordos" se tornou um objetivo explícito das conferências pré-julgamento, e os participantes foram oficialmente convidados, se essa é a palavra correta, considerar "a possibilidade de solução ou o uso de procedimentos extrajudiciais para resolver a disputa.(FIZZ, 1984) (tradução nossa)

Na avaliação de Fiss, os defensores das *Alternative Disput Resolution (ADRs)* são levados a apoiar tais medidas e a exaltar a ideia de solução mais geral, porque o interesse nesses mecanismos não se limitaria à mediação prévia ao litígio, mas se estenderia também à ação judicial. Dessa forma, segundo Owen, os partidários das ADRs criaram novas maneiras para facilitar e até para pressionar as partes para resolverem um processo judicial em andamento através de um acordo.

Fiss entende ainda que os defensores das ADRs reconhecem que quando as partes delegam a solução do conflito ao judiciário estão rompendo suas relações sociais, mas ao defenderem as ADRs esperam que as partes sejam capazes de compor por si mesmas o conflito, o que seria preferível, pois atuariam em consenso. “É mais uma trégua do que uma verdadeira reconciliação, mas parece preferível ao julgamento, porque repousa no consentimento de ambas as partes e evita o custo de um longo julgamento”, resume o autor.

Fiss aponta quatro críticas em relação às ADRs: i) o consentimento é frequentemente coagido; ii) não há clareza sobre o sujeito mais adequado para decidir o acordo; iii) a ausência de um julgamento justo perante a Corte pode gerar problemas judiciais posteriores; iv) ainda que haja acordo não se fez justiça. “O acordo é mais uma capitulação às condições da sociedade de massa e não deve ser encorajado ou elogiado”, argumenta o autor.

Inicialmente Fiss argumenta que nem sempre os litigantes têm as mesmas condições financeiras para sustentar o litígio. Dessa forma, os conflitos podem envolver uma minoria racial contra a polícia municipal, por exemplo, envolvendo uma alegação de abuso, ou mesmo, o que é comum nas Varas de Trabalho, um trabalhador hipossuficiente contra uma grande corporação. Dessa forma, a realização de um acordo pode contrariar um conceito de justiça que pretende tornar a riqueza das partes algo irrelevante.

Entre os aspectos que Fiss aponta como desfavoráveis aos meios alternativos, está a disparidade de recursos entre as partes. Essa diferença, avalia, pode influenciar o acordo de três maneiras. Em um primeiro cenário, a parte mais pobre pode ser menos capaz de reunir e analisar as informações necessárias para prever o resultado do litígio e, portanto, ficar em desvantagem no processo de negociação.

Neste contexto, não faltam exemplos, como em situações onde de um lado se posiciona uma instituição educacional e de outro o cidadão para discutir o pagamento de mensalidades atrasadas ou em aberto, muitas vezes o réu, que é o cliente da instituição, não possui a capacidade para analisar as informações a ele apresentadas, em geral, pelo departamento jurídico da instituição. Dessa forma, é comum, em audiências de conciliações pré processuais, que a parte ré, em desvantagem, e sem a devida assistência técnica, uma vez que não é obrigatória a presença de advogado nas audiências pré processuais realizadas nos Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc), seja coagida a fazer um acordo que não lhe seja proveitoso.

Em um segundo cenário desenhado por Fiss, a parte mais pobre pode precisar dos danos que procura imediatamente e, assim, ser induzida a se contentar com uma forma de acelerar o pagamento, mesmo sabendo que está obtendo um valor menor do que alcançaria se aguardasse o julgamento. Para Fiss, todos os litigantes querem seus danos imediatamente, mas um demandante hipossuficiente pode ser explorado por um réu rico porque sua

necessidade é tão grande que o réu pode forçá-lo a aceitar uma quantia que é menor que o valor atual comum da sentença.

No caso de uma demanda pré processual, o consumidor, que é considerado hipossuficiente pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), dificilmente conseguirá um acordo com uma empresa, que, por ser litigante habitual possui poder de barganha de manipulação das situações fáticas de modo que se beneficia com as diversas possibilidades de atuação dentro e fora do Judiciário.

“As empresas adotam estratégias de modo a maximizar os ganhos no longo prazo e em larga escala, avaliando quais as situações favoráveis ao firmamento de um acordo e quando o recurso à turma recursal provavelmente reduzirá o valor da condenação”, (ORSINI e RIBEIRO, (2012, pág 36). No âmbito processual, as ações consumeristas têm grande influência no volume de processos no Poder Judiciário.

No terceiro cenário sugerido por Fiss a parte mais pobre pode ser forçada a se contentar por não tem recursos para financiar o litígio, sem verba para suas próprias despesas projetadas, como o tempo do advogado ou os gastos que seu oponente pode impor. Nessa situação pode parecer que o acordo beneficia o autor, permitindo que ele evite os custos do litígio, mas nem sempre essa é a realidade.

O réu, em determinadas situações, pode estimar quais seriam os custos do autor até o final do processo e deduzir esse valor de uma proposta de acordo. O autor hipossuficiente, na visão de Fiss, é vítima dos custos do litígio, mesmo em casos de acordo.

Sobre tais diferenças entre os litigantes, Fiss avalia que nem os honorários cobrados ao final do processo, nem a assistência judiciária seriam instrumentos capazes de equalizar as relações muito díspares, uma vez que a cobrança de honorários ao final torna o litigante vulnerável ao advogado que patrocina sua causa, transferindo-se dessa forma a exploração do

hipossuficiente pelo réu rico para os advogados, que vão ficar com um grande percentual do resultado financeiro da ação.

Caso a parte hipossuficiente seja ré do processo essa remuneração pelo êxito nem sequer é oferecida. Sobre a assistência judiciária o autor entende haver escassez de recursos governamentais para serem aplicados na área cível. (FISS, 1984)

Fiss entende que o desequilíbrio de forças também pode afetar o resultado do julgamento a medida que se reflete na qualidade da apresentação de provas e argumentos. Tal desequilíbrio, segundo ele, pode ser compensado pela presença do juiz, que pode se utilizar de diversas estratégias, tais como determinar a oitiva de testemunhas, e convocando instituições e pessoas para participarem do processo como *amicus curiae*.

Na avaliação de Fiss, “existe uma diferença crítica entre um procedimento de acordo, que é baseado na barganha e absorve as diferenças de riqueza como componente integral e legítimo, e um processo judicial, que luta contra essas diferenças”.(FISS,1984, pág. 1078).

A segunda crítica apontada por Owen Fiss sobre os meios alternativos se refere a ausência de autorização para a formulação de um acordo por parte dos litigantes. Em resumo, significa dizer que em muitos casos não são os indivíduos que demandam a justiça, mas as empresas, e nessas situações há dúvidas sobre quem é o legitimado para consentir na formulação de um acordo.

O autor entende que muitas organizações, como sindicatos e empresas, dispõem de procedimentos formais para identificar as pessoas autorizadas, mas tais procedimentos são imperfeitos e não eliminam conflitos de interesses internos.

Ainda que nos Estados Unidos as empresas devam ter um representante que agirá em seu favor, este agente receberá tais poderes por meio de um procedimento questionável: autonomeação no caso de a empresa ser a autora em um processo e nomeação por seu adversário no caso de ser o réu.

Sob este aspecto, o autor admite que a judicialização do problema não elimina esse risco, mas pondera que o julgamento pode ser mais imparcial que o acordo, uma vez que não será baseado apenas nas ações do representante da empresa. O juiz terá condições de conferir as afirmações e ações do representante por meio de instrumentos independentes. Dessa forma, a autoridade da decisão se originará na lei e não nas afirmações do representante.

A terceira crítica de Fiss reside no fato de a solução consensual estar aquém do envolvimento judicial. Segundo ele, os defensores das ADRs entendem que o acordo é um fiel substituto do julgamento pelo juiz, por considerarem que este é um ato trivial como o fim do processo, que termina com a declaração do direito.

Fiss defende o oposto: o envolvimento judicial não termina com o julgamento, pois frequentemente, após o julgamento as partes retornam ao judiciário para solicitar uma revisão do que foi decidido, por terem os fatos se modificado, por surgirem novos fatos ou mesmo para o acompanhamento na implementação das decisões.

Ainda que Fiss entenda que há espaço para acordos em questões como essas, ele defende que o juiz nada pode fazer para alterar um acordo. E mais, para Fiss, o juiz que enfrenta um pedido de desconstituição de um acordo deve reconstruir a situação como ela existia no momento da realização do acordo e decidir se houve mudança que justifique a alteração do mesmo.

3.4 O acordo e a disponibilização de direitos

Fiss discute também a necessidade de uma interpretação oficial da lei e do direito, o que não ocorre quando um conflito é解决ado pelas partes. Para ele, a adjudicação tem escopo mais amplo por ser um processo público que conta com um poder que foi definido pela lei.

Dessa forma, a solução dos conflitos por meio de acordos retira do judiciário o poder de interpretação da lei. Nas palavras de Fiss:

Ser contra o acordo não é urgir que as partes sejam forçadas a litigar, já que isso interferiria em sua autonomia e distorceria o processo de adjudicação; as partes serão inclinadas a fazer a corte acreditar que seu acordo é justiça. Ser contra o acordo é apenas sugerir que, quando as partes se autocompõem, a sociedade ganha menos do que parece, e por um preço que não sabe que está pagando. As partes podem se autocompor enquanto deixam a justiça sem ser feita (1984, pág. 1085).

Fiss acredita, portanto, que um acordo feito para garantir a paz pode significar que uma das partes aceitou menos que o considerava ideal. Dessa forma deixou-se de fazer justiça. Sobre o papel do juiz, o autor afirma que o alívio que os juízes sentem diante de um acordo formalizado pelas partes litigantes não é motivado pelo fato de que o trabalho foi feito, mas sim pelo sentimento de que mais um caso “foi pra frente”, tendo a justiça sido feita ou não.

