



A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

ALESSANDRO JACOMINI¹

CARLOS ALBERTO FERRI²

DAIANE GONÇALVES FRANÇA