Por fim, Fiss se contrapõe com os partidários das meios alternativos afirmando que o que os diferencia é a concepção sobre o judiciário. Ao passo que, para o autor, os adeptos das ADRs acreditam que é o caráter combativo da sociedade que impulsiona os números do litígio, o próprio Fiss acredita que as pessoas vão às cortes porque precisam delas e não por causa de sua personalidade:

Alguém como Bok vê a adjudicação em termos essencialmente privados: o objetivo de ações judiciais e tribunais civis é resolver disputas, e a quantidade de litígios que encontramos evidencia o caráter desnecessariamente combativo e briguento dos americanos. Ou, como Bok colocou, usando uma linguagem mais diplomática: "No fundo a nossa sociedade é construída sobre individualismo, competição e sucesso." Eu, por outro lado, vejo a adjudicação em termos mais públicos: o litígio civil é um arranjo institucional para o uso do poder estatal para aproximar uma realidade recalcitrante dos ideais escolhidos. Vertemos aos tribunais porque precisamos, não por causa de alguma peculiaridade em nossas personalidades. Treinamos nossos alunos nas artes mais duras para que possam ajudar a garantir tudo o que a lei promete, não porque queremos que eles se tornem gladiadores ou porque temos um prazer especial em combate. (1984, pág. 1087)

O jurista Michele Taruffo compartilha das opiniões de Fiss sobre as dificuldades na construção de acordos na esfera judicial. De acordo com Taruffo, uma primeira dificuldade importante diz respeito à capacidade da mediação para realizar a proteção adequada dos direitos envolvidos na disputa. Para Taruffo:

Por um lado, de fato, pode-se observar que a mediação representa uma válida alternativa à proteção judicial somente se for capaz de oferecer proteção e direitos que são substancialmente equivalentes ao que poderia ser obtido através do processo. Por outro lado, porém, é clara que a possibilidade de resultado positivo da mediação baseia-se na disposição das partes em chegar a um acordo, e é improvável que se concorde plenamente com quem tem direito: comprometer sempre implica alguma renúncia à reivindicação plena do direito de alguém. De fato, não é por acaso que os teóricos da mediação dizem que a lei deve “permanecer fora da porta” e não deve interferir de forma alguma com a mediação, respeito ao qual a referência à dimensão jurídica da controvérsia constituiria um obstáculo. Em outras palavras, a mediação não serviria para proteger direitos, mas para alcançar o compromisso entre interesses não legalmente qualificados (2008, p.261) (tradução nossa)

Portanto, é impróprio dizer que a mediação serve para “fazer justiça” ou que constitui uma “justiça alternativa”, pelo menos enquanto o termo “justiça” for atribuído a uma conotação legal. As vias alternativas, pelo contrário, tratam de um método que visa curar um conflito através da reconciliação de interesses em jogo. Uma segunda grande dificuldade diz respeito ao fato de que, regra geral, a mediação é incapaz de eliminar, ou pelo menos reduzir, as consequências de desigualdade que pode existir e que frequentemente existe entre as partes da disputa.

A terceira dificuldade, na avaliação de Taruffo, está relacionada à segunda e diz respeito mais geralmente à proteção de indivíduos fracos. Segundo ele, historicamente, o legislador interveio para proteger sujeitos fracos usando várias técnicas regulatórias, a principal das quais consiste em tornar os direitos desses sujeitos indisponíveis.

Como pode ser visto bem no caso da proteção dos trabalhadores, mas a mediação caminha na direção oposta porque pressupõe que o acordo entre as partes será celebrado precisamente na medida em que dispõem de seus direitos (de fato nem sequer os considere).

Na perspectiva da proteção dos sujeitos fracos parece, sem dúvida, que isso representa um importante passo para trás: há uma tendência, de fato, de eliminar a proteção constituída pela indisponibilidade da lei e pela possível intervenção do juiz para proteger esse direito. (tradução nossa)

A principal conclusão de Taruffo é que a "estrada principal" para a resolução de disputas permanece sendo a jurisdição. Em muitos casos, quando se trata de direitos indisponíveis e, em particular, direitos fundamentais, a jurisdição representa antes, o único instrumento admissível para a resolução de disputas.

Obviamente, a jurisdição deve ser exercida através de procedimentos acessíveis a todos e, acima de tudo, rápidos e eficientes na proteção de direitos dos cidadãos. Na avaliação de Taruffo, se essas condições não existirem – como por exemplo ainda hoje acontece na Itália – a solução não pode, contudo, consistir em induzir ou forçar cidadãos a usar métodos alternativos para obter alguma solução de suas disputas, talvez com a aceitação forçada de acordos injustos imposto pelo lado mais forte.

Para ele, a única resposta aceitável para problemas de ineficiência da justiça consiste em reformas profundas e radicais da justiça civil e da organização judicial. A história recente das reformas processuais, na Espanha como na Alemanha ou na Inglaterra, mostra que isso é possível, isto é, que reformas adequadas podem realmente reduzir o tempo de justiça civil, garantindo assim aos cidadãos a proteção efetiva de seus direitos.

A existência de justiça pública acessível e eficiente é, além disso, a condição necessária para colocar corretamente o problema dos métodos resolução alternativa de litígios.

3.5 O desequilíbrio entre as partes nas ações de consumo

Conforme já apontado, existe um grande desequilíbrio entre as partes principalmente quando o assunto é direito do consumidor, pois não raro, de um lado se posiciona uma empresa e de outro um cidadão.

De acordo com um levantamento publicado em 2017 pela Associação Brasileira de Jurimetria, intitulado “Os Maiores Litigantes da Justiça Consumerista: Mapeamento e Proposições”, apenas em 2014, foram mais de dois milhões de casos novos no Brasil envolvendo responsabilidade do fornecedor ou indenização por dano moral, ou seja, a empresa demandada como ré no processo, situando o assunto como o terceiro mais destacado de todos os tribunais, com pelo menos 4% de todas as novas demandas do ano de 2014.

A pesquisa foi realizada com os seguintes objetivos: levantar os maiores litigantes em ações consumeristas na Justiça Estadual; estudar as características dos litigantes e de seus litígios; avaliar de que forma os maiores litigantes variam regionalmente; estudar as características dos meios alternativos ao litígio; investigar como as grandes empresas do setor privado veem o problema das ações consumeristas; e propor soluções administrativas para lidar com os casos pendentes e reduzir a entrada de novos casos no Judiciário.

O levantamento foi feito nos tribunais de justiça do Amazonas, do Distrito Federal, da Bahia, do Mato Grosso, do Rio de Janeiro, de São Paulo e do Rio Grande do Sul e a hipótese trabalhada foi a de que um pequeno grupo de litigantes são réus na maior parte dos processos judiciais. A hipótese foi confirmada, conforme tabelas abaixo.

Na primeira tabela estão os maiores litigantes de cada tribunal, a quantidade de ações e o percentual que elas respondem do contingente total do referido tribunal.

Os maiores litigantes em ações consumeristas

TRIBUNAL	EMPRESA/ GRUPO	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL	PERCENTUAL ACUMULADO
TJAM	Manaus Ambiental	2162	14,60%	14,60%
TJAM	Bradesco	1291	8,70%	23,40%
TJAM	Lider	1024	6,90%	30,30%
TJAM	Itaú	895	6,10%	36,40%
TJAM	Amazonas Energia	773	5,20%	41,60%
TJBA	Bradesco	695	9,66%	9,70%
TJBA	Itaú	520	7,23%	16,90%
TJBA	Banco Votorantim	484	6,73%	23,60%
TJBA	Lider	375	5,21%	28,80%
TJBA	Banco Pan	374	5,20%	34,00%
TJDFT	Claro	4725	8,95%	9,00%
TJDFT	Oi Telecom.	2544	4,82%	14,00%
TJDFT	Vivo	2274	4,31%	18,00%
TJDFT	Bradesco	1963	3,72%	22,00%
TJDFT	Banco do Brasil	1865	3,53%	25,00%
TJMT	Bradesco	14459	9,98%	10,00%
TJMT	Claro	13042	9,00%	19,00%
TJMT	Energisa	11114	7,67%	27,00%
TJMT	Vivo	10234	7,06%	34,00%
TJMT	Oi Telecom.	9723	6,71%	40,00%
TJRJ	Oi Telecom.	226062	12,80%	13,00%
TJRJ	Itaú	122621	7,00%	20,00%
TJRJ	Claro	107584	6,10%	26,00%
TJRJ	Bradesco	84886	4,80%	31,00%
TJRJ	Light	79794	4,50%	35,00%
TJRS	Oi Telecom.	142900	13,00%	13,00%
TJRS	Serasa Experian	96803	8,80%	21,80%
TJRS	Itaú	46323	4,20%	26,00%
TJRS	Boa Vista Spc	45816	4,20%	30,10%

TJRS	Bradesco	40106	3,60%	33,80%
TJSP	Itaú	93263	9,28%	9,3%
TJSP	Bradesco	62701	6,24%	15,5%
TJSP	Vivo	60983	6,07%	21,6%
TJSP	Banco Votorantim	59517	5,92%	27,5%
TJSP	Santander	39995	3,98%	31,5%

Fonte: CNJ – Políticas Públicas do Poder Judiciário – Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições

Na segunda tabela estão elencados os maiores litigantes por setor em cada tribunal do País, bem como a quantidade de ações que cada setor soma e o percentual que determinado setor responde do volume total das ações de cada tribunal.

Setores litigantes em ações consumeristas

TRIBUNAL	ÁREA	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL	PERCENTUAL ACUMULADO
TJAM	Instituições Financeiras	4159	28,1%	28,1%
TJAM	Concessionárias de serviços básicos	2939	19,9%	48,0%
TJAM	Telecomunicações	1997	13,5%	61,5%
TJBA	Instituições Financeiras	3700	51,5%	51,5%
TJBA	Companhias de seguro	1141	15,9%	67,3%
TJBA	Telecomunicações	263	3,7%	71,0%
TJDFT	Telecomunicações	13251	20,4%	20,4%
TJDFT	Instituições Financeiras	9538	14,7%	35,2%
TJDFT	Transporte aéreo	3353	5,2%	40,3%
TJMT	Instituições	41367	24,9%	24,9%

Financeiras				
TJMT	Telecomunicações	39941	24,1%	49,0%
TJMT	Companhias de seguro	15305	9,2%	58,2%
<hr/>				
TJRJ	Telecomunicações	574943	32,7%	32,7%
TJRJ	Instituições Financeiras	428275	24,3%	57,0%
TJRJ	Concessionárias de serviços básicos	154413	8,8%	65,8%
<hr/>				
TJRS	Instituições Financeiras	308171	28,0%	28,0%
TJRS	Telecomunicações	246293	22,4%	50,4%
TJRS	Adm.Cadastro Inadimplentes	183300	16,7%	67,0%
<hr/>				
TJSP	Instituições Financeiras	409940	40,3%	40,3%
TJSP	Telecomunicações	152812	15,0%	55,3%
TJSP	Companhias de seguro	32278	3,2%	58,5%
<hr/>				

Fonte: CNJ – Políticas Públicas do Poder Judiciário - Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições

Conforme se extrai da leitura das tabelas I e II os resultados indicaram a existência de uma relação entre os tipos de empresas que aparecem como maiores litigantes e o desenvolvimento econômico da região. Assim, áreas mais desenvolvidas tendem a concentrar mais casos envolvendo bancos e, enquanto áreas menos desenvolvidas tendem a concentrar casos envolvendo fornecedores de serviços essenciais.

E como as grandes empresas do setor privado veem o problema das ações consumeristas? Com base em entrevistas, o estudo identificou que as empresas têm grandes preocupações com ações consumeristas e acreditam que buscar soluções alternativas ao

litígio é a melhor forma de solucionar o problema. As empresas também apresentaram preocupações com relação a possível existência de advogados oportunistas e indústrias da gratuidade e do dano moral.

No estado de São Paulo, por exemplo, os cinco setores da economia mais demandados na justiça consumerista foram as instituições financeiras, com 40,3%; telecomunicações, com 15,0%; companhias de seguro, com 3,2%; planos de saúde, com 3,1%; e as concessionárias de serviços básicos, com 1,7% das demandas judiciais.(2018, pág 67)

Já entre as empresas que figuraram entre as maiores litigantes, também no estado de São Paulo, em 2014 destacam-se: Itaú, com 9,28%; Bradesco, com 6,24%; Vivo, com 6,07%; Banco Votorantim, com 5,92%; Santander, com 3,98%; Claro, com 3,64%; Banco do Brasil, com 3,40%; Tim, com 2,02%; Unimed, com 1,79% e Sulamerica, com 1,75% das demandas, conforme demonstra o estudo (2018, pág.66).

O estudo sugere, a partir de reuniões realizadas no decorrer da pesquisa, que aumentar os incentivos ao acordo no Judiciário não terá efeitos significativos sobre os casos já pendentes. “No entanto, isso não passa de uma hipótese e, por isso, sugerimos a realização de uma pesquisa aprofundada sobre a Semana da Conciliação para testar esse efeito”, afirmaram os pesquisadores (2018, p.123). Outras pesquisas sobre as lides consumeristas mostram que, em geral as grandes empresas, por serem litigantes habituais, enxergam no Judiciário um caminho conveniente para delongar o efetivo cumprimento de suas obrigações contratuais.

Dessa forma é quase um hábito corriqueiro nas lides típicas de relação de consumo que o representante da empresa demandada por um cliente chegue à audiência de mediação sem proposta de acordo, ou com um valor limite para a negociação, não acatando qualquer alteração na proposta por parte do cliente. Dessa forma, resta limitada a possibilidade de concessões e ajustes recíprocos. Portanto, “[...] é cada vez mais comum que as empresas em geral façam uso de processos litigiosos como estratégia comercial de postergação do pagamento de dívidas”. (FERRAZ, 2010, p. 134).

Sobre essa condição, Orsini e Ribeiro afirmam que “as empresas de telefonia podem ser consideradas como verdadeiras *repeat players* (litigantes habituais) no âmbito dos Juizados Especiais em Telecomunicações, sendo alvo de inúmeras ações, todas elas para discutir irregularidades na má prestação dos serviços e sendo capazes de especular o custo da litigação e sua melhor forma de atuação”.

É o que mostra um estudo que analisou pormenorizadamente o comportamento dos litigantes habituais no âmbito da telefonia no Juizado Especial em Telecomunicação de Belo Horizonte, durante o ano de 2011. A pesquisa constatou que os pedidos ajuizados nesse órgão jurisdicional se repetem de forma quase que idêntica. Orsini e Ribeiro, no artigo “A litigância habitual nos juizados especiais” transcrevem um trecho de sentença que comprova a similitude dos pedidos no Juizado Especial em Telecomunicação, denotando consciência do órgão jurisdicional a respeito do fenômeno das demandas repetitivas:

Com efeito, não se revela plausível que alguém permaneça conectado à internet, por meio de telefone móvel, no exterior, por quase dois dias inteiros. Dar amparo às alegações da ré, tendo em conta tais circunstâncias, vai de encontro às regras básicas de experiência comum (artigo 5º da Lei nº 9.099/95). Saliento, ainda, que reclamações similares a esta vêm se tornando usuais neste Juizado, já tendo sido constatado que determinados aparelhos de telefonia celular, quando no exterior, conectam-se automaticamente à internet, viabilizando a constante transferência de dados para a atualização de softwares nele instalados. Por outro lado, ressalto que os fornecedores, dotados de suficientes conhecimentos técnicos, deveriam prestar tais esclarecimentos a seus consumidores, uma vez que estes têm o direito de conhecerem amplamente as circunstâncias em que os serviços são oferecidos e, diante dessa informação, optarem pela sua utilização, ou não. No caso, constato que a ré falhou no cumprimento de seu dever de informação e lealdade (artigo 6º, III, do CDC), deixando de garantir a segurança legitimamente esperada pela autora. (MINAS GERAIS. TJMG Juizado Especial Cível. 09ª Unidade Jurisdicional Cível. Sentença nº. 9018549.10.2011.813.0024. D.J.: 30 de Junho de 2011)

Entre as lides recorrentes destacam-se a inscrição indevida nos cadastros de inadimplentes, as reclamações em virtude de quebra contratual ou da má prestação do serviço e as reclamações em virtude de cobrança por serviço não solicitado ou a continuação da cobrança, mesmo após o cancelamento do serviço.

As decisões jurisprudenciais no âmbito do Juizado Especial em Telecomunicações concederam indenizações por danos morais especialmente nos casos de negativação dos dados do consumidor nos órgãos de proteção ao crédito, pois em situações como essa é clara a desordem na vida psíquica do lesionado que ultrapassa os transtornos do cotidiano, explicam os Orsini e Ribeiro. Nos demais casos, como a cobrança a mais por um serviço não utilizado ou o não cancelamento de uma tarifa, não havia a condenação por dano moral.

Isso ocorre, na avaliação dos autores, porque os Juizados Especiais preocupam-se em não em conceder o dano moral em situações que tenham o condão de ferir a vida psíquica da vítima, evitando o reconhecimento em ações ajuizadas com base em meros aborrecimentos e contratemplos do cotidiano de modo a impedir ao cidadão a obtenção de alguma indenização pecuniária pela via judicial. Sobre esse cuidado, os autores ponderam:

É sabido que muitas vezes as relações entre particulares geram contratemplos na vida daqueles que participam dessa relação negocial. Nem todo transtorno causado fará jus a uma correlata indenização. No entanto, o que há de ser analisado no presente estudo, por meio de uma visão crítica, é a frequência com que as empresas de telefonia vêm desrespeitando os contratos com seus consumidores e, com infeliz constatação, utilizando-se do Judiciário de modo a postergar o cumprimento de suas obrigações. Nesses casos, apesar de alguns afirmarem que houve somente um contratempo na vida do consumidor, tal atitude, que tem a finalidade precípua de gerar vantagens econômicas, pois, como já se mencionou, faz-se em um universo coletivo, certamente representa um abuso de direito, o qual deve ser penalizado pelo Estado.(Orsini e Ribeiro, 2012)

De fato, a empresa que constantemente gera transtornos aos consumidores, agindo ciente de que os contratemplos provocados na maioria das vezes não dão azo a danos morais quebra com a boa-fé objetiva inerente a qualquer contrato. Os autores constatam, portanto que, apesar de as decisões jurisprudenciais adotarem como parâmetro a função punitiva dos danos morais, o quantum arbitrado não é suficiente para desestimular as condutas ilícitas das empresas de telefonia, pois, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, também não podem gerar enriquecimento ilícito à vítima.

As empresas de telefonia, no âmbito dos Juizados Especiais, planejam melhor o conjunto de litígios em que estão envolvidas e testam estratégias diferentes. “A litigação para essas empresas é somente um custo extra e não altera expressivamente a sobrevivência da empresa diante das demais concorrentes.”(ORSINI e RIBEIRO, 2012, pág 35).

Ao analisar a quantidade de propositura de ações tão semelhantes, com a finalidade básica de reparar a má prestação do serviço de telefonia, as autoras do estudo investigaram se estaria ocorrendo um “excesso de acesso” nesse setor de Telecomunicações dos Juizados Especiais. Para elas:

Quando se analisa o “Excesso de Acesso”, o objetivo não é a redução desse acesso por meio de uma desconstrução de toda a teoria do “Acesso à Justiça”, que vem sendo edificada desde a década de 80. Na verdade, essa percepção é uma análise crítica para demonstrar sintomas de uma patologia jurídica que merecem ser tratados com cautela, não na tentativa de reduzir o ingresso ao Judiciário, mas de descobrir as razões que motivam a procura pela tutela judicial, apontando os possíveis abusos do uso do espaço jurisdicional público pelos litigantes habituais. (2017, pág.43)

No contexto analisado, advertem as autoras, é de extrema importância a contrarresposta do Judiciário diante de uma ostensiva prática repudiada pelo ordenamento jurídico, valorizando a função punitiva do dano moral, na medida em que se torna primordial para desestimular as condutas abusivas. Dessa forma, para Orsini e Ribeiro:

Além das demandas individuais abarcadas pelos Juizados Especiais, o avigoramento da tutela coletiva é apontado como uma possível solução para a redução da litigiosidade no setor de telefonia, pois desse modo fica suavizado o desequilíbrio material entre consumidor e fornecedor, trazendo repercussões sociais mais significativas que permitam alterações nas políticas negociais e na qualidade do serviço prestado. (ORSINI E RIBEIRO, 2017, pág. 43)

Para os autores, as ações coletivas constituem instrumento hábil para proteger de maneira célere e eficaz os interesses dos consumidores porque além de reduzirem o número de ações individuais por meio de decisões que produzam efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, inibem também práticas abusivas dos fornecedores, já que em âmbito coletivo desfalece a

hipossuficiência do consumidor, existente no plano fático quando considerado individualmente.

3.6 Litigantes habituais e litigantes não habituais

As empresas de telefonia que foram objeto da pesquisa realizada nos Juizados Especiais de Minas Gerais podem ser consideradas verdadeiras “repeat players”⁷ no âmbito dos Juizados Especiais em Telecomunicações. Isso porque sendo alvo de inúmeras ações, todas elas para discutir irregularidades na má prestação dos serviços, essas empresas são capazes de especular o custo da litigação e sua melhor forma de atuação.

O termo “repeat players” foi cunhado por Marc Galanter ainda na década de 1970, quando o professor desenvolveu uma distinção entre litigantes eventuais e habituais. De acordo com a versão brasileira do ensaio “Por que quem tem sai na frente” de Marc Galanter, organizada e traduzida por Ana Carolina Chasin, o professor definiu que, “em razão de diferenças em seus tamanhos, no estado do direito e em seus recursos, alguns dos atores na sociedade têm muitas oportunidades para utilizar os tribunais (no sentido amplo) para apresentar (ou se defender de) reclamações, enquanto outros fazem isso apenas raramente” (CHASIN, 2018, P.45).

Galanter dividiu esses atores entre os que recorrem aos tribunais apenas ocasionalmente (participantes eventuais ou PEs) e aqueles jogadores habituais (JHs), que se envolvem em várias litigâncias similares ao longo do tempo. Nesta estrutura, o cônjuge em um caso de divórcio, o requerente por acidente de trânsito, o acusado criminalmente são PEs; a empresa de seguros, o promotor de justiça, a empresa financeira são JHs.

⁷ Na doutrina brasileira o termo é traduzido como litigantes habituais

Ao refinar a noção de JH, Galanter classifica o perfil deste litigante como aquele que já teve e antecipa a litigância repetitiva; que corre poucos riscos com o resultado de qualquer caso; e que possui recursos para perseguir seus interesses de longo prazo. Já um PE, por outro lado, é definido como um perfil cujas demandas são muito amplas (em relação ao seu próprio tamanho) ou muito pequenas (em relação ao custo da resolução) para serem administradas rotineira e racionalmente. “Seria de se esperar que um JH participasse do jogo da litigância de uma maneira diferente daquela de um PE” avalia Galanter, que enumera as seguintes vantagens para os litigantes habituais:

- a) por já terem feito isso antes, têm conhecimento prévio e são capazes de estruturar a transação seguinte e construir um registro. Eles desenvolvem expertise e têm pronto acesso a especialistas
- b) desfrutam de economias de escala e têm baixos custos iniciais em qualquer caso.
- c) têm oportunidades para desenvolver relações informais facilitadoras com os encarregados institucionais
- d) precisam estabelecer e manter sua credibilidade como um combatente. O interesse que possuem em sua “reputação de negociador” serve como um recurso para estabelecer “compromissos” a respeito de suas posições.
- e) podem jogar com as probabilidades
- f) adotam estratégias calculadas para maximizar o ganho relacionado a uma longa série de casos, mesmo quando isso envolve o risco de perda máxima em alguns deles.
- g) podem disputar tanto regras quanto ganhos imediatos. Para eles vale a pena, antes de tudo, dispensar recursos a fim de influenciar a elaboração das regras relevantes por meio de métodos tais como o lobby.
- h) podem disputar as regras da própria litigância. Assim, qualquer coisa que favoravelmente influencie os resultados de casos futuros vale a pena ser testado.

Galanter prossegue na sua análise e descreve quatro tipos de relações mais comuns: onde ambos os litigantes são PE, onde ambos os litigantes são JH, onde o autor é PE e o réu é JH, e onde o autor é JH e o réu é PE, expostos da seguinte maneira:

TAXONOMIA DA LITIGÂNCIA POR CONFIGURAÇÃO ESTRATÉGICA DAS PARTES

PE vs. PE	JH vs. PE
Pai vs. Mãe (guarda)	Promotor de justiça vs. Acusado
Marido vs. Esposa (divórcio)	Financiadora vs. Devedor
Família vs. Membro da família (interdição)	Proprietário vs. Inquilino
Vizinho vs. Vizinho	Receita federal vs. Contribuinte
Sócio vs. Sócio	Desapropriante vs. Dono da propriedade
PE vs. JH	JH vs. JH
Beneficiário vs. Previdência social	Sindicato vs. Empresa
Revendedor de veículo vs. Fabricante	Distribuidor de filmes vs. Órgão de censura
Vítima de danos vs. Seguradora	Especulador vs. Municipalidade
Inquilino vs. Proprietário	Comprador vs. Fornecedor
Consumidor falido vs. credores	Agência reguladora vs. Empresas do setor
Difamado vs. Editora	

Fonte: Marc Galanter

PE vs. PE: Para o autor, os ocupantes mais numerosos desse quadro são as audiências de divórcios e de interdição. A maioria (mais de noventa por cento dos divórcios, por 62 [sumário] exemplo) não é contestada. Para o autor, uma grande parte deles é, na realidade, pseudo litigância, isto é, um acordo elaborado pelas partes e ratificado na forma de sentença. Quando há litígio de verdade, isso frequentemente se dá entre partes que têm algum laço íntimo entre si e disputam um certo bem imparcial, geralmente com nuances de “rancor” e “irracionalidade”. (CHASIN, 2018, p.63).

JH vs. PE: Segundo o autor, o maior volume de litígios é encontrado nesse quadro, onde estariam todos os tipos realmente numerosos, à exceção dos casos de danos pessoais, interdição e divórcio. Nesses litígios o direito é utilizado para o processamento rotineiro de demandas por parte daqueles que realizam essa execução como uma atividade empresarial regular, e os casos assumem frequentemente a forma de um estereotipado processamento em massa, com pouco da atenção individualizada do julgamento completo. Um maior número de casos é até mesmo resolvido “informalmente”, com acordos ajustados aos possíveis efeitos da litigância (descontados os riscos, custos e atraso). O estado do direito é de interesse do JH, mas não dos PEs acusados. À medida que o direito é favorável ao JH, ele é “seguido” de perto na prática. (CHASIN, 2018, P.65)

PE vs. JH: Seriam os tipos pouco frequentes, com exceção dos casos de danos pessoais, que se distinguem à medida que a livre entrada na arena é proporcionada por taxas contingenciais. Em causas que envolvem acidentes de trânsito, a litigância é rotineira e a negociação está intimamente ajustada aos possíveis resultados do litígio. Afora a área dos danos pessoais, a litigância não é habitual. Ela geralmente representa a intenção de algum PE em invocar ajuda externa para criar vantagem perante uma organização com a qual ele tem negociado, mas da qual está agora a ponto de se desligar (por exemplo, o empregado despedido ou o franqueado que teve a franquia cancelada). O autor PE geralmente tem pouco interesse no estado do direito. O réu JH, no entanto, está bastante interessado.

JH vs. JH: O autor avalia que seria de se esperar que houvesse pouca litigância, pois à medida que dois JHs disputam entre si sucessivamente, a expectativa de uma interação contínua e mutuamente benéfica produziria controles bilaterais informais. Isso parece confirmado por estudos que tratam de negociações entre empresários e em relações trabalhistas. Assim, embora agências oficiais sejam invocadas por sindicatos que tentam se estabelecer e por diretores que tentam impedi-los, apenas raramente o são em negociações

entre sócios, já que, segundo Galanter, Unidades com relações mutuamente benéficas não acertam suas diferenças nos tribunais. (CHASIN, 2018 p.67)

Galanter, por fim propõe quatro tipos de reformas equalizadoras: a) mudança de regras; b) melhoria dos aparatos institucionais; c) melhoria dos serviços jurídicos em quantidade e qualidade; d) melhoria da posição estratégica de “quem não tem”.

Sobre a mudança de regras, a proposta é que ela torne a utilização dos tribunais mais atraente para “quem não tem”. Assim, além de aumentar a possibilidade de resultados favoráveis, ela pode estimular a organização, bem como reunir e encorajar litigantes. Ela pode redistribuir diretamente recompensas simbólicas a “quem não tem” (ou a seus defensores).

O incremento nos aparatos institucionais contribuiria em especial para o processamento de demandas de modo que houvesse julgamento integral oportuno para cada causa apresentada: nenhuma fila, nenhum atraso, nenhuma estereotipificação. A redução do atraso diminuiria os custos dos autores, retirando essa vantagem dos JHs-réus, enquanto que os PEs aliviados por não terem mais que abater da reparação o custo do atraso, teriam maiores possibilidades de gastos com serviços jurídicos. Considerando que o acordo costuma ser induzido pelo atraso, a ideia é de que os autores PEs se inclinariam a litigar mais e negociar menos.

Melhor qualidade e mais quantidade para os serviços jurídicos implica em melhoria para “quem não tem” (incluindo maior disponibilidade de informação sobre esses serviços). Presumivelmente, isso diminuiria custos, removeria a vantagem da expertise, geraria mais litigância com resultados favoráveis para “quem não tem” e, talvez, originasse — em razão do aumento de apelações e questionamentos normativos — novas regras favoráveis.

Já a melhoria da posição estratégica de “quem não tem” significa melhor organização das partes constituídas por “quem não tem” (cuja posição as aproxima da dos PEs) em grupos

coesos com habilidade para atuar de modo coordenado, a fim de jogar com estratégias de longo prazo de modo que possam, por exemplo, se beneficiar de serviços jurídicos de primeira qualidade.

Ainda que essa distinção e o perfil dos litigantes tenha sido elaborada por Marc Galanter há mais de quarenta anos, a litigância habitual até hoje se mostra um empecilho ao acesso à Justiça. Isso se dá primeiro porque o acesso à Justiça está relacionado a uma forma igualitária de reivindicação de direitos e solução de litígios sob as predisposições do Estado. Portanto, se uma das partes possui vantagens estratégicas sobre a outra, extraídas de sua litigância habitual, a igualdade das partes perante o juiz deixa de existir e, consequentemente, o acesso à Justiça é abalado. (VAZ, 2020)

Outra maneira por onde a litigância habitual impede o acesso à Justiça se deve a dilação de tempo que os sistemas jurídicos necessitam para resolver várias lides similares, atrasando a prestação da tutela jurisdicional, em especial, em situações corriqueiras onde a justiça deveria ser célere. Como já apontado neste trabalho, o acesso à Justiça também é diretamente proporcional a uma resolução do litígio ocorrida dentro de um espaço de tempo razoável, e um dos problemas existentes no Brasil acerca da prestação jurisdicional envolve a longa duração dos processos judiciais.

Dessa forma, os meios alternativos de solução de conflitos, que foram pensados também como instrumentos para encurtar o tempo do processo, diante da atuação dos litigantes habituais perdem sua eficácia. Necessário, portanto, adoção de estratégias que impeçam os grandes e habituais litigantes de “sair na frente” dos pequenos e eventuais litigantes. Uma opção sugerida pela doutrina é a aplicação de uma indenização punitiva.

A finalidade da indenização punitiva é impedir ações propositadamente tomadas para cercear um direito (caráter inibitório) e demonstrar à coletividade que essa atitude não trás qualquer benefício àquele que age de má-fé (caráter pedagógico); ou seja, é “punir o ofensor, estabelecendo uma sanção que lhe sirva de exemplo para que não repita o ato lesivo” além de

dissuadir comportamentos semelhantes por parte de terceiros” (ANDRADE, 2006, p. 56).

Sobre esse tipo de comportamento, Michael Sandel relata a história do Ford Pinto, que na década de 1970 era um dos carros compactos mais vendidos nos Estados Unidos e que estava sujeito à explosão do tanque combustível em caso de colisão traseira. Quando uma das vítimas de queimaduras processou a Ford Motor Company pelo erro do projeto, os executivos da montadora realizaram uma análise de custo e benefício para consertar as 12,5 milhões de unidades que circulavam no País à época.

Também estimaram a quantidade de mortes e queimaduras que poderiam acontecer caso as mudanças necessárias não fossem realizadas. Chegaram à conclusão de que o custo de consertar o tanque, que somaria 137,5 milhões de dólares, não compensaria o benefício de um carro mais seguro, comparado ao custo de 49,5 milhões de dólares pagos de indenizações por mortes e acidentes. (2017, p.57)

Assim, possui as características essenciais necessárias para servir como instrumento de combate à litigância habitual, uma vez que inibe o litigante habitual de causar danos a outrem por ser demasiadamente onerosa e, quando o dano chega a ocorrer, sua aplicação serve como exemplo para que outros não ajam da mesma forma. “Com esses objetivos preservados, a indenização punitiva no Brasil poderia reduzir drasticamente o número de litigantes habituais se passasse a ser aplicada de forma habitual. No entanto, como a realidade brasileira é diferente das demais nações, o instituto deveria ser adaptado às características nacionais para maximizar seu desempenho e resultados.” (VAZ, 2020)

4 BALANÇO DOS PRÓS E OS CONTRAS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

4.1 Atuação dos mediadores e o papel dos advogados

Muitos se preocupam com a formação e a capacitação de mediadores, uma vez que, segundo Fernanda Tartuce, “o cuidado com a competência do mediador tem sido um caminho para o aperfeiçoamento dessa atividade”(2018, pág.301). Desde que entrou em vigor a Lei da Mediação, Lei 13.140/15, são inúmeras as discussões sobre a necessidade de ser o mediador um operador do Direito (especialmente um advogado), atentando-se especialmente à aptidão para conduzir o procedimento e a verificação de condições para o estabelecimento de um acordo exequível.

Sobre os mediadores judiciais, a Lei 13.140/15 não obriga que tenham formação em direito:

Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Art. 12. Os tribunais criarão e manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial.

§ 1º A inscrição no cadastro de mediadores judiciais será requerida pelo interessado ao tribunal com jurisdição na área em que pretenda exercer a mediação.

§ 2º Os tribunais regulamentarão o processo de inscrição e desligamento de seus mediadores.

Art. 13. A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, observado o disposto no § 2º do art. 4º desta Lei

Para Tartuce, o mediador deve, antes de tudo, ser paciente, sensível, despido de preconceitos e hábil para formular perguntas pertinentes aos envolvidos no conflito de modo a proporcionar espaço para a reflexão sobre seus papéis e a responsabilização quanto à reorganização de condições. Segundo ela:

O mediador deve representar um novo profissional: ele não pode agir como advogado (porque a hipótese não é de subsunção dos fatos às normas e porque ele não pode ser parcial em sua atuação); não pode agir como psicólogo (porque a escuta não tem finalidade propriamente terapêutica, e sim didática), nem pode agir simplesmente como um médico que ouve e delimita um diagnóstico (porque são as partes que definirão os contornos da controvérsia e as saídas para o impasse); como se percebe, o mediador fica em uma posição incômoda por não se encaixar no modelo das profissões existentes. (TARTUCE, 2018, pág 301)

Especialmente para atuar em conflitos familiares, o mediador deve contar com preparo científico de natureza interdisciplinar, dado que as controvérsias costumam envolver complexos elementos que comprometem a assunção das respectivas responsabilidades pessoais.

Em regra, na visão da autora, não se afigura essencial que o mediador tenha formação jurídica ou de qualquer outra área do conhecimento: “o que se exige é que ele conte com a confiança das partes e seja capacitado para seu mister por meio de um treinamento que proporcione noções apropriadas sobre a dinâmica da comunicação”, avalia.

No caso das mediações judiciais, a orientação do Conselho Nacional de Justiça é que todos os mediadores atuantes em órgãos judiciários sejam capacitados de acordo com o previsto na Resolução 125/2010 do CNJ, instrumento que traçou as diretrizes importantes sobre os meios consensuais no País.

As mediações privadas, que vêm sendo realizada em centros, institutos, câmaras de mediação e até mesmo pela internet; os cursos de capacitação para mediadores, em geral, são ministrados pelas próprias instituições, o que é suficiente para atender os requisitos do art. 9º da Lei de Mediação, que prevê que poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer

pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

O Código de Processo Civil de 2015 também abarca o tema. Lá há a previsão de que os mediadores, conciliadores (cadastrados ou não no tribunal) ou a câmara privada de conciliação e mediação poderão ser escolhidos pelas partes, em comum acordo. Caso as partes não entrem em acordo sobre o mediador/conciliador mais adequado, o caso será distribuído para um conciliador/mediador registrado no tribunal, observada a sua formação.

O artigo 167 do CPC descreve as normas de organização judiciária descrevendo o procedimento que os Tribunais de Justiça ou os Tribunais Regionais Federais deverão adotar para registrar o conciliador, o mediador e as câmaras privadas de conciliação e mediação, conforme as suas áreas de atuação. Assim, inicialmente é necessário que o profissional realize o curso de capacitação promovido pelo próprio tribunal ou por entidade credenciada, conforme parâmetro definido pelo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça.

Depois de certificado, o mediador poderá requerer o registro no cadastro nacional e no Tribunal de Justiça ou no Tribunal Regional Federal, de acordo com a sua área profissional. Após, o tribunal remeterá o registro ao diretor da comarca ou da seção judiciária para que conste em lista para efeito de distribuição aleatória.

Em casos onde o conflito exigir poderá ser designado mais de um conciliador ou mediador para atuar na sessão. O CPC autoriza que cada tribunal crie um setor de conciliação e mediação ou programas destinados a estimular a autocomposição, ficando ao encargo de cada instituição a normatização interna necessária para a sua instalação. Percebe-se, portanto, que não há nenhuma padronização para a realização deste serviço, que pode variar de comarca para comarca.

Além da capacitação inicial para ingressar na atividade, os mediadores também devem frequentar cursos de reciclagem. Sobre esse aspecto, “Estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil” mostrou que o aprimoramento dos mediadores esbarra na remuneração dos mesmos. A questão fundamental, aponta o documento, é saber como exigir aprimoramento e capacitação contínua, que demanda tempo e, em alguns casos, recursos de pessoas que estão atuando voluntariamente:

A boa prática da mediação requer acompanhamento e reciclagem das técnicas utilizadas pelos mediadores que, sem remuneração pelos seus serviços, muitas vezes não conseguem arcar com o valor cobrado pelos cursos e oficinas de mediação. Ainda que haja alguns incentivos à atuação dos mediadores (como a obtenção de horas práticas de mediação, titulação em concursos públicos para magistratura, dentre outros), isso não obsta a elevada rotatividade de voluntários e nem justifica a ausência de remuneração. (2014, p.180)

De acordo com o levantamento sobre boas práticas, a participação de voluntários enriquece sobremaneira os programas de mediação. “No entanto, a dependência no voluntariado pode não ser condizente com a institucionalização e a capacitação necessária para o desenvolvimento de uma boa prática em mediação”, (CEJUS, 2014,p. 181)

Outro ponto importante que o estudo aponta se refere à necessidade de se fazer uma avaliação qualitativa da mediação e da conciliação, e não meramente quantitativa. Assim, a coleta de dados sobre a percepção das partes acerca do processo e de seu resultado, bem como outras informações atinentes ao comportamento das partes após a mediação, incluindo o cumprimento, ou não, do acordo permitirá a avaliação, principalmente, das más práticas de mediação, em que não ocorre a verdadeira pacificação do conflito.

Nessas situações as partes não se sentem ouvidas e acolhidas e frequentemente o acordo não se cumpre, o que leva à nova judicialização do conflito por uma das partes. Dessa forma, o número de pessoas atendidas e o número de acordos realizados não devem ser vistos como um “termômetro” de êxito da prática:

Não se trata de uma relação diretamente proporcional, onde “quanto maior o número de atendimentos, melhor a prática” ou “determinada prática está sendo bem executada, pois atende a um número significativo de pessoas”. É importante ter formas de verificar o cumprimento dos acordos (como, por exemplo, por meio de execuções futuras ajuizadas, pois se os acordos precisam ser executados significa que não foram eficientes).(CEJUS,2014, p.187)

No artigo “Ser um mestre em mediação?”, Gladys Stella Álvarez enumera alguns indicadores de qualidade da função dos mediadores:

- a) Atenção aos detalhes – Os mediadores devem observar os pequenos detalhes do comportamento das partes e nas reações de um em relação ao outro perceber sutis mudanças na linguagem ou tom de voz.
- b) Curiosidade – O mediador de qualidade, alerta a cada detalhe da interação, se dá conta quando ocorre este mecanismo de estreitamento de visão e, observando o comportamento e a linguagem, reconhece a oportunidade para ajudar as partes a ampliarem suas perspectivas. Realiza intervenções estratégicas para alertar as partes a entenderem as perspectivas da outra parte, incorporar novas ideias, fatos ou experiências que
- c) Exploração e descobrimento – Na dinâmica do conflito, os litigantes tendem a simplificar e a fazer generalizações de si mesmas (justo, receptivo, responsável, direito) e do outro (injusto, fechado, irresponsável, equivocado). Isto costuma vir acompanhado de uma visão rígida do problema ou da situação. O mediador sensível aos valores dos litigantes pode ajudá-los motivando-os a rever sua perspectiva egoísta e a ter uma visão mais ampla do problema. Ele não se fecha em categorizações.
- d) Desenvolver e testar as hipóteses -- As hipóteses equivalem às conceituações que o mediador faz do caso. A hipótese está composta pelas características dos litigantes, o contexto, o tipo de disputa e a metodologia de mediação que pode ser mais útil para intervir em cada disputa e com cada tipo de litigante. É formulada pelo mediador nos primeiros estágios da mediação. É vital para o êxito de uma mediação a habilidade do mediador para

formular e reformular suas hipóteses e diagnósticos do caso em conjunto com e em resposta à visão que as partes tenham da disputa.

e) Conhecer o grau de profundidade com o qual se deve trabalhar -- A arte da resolução de conflitos assenta-se em descobrir o nível no qual um conflito está realmente operando e encontrar um caminho para trabalhar neste nível. É possível equivocar-se tanto indo demasiado profundo como se resumindo à superfície.

f) Interpretação – Os mediadores devem interpretar e usar seu conhecimento, habilidades e experiência para responder às circunstâncias únicas de cada situação a fim de criar um desempenho que seja por sua vez distintivo e individual. Assim, fazem uma interpretação de suas práticas. Não é questão de estilo pessoal, o mediador de qualidade cria intervenções que são adequadas à situação e às partes, tem a habilidade de observar e responder às circunstâncias imprevistas e a capacidade de ser flexível sem perder de vista os objetivos e propósitos do processo.

g) Paciência e visão – Para muitos mediadores conseguir um acordo é o objetivo mais importante e principal indicador para o êxito. As partes também costumam estar ansiosas para chegar a um acordo. Os mediadores não estão alheios a este propósito, é parte de seu desempenho. No entanto, estão preocupados também com o processo pelo qual se obtém o acordo e não o descumprem deixando-se seduzir pelo resultado. A mediação de qualidade requer paciência e perseverança, atenção aos detalhes e um claro sentido de direcionalidade.

Para Leonard Riskin, que elaborou o Lawyer's Standard Philosophical Map, há um pensamento dominante entre os práticos e teóricos do Direito baseado em duas principais premissas: (i) as partes são adversárias e, se uma ganhar, a outra deve perder; (ii) as disputas devem ser resolvidas pela aplicação de alguma lei abstrata e geral por um terceiro.

Esses pressupostos são absolutamente contrários às premissas da mediação, segundo as quais: a) todos os envolvidos podem ganhar com a criação de uma solução alternativa; b) a disputa é única, não sendo necessariamente governada por uma solução predefinida.

É comum nas mediações e conciliações que os advogados mantenham a mesma postura antagônica que norteia suas condutas nos processos judiciais, atuando como defensores dos interesses dos seus clientes e como seus porta-vozes. Entretanto a mediação e a conciliação demandam uma mudança de paradigmas, tanto na postura das partes como na dos advogados. As partes ganham voz, uma vez que pressupõe-se que serão os autores da solução e neste contexto a representação por terceiro se torna exceção. (ALMEIDA, 2015 p.86).

Assim, para Almeida é necessário transferir para as partes o conhecimento técnico sobre a matéria discutida. Tal papel é essencial ao advogado, ou outros técnicos, de forma a bem qualificar as soluções construídas pelas partes. Neste novo cenário, os advogados saem da posição de defensores e se tornam assessores legais de seus clientes oferecendo os parâmetros jurídicos para os temas negociados.

O profissional do direito não costuma contar, em seu panorama de formação, com a habilitação para considerar meios consensuais, sendo seu estudo orientado para a abordagem conflituosa na maior parte do tempo. “Assim, geralmente não tem consciência nem conhecimento sobre como mediar conflitos, o que tende a dificultar sua adesão e gerar desconfianças sobre a adequação de técnicas negociais. (TARTUCE, 2018, p.354)

Muito se discutiu neste trabalho sobre a importância de uma avaliação qualitativa do uso métodos alternativos. Neste contexto é essencial que o profissional do direito entenda que uma de suas principais funções, além de representar e patrocinar o cliente (como advogado, defensor e conselheiro), “é conceber o design de um enquadre que dê lugar a esforços colaborativos”, (HIGHTON DE NOLASCO, E ALVAREZ, 2008, p.402)

Tal problema, porém, é contornável desde que sejam proporcionados instrumentos para o ensino das técnicas e sua divulgação aos operadores do Direito. Especialmente no tocante aos conflitos familiares, conforme analisado no capítulo 2, é urgente se considerar a adoção de uma postura profissional diferenciada, pois quem lida com conflitos de família precisa utilizar diversos instrumentos que vão além do campo legal.

Tartuce aponta que, infelizmente, grande parte dos advogados ainda não aborda os meios consensuais. Segundo ela, as razões da resistência são várias, destacando-se: (i) a sensação de ameaça por estarem fora da zona de conforto habitual; (ii) a crença sobre a falta de programas de treinamento de alta qualidade; (iii) a percepção de que, embora a ideia da autocomposição pareça boa, pelas pautas éticas do advogado sua adoção nunca se torna uma prioridade.

Entretanto, ela defende que a atuação do advogado como assessor técnico pode ser ampla, merecendo ser valorizada proporcionalmente ao ganho de tempo e de vantagens para o cliente; “isso repercute não só em valores com credibilidade e fidelização, mas também em ganhos materiais que podem ser percebidos rapidamente pelo profissional”, (TARTUCE, 2018, p.354)

Quanto aos honorários advocatícios, que também são uma fonte de preocupação para muitos operadores do direito, o Código de Ética da OAB prescreve: “é vedada, em qualquer hipótese, a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial”. A previsão ganhou elogios por romper “a perversa sistemática de punir o advogado que pauta-se pela economia processual e maior satisfação do cliente com pressões para redução de sua remuneração”(AZEVEDO, 2016).

No artigo “Meditation and Lawyers”, Riskin apresenta o que considera serem algumas forças que pressionam os advogados para que eles não remetam seus casos à mediação. A primeira seria o fato de o mediador não ser advogado, o que, em tese, implicaria em

problemas de responsabilidade profissional, bem como o forte sentimento de que certos tipos de disputas devem ser tratadas apenas por advogados e que um mediador leigo poderia facilitar inadequadamente certas decisões sobre uma variedade de questões técnicas.

Uma segunda força seria o medo de que a simples sugestão de tal encaminhamento destrua a confiança do cliente, quebrando suas expectativas de que o advogado atuaria como vencedor. A terceira força que inibe o encaminhamento à mediação, implica no fato de que ela custaria ao advogado o montante total ou parcial de seus honorários. (RISKIN, 1982, p.43)

Riskin entende que a mediação destaca a interconectividade dos seres humanos. Dessa forma, segundo ele, os advogados que percebem a interconectividade são menos vulneráveis ao tipo de excesso de entusiasmo com o papel adversário que influência em grande parte sua reputação.

4.2 Fundamentos para a adoção de meios alternativos de resolução de conflitos

A adoção de mecanismos alternativos de composição de conflitos, conforme explanado ao longo do presente trabalho tem como motor a crescente crise do judiciário, que vem ano a ano se sobrecarregando. Mas, ainda que o uso dos mecanismos alternativos ajude a diminuir a pressão sobre os órgãos estatais, a adoção da mediação e da conciliação deve ser revestida de uma abordagem adequada dos conflitos para que haja proveito também para as partes envolvidas.

Importante, como já pontuado anteriormente, que o conflito não seja visto apenas sob o aspecto negativo, mas que seja entendido como uma oportunidade de transformação. Na avaliação de Morgana de Almeida Richa:

“Necessário pontuar o predicado mais relevante da conciliação/mediação, pois instrumentos de pacificação social que encerram o conflito em dimensão muito superior à demanda, trazendo às partes o alívio pela solução encontrada, retirada a supremacia do vencedor e de igual forma a opressão do vencido, superadas pela compreensão da plausibilidade de encaminhamento que contemple o melhor interesse das partes, mediante concessões recíprocas a que se atribui finalidade de envergadura superior. (2012, p.32)

Além disso, para Fernanda Tartuce, em atendimento aos comandos constitucionais, revela-se importante possibilitar a disseminação, no tecido social, da cultura de paz; por tal razão, justifica-se a adoção de meios que propiciem a solução harmônica e pacífica de controvérsias no contexto da justiça coexistencial. (2018, p.181)

Para cada tipo de conflito deve ser adotada a via mais adequada à abordagem a partir da consideração de alguns fatores como as intenções das partes, o perfil da controvérsia e as possibilidades de cada mecanismo. Existem três escolas de mediação: o modelo de Harvard, conhecido também mediação facilitadora, o modelo transformativo e o modelo circular-narrativo.

O modelo de Harvard foi desenvolvido pelos professores Roger Fischer, Willian Ury e Bruce Patton na década de 1970. É conhecido como o modelo tradicional ou como mediação facilitadora. Neste modelo a busca por uma solução é negociada entre as partes, com a assistência de um mediador facilitador que ajuda a manter a comunicação entre os envolvidos.

De acordo, com o Manual de Mediação para advogados, esse modelo é utilizado no ambiente judicial e nas questões pontuais ou episódicas, patrimoniais, jurídicas ou técnicas, entre protagonistas que não mantêm relações continuadas. (2016, p.41). Para Francisco Edilson Loiola Filho, no artigo Mediação Familiar:a busca do pleno acesso à justiça:

O modelo de Harvard busca afastar a barganha posicional das partes, que representa uma pseudo negociação sem qualquer critério objetivo, o que geralmente produz desgaste entre as partes e, também, resulta em acordos injustos, superficiais, sem compromisso, não duradouro, enfim sem verdadeiramente atender aos interesses subjacentes daqueles que estão envolvidos no conflito (2019)

A escola de Harvard propõe que a negociação seja construída a partir de quatro princípios: a) separar as pessoas dos problemas, de forma que as partes se vejam como colaboradores na busca de uma solução para o problema, abandonando a posição de adversários; b) concentrar a discussão nos interesses e não nas posições; de forma que sejam descobertos os reais interesses das partes, independente da posição que ocupam c) inventar múltiplas soluções em busca de ganhos mútuos, antes de decidir, através da criatividade e da ausência de julgamentos; d) insistir para que o resultado tenha por base algum critério objetivo, para que a solução seja considerada justa por ambas as partes.

A mediação transformativa e a mediação circular narrativa são modelos mais adequados para conflitos entre protagonistas que mantém ou que mantiveram relações continuadas, envolvendo, por exemplo, questões, sentimentos e interesses entre familiares, vizinhos, sócios, colegas de trabalho, empresas, etc, com maior abertura e flexibilidade de diálogo. Neste contexto, de acordo com o Manual de Mediação do Advogado, a mediação transformativa não tem regras prévias e por isso possibilita uma plena atuação das partes por meios de procedimentos inspirados na psicologia, na sociologia, na antropologia, direito, na filosofia da linguagem e na teoria dos sistemas.

E é, também, como tal, uma arte, em face das habilidades e sensibilidades próprias do mediador. Na mediação, os mediandos não atuam como adversários, mas como corresponsáveis pela solução da disputa, contando com a colaboração do mediador. Daí porque se dizer que a mediação/conciliação é procedimento não-adversarial (autocompositivo) de solução de disputas, diferentemente dos processos adversariais (heterocompositivos), que são aqueles em que um terceiro exerce autoridade para decidir quem está certo, a exemplo dos processos administrativos, judiciais ou arbitrais. (MANUAL DE MEDIAÇÃO DO ADVOGADO, 2016, p.42)

Já a mediação circular-narrativa procura conduzir à desconstrução das narrativas iniciais, possibilitando que se construam novas histórias. A escuta das narrativas alterna-se com as perguntas, com as conotações positivas e as reformulações, de modo que as partes mediadas entendam que devem enfrentar o problema e não enfrentar-se.

De acordo com o Manual de Mediação para Advogados:

A utilização da mediação de conflitos, judicial ou extrajudicial, e o hábito da negociação direta entre os colegas advogados e seus clientes - algo cada vez mais comum no âmbito internacional - são práticas eficazes em face da sobrecarga do judiciário que, neste país, já acumula cem milhões de processos. Na ponta do lápis, considerando custos e benefícios, a acumulação de centenas de processos nas pastas dos escritórios acarreta imensas perdas e aborrecimentos, em oposição aos ganhos e à satisfação dos clientes com as soluções consensuais que a mediação pode ensejar, hipótese em que os honorários são de pronto percebidos. Este é um dos motivos porque começam a surgir, também em nosso país, escritórios de advocacia colaborativa, exclusivamente voltados para essas práticas; e que não atuam em litígios judiciais. (2016, p 46)

Dessa forma, os autores do Manual de Mediação para advogados – Aldemar de Miranda Motta Júnior; Carlos Eduardo de Vasconcelos; Diego Faleck; Fabíola Orlando; Francisco Maia Neto; Ricardo Dornelles e Samantha Pelajo – sugerem que os advogados façam constar dos seus contratos com seus clientes cláusulas relacionadas as várias alternativas de prestação do seu serviço de gestor de conflitos, deixando-se o ajuizamento como última opção, como a última porta de acesso a considerar.

Na avaliação de Luciane Moessa Souza é inevitável reconhecer que os princípios da mediação são os mais adequados a uma solução definitiva dos conflitos. A mediação é também uma prática que tem sido experimentada, com mais ou menos sucesso, na solução pacífica de conflitos internacionais, com os enormes benefícios que isto acarreta neste âmbito, em que as soluções heterônomas são praticamente destituídas de força coercitiva. (2015, p.71)

4.3 Prós e contras da institucionalização dos meios consensuais

A adoção de meios alternativos de solução de conflitos é uma tendência mundial que vem sendo impulsionada não apenas pelo congestionamento dos sistemas judiciais, mas

também pela evolução da sociedade rumo a uma cultura participativa onde o cidadão busca a solução de seus problemas por meio do diálogo e do consenso.

São diversas as vantagens da adoção de mecanismos alternativos à via jurisdicional. Na avaliação de Fernanda Tartuce, a mediação permite que o indivíduo decida os rumos da controvérsia e protagonize uma saída consensual para o conflito: ao incluir o sujeito como importante ator na abordagem da crise, valoriza-se sua percepção e considera-se seu senso de justiça. (2018, p.213).

Assim, os meios alternativos propiciam aos cidadãos a obtenção de resultados rápidos, confiáveis, econômicos e ajustados às novas tecnologias. E quando as pessoas concorrem com sua vontade para a construção de uma saída produtiva para ambas, elas cumprem espontaneamente os ajustes acordados. Sob este ponto José Renato Nalini ressalta que a configuração do acordo é capaz de inspirar nas partes a convicção de que se ajustaram espontaneamente, tendo prevalecido o bom-senso, o desapego e a luta contra a intransigência e o egoísmo. (1994, p.90).

Em geral, o conflito é tratado como um elemento negativo nas relações sociais, havendo a possibilidade de produzir prejuízos aos envolvidos. Entretanto, o conflito pode ser uma situação favorável para o desenvolvimento individual, aproximando as partes, fortificando as relações sociais.

Para Célia Passos, (2010) a construção da paz abriga abordagens que contemplam ao mesmo tempo a paz e a justiça, os direitos humanos e a transformação dos conflitos. As vantagens das soluções alternativas, segundo Cândido Rangel Dinamarco, consistem principalmente em evitar as dificuldades que empecem e dificultam a tutela jurisdicional: o custo financeiro do processo, a excessiva duração dos trâmites processuais e o necessário cumprimento das formas processuais (2013, p.124)

Já os pontos contrários à adoção dos mecanismos alternativos são a deletéria privatização da justiça, retirando do Estado uma de suas funções essenciais e naturais, a administração do sistema de justiça; a falta de controle e confiabilidade de procedimentos e decisões; exclusão de certos cidadãos e relegação ao contexto de uma “justiça de segunda classe”; frustração do jurisdicionado e enfraquecimento do Direito e das leis.(TARTUCE, 2018, p. 193).

Conforme Carver e Vondra, a arbitragem e a mediação podem apresentar significativa probabilidade de fracasso quando: a) as partes em conflito e respectivos advogados não tiverem adequada compreensão de como os processos de arbitragem ou mediação são distintos do processo judicial; b) as partes em conflito adotarem os meios alternativos como uma possibilidade secundária para tratar de questões de menor importância; c) as partes considerarem uma vitória sobre a outra como a única opção adequada; e d) as partes constituírem advogados excessivamente litigiosos.

Além dos aspectos internos do sistema judiciário, também podem significar desvantagens para os métodos alternativos, a ausência de conhecimento e de experiência por parte do mediador e o perfil litigante dos advogados. Um mediador com empatia e bom relacionamento interpessoal auxiliando partes que de fato queiram pacificar seu conflito e que estejam assessoradas por advogados interessados na construção de uma solução consensual e não focados em vencer o litígio pode ser a equação ideal para uma mediação bem sucedida.

CONCLUSÕES

A proposta deste trabalho foi analisar a institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos no Brasil apontando as vantagens e desvantagens da Política Nacional de Tratamento de Conflitos. A partir das hipóteses inicialmente formuladas, conclui-se que:

1. A institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos no Brasil teve como um dos objetivos 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.

2. São diversas as vantagens da adoção de mecanismos alternativos à via jurisdicional. Eles permitem que os indivíduos decidam os rumos da controvérsia e protagonizem uma saída consensual para o conflito. Essa inclusão do sujeito como importante ator na abordagem da crise, valoriza sua percepção e considera seu senso de justiça, em especial nos conflitos de família onde a mediação tem possibilitado a resolução da controvérsia e a manutenção das relações familiares

3. Os meios alternativos de solução de conflitos propiciam aos cidadãos a obtenção de resultados rápidos, confiáveis, econômicos e ajustados às novas tecnologias. E mais, quando as pessoas concorrem com sua vontade para a construção de uma saída produtiva para ambas, elas cumprem espontaneamente os ajustes acordados.

4. As vias alternativas nem sempre são vantajosas para as partes litigantes. Isso porque 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.

5. 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.

6. As perspectivas para o avanço dos meios alternativos no Brasil são promissoras, mas para que se consolidem é necessário que a cultura do litígio seja transformada em uma cultura pacificadora, o que, demandará alguns ajustes na execução da Política Nacional de Tratamento de Conflitos.

7. Para promover a mudança de cultura, ações integradas de valorização da mediação e conciliação poderiam incluir, elaboração e distribuição de manuais de “melhores práticas” nos espaços judiciais; estímulo à realização de mutirões de conciliação e mediação, como já são feitas as semanas de conciliação (muito elogiadas nos relatos); valorização dos espaços de conciliação e mediação, tornado-os mais acolhedores; campanhas na mídia; disseminação dos resultados das conciliações, concentrando a atenção nos benefícios gerados para o jurisdicionado e não para o Judiciário.

8. O trabalho dos conciliadores pode ser aprimorado com cursos de atualização obrigatória; desenvolvimento de capacitação para a conciliação em temas específicos, como por exemplo, conflitos envolvendo condomínio e bancos; estipulação de uma idade mínima para o exercício dessa função; real implementação da remuneração dos conciliadores em todo o território nacional.

9. Visando estimular a transformação da cultura do litígio em uma cultura de pacificação social: investir na organização de campanhas de fortalecimento da mediação e

conciliação em diferentes espaços públicos (entre eles os fóruns) e mídias sociais; incluir disciplinas obrigatórias sobre mediação e conciliação nos cursos universitários de direito; desenvolver programas de extensão com foco na mediação e conciliação em escolas de ensino fundamental e ensino médio sobre o tema; organizar campanhas conjuntas com a OAB sobre o tema, valorizando a disseminação de experiências positivas de advogados com a mediação e conciliação e dos resultados para os jurisdicionados e também para os advogados.

Tais sugestões podem contribuir para que a institucionalização dos métodos alternativos assegure de fato o acesso à justiça e produza resultados tanto para o judiciário, como para os advogados, e, especialmente, para as partes envolvidas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. Revista da ABPI, Rio de Janeiro, n. 85, p. 55-69, nov.-dez. 2006.

ALMEIDA, Tânia. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. Artigo publicado em Mediação de Conflitos- Novo paradigma de acesso à justiça. Fórum. 2009.

AZEVEDO, André Gomma de; BUZZI, Marco Aurélio. Valorizar quem economiza tempo é desafio para a Justiça consensual. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/valorizar-quem-economiza-tempo-desafio-justicaconsensual>. Acesso em: 05. julho.2019

BRAGANÇA, Fernanda, Souza Carla Faria. As etapas da institucionalização da mediação no Brasil. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos. Brasília. v.3.n.1,p.1-15. Jan/jun 2017.

BRASIL. 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.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa, GOMES, Taritha Meda Caetano. A mediação como instrumento pacificador dos conflitos familiares, *Scientia Iuris*, Londrina, v.10. p.271-286,2006.

CHALITA, Gabriel. Famílias que educam. Uma relação harmoniosa entre pais e filhos. Cortez Editora, São Paulo. 2014.

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 nov. 2019.

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

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução dos conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista do Processo*.1987.

CARVER, Todd B.; VONDRA, Albert A. Alternative dispute resolution: why it doesn't work and why it does. *Harvard Business Review*, may/jun. 1994. Disponível em:

<https://hbr.org/1994/05/alternative-dispute-resolution-why-it-doesnt-work-and-why-it-does>

Acesso em: 28 jan. 2020.

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

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER Ada Pellegrini, DINAMARCO, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 26 edição. São Paulo. Malheiros Editora, 2010.

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

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (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

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), Relatório Analítico Propositivo -- Justiça Pesquisa -- Políticas Públicas do Poder Judiciário: Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução 125/10. Disponível em:http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_110_32016162839.pdf. Acesso em 21 jan 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Justiça em números 2019 (ano-base 2018). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros/>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

COUTINHO, Patrícia Martins Rodrigues, REIS, Marcos Aurélio. A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça: por um Agir Comunicativo. Disponível em: <https://www.tjdf.jus.br/informacoes/infancia-e-juventude/publicacoes-textos-e-artigos/textos-e-artigos/a-pratica-da-mediacao-e-o-acesso-a-justica-por-um-agir-comunicativo> Acesso em 01.jan.2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. In: Revista LTr, v. 66, n. 6, jun. 2002, São Paulo, p. 663.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Manual das Pequenas Causas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito processual civil, v. 1. São Paulo: Malheiros, 2013.

DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito. In: Azevedo, André Gomma de (org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação, v. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p. 29-98. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragemmediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/a-resolucao-do-conflito>. Acesso em: 8 nov. 2019.

FILHO, Francisco Edilson Loiola. Mediação familiar: a busca do pleno acesso à justiça. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fada60ac427a94dd> Acesso em 05.mar.2020

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

GABBAY, Daniela Monteiro, Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. 2011. Tese de doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GALANTER, Marc. Por que “quem tem” sai na frente : especulações sobre os limites da transformação no direito; organizadora e tradutora, Ana Carolina Chasin. – São Paulo : FGV Direito SP, 2018.

GONÇALVES, Thales Branco Gonçalves. A Conciliação no Novo Código de Processo Civil: conciliação é legal, mas para quem? 2016, Disponível em <https://jus.com.br/artigos/47417/a-conciliacao-no-novo-codigo-de-processo-civil-conciliacao-e-legal-mas-para-quem> Acesso em 21 jan 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Wilson José. União estável e as alternativas para facilitar a sua conversão em casamento. 1998. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1998

GRINOVER, Ada Pellegrini, SADEK, Maria Tereza, WATANABE Kazuo, GABBAT, Daniela Monteiro, CUNHA, Luciana Gross. Estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil..Centro de Estudos sobre o sistema de justiça (Cenjus), FGV Direto SP, colaboradores : Adolfo Braga Neto ... [et al.]. –Brasília : Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2014z

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

FERRAZ, Leslie Shérida. Acesso à justiça: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010

FISHER, URY, PATTON. Como chegar ao sim – A negociação de acordos sem concessão. 3^a edição, Imago.

FISS, Owen. *Against Settlement*. The Yale Law Journal. Vol. 93. 1984.

FOLGER, J.P E bush, R.A; *La promesa de la mediación: “El movimiento mediador: cuatro enfoques discrepantes”*, Editorial Gránica, 1996.

GANÂNCIA, Daniele. Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da co-parentalidade. Revista do advogado, São Paulo, n.62,p.7-15, março 2001.

G1.Globo, site de notícias, <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/10/juan-manuel-santos-ganha-nobel-da-paz-2016.html>

HIGHTON DE NOLASCO, Elena I. ALVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008, p. 402.

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. 2018.

JUNQUEIRA, Elaine Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. Revista Estudos Históricos, 1996. (389-402)

KRIESBERG, Louis. *Constructive Conflicts: From Escalation to Resolution*. Rowman & Littlefield, 2007 .

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, Florianópolis, 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.

McGOVERN, Francis. *Resolving mature mass tor litigation*. Boston University Law Review, vol. 69, 1984.

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.

MUÑHOZ, Helena Soleto. *La conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos*. Revista de Mediacion, volume 10, número 1. 2017. Disponível em <https://revistademediacion.com/articulos/la-conferencia-pound-la-adecuacion-del-metodo-resolucion-conflictos/>. Acesso em: 18 nov.2019.

NALINI, José Renato. Novas perspectivas no acesso à justiça. Revista Cej, 1997.

NALINI, José Renato. O juiz e o acesso à justiça. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunas, 2000.

OLIVEIRA, Daniela Olimpio. Uma releitura do princípio do acesso à justiça e a ideia de desjudicialização. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XI. Periódico da Pós-graduação Strictu sensu em direito processual da UERJ.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. A litigância habitual nos juizados especiais em Telecomunicações: a questão do excesso de acesso. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3^a Região, Belo Horizonte, volume 55, número 85, jan/jun 2012, p 21-46.

PAUMGARTTEN, Michele, Métodos Alternativos de Solução de Conflitos—ADR Revista de Processo, volume 247, setembro 2015

PASSOS, Celia. Mediação, Arbitragem e Composição dos Conflitos Regulatórios, Relacionamento com outras Agências de Controle. 1. ed. Brasília: Inatel, 2010. v. 37. – Trechos extraídos, com adaptação e complementação.

PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. Revista LTr. São Paulo, v. 65, n. 02. 2001.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. Revista eletrônica de Direito processual – Periódico da Pós-graduação Stricto Sensu em direito processual da UERJ, 2010, p.63-94.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho, PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A institucionalização da mediação é a panacea para a crise do acesso à justiça? Revista Eletrônica de Direito Processual. UERJ, vol. XI, 2013.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. Lei n.9.099/1995 – Juizados especiais. Recife: Bagaço, 1996.

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

ROHL, Klaus F. Abgedruckt in: Knut Papendorf u. a. (Hg.), *Understanding Law in Society, Developments in Sociolegal Studies*, Berlin 2011, S. 191-238. *Alternatives to Law and to Adjudication*.

RUIZ, Ivan Aparecido, SENGIK, Kenza Borges. O acesso à justiça como direito e garantia fundamental e sua importância na constituição da República Federativa de 1988 para a tutela dos Direitos da Personalidade. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 13, n. 1, p. 209-235, jan./jun. 2013

PRUITT, Dean; RUBIN, Jeffrey. *Social Conflict: Escalation, Stalemate and Settlement*. 1986.

SALES, Lilia Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

SALLES, Carlos Alberto. Mecanismos Alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça, a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocado. *Processo e Constituição; Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 2006.

SANDEL, Michael J. *Justiça, o que é fazer a coisa certa*, 24^a edição, Rio de Janeiro, 2017.

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

SILVA, Érica Barbosa. Conciliação Judicial. Brasília. Gazeta Jurídica.2013.

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

SILVA, José Afonso. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, volume 216. abr-jun 1999.

SOUZA, Luciane Moessa. Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

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

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis. 4 ed. Rio de Janeiro: Ed. Método, 2018.

TARTUCE, Fernanda. Lei 11.323, art. 475-N, inciso IV: acordo extrajudicial de qualquer natureza homologado em juízo como título executivo judicial. Revista EPD, São Paulo, v. 3, 2006.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em 20.12.2019

TARUFO, Michele, *Un'alternativa Alle Alternative: Modelli Di Risoluzione Dei Conflitti*, Revista do Programa de Mestrado da Fundinopi, 2008

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.

VAZ, Maurício Seraphim. A indenização punitiva como instrumento de acesso à justiça. Site:publicadireito.com:<http://www.publicadireito.com.br/artigos/cod=20d1b1738e2f754> Acesso em 20 de janeiro de 2020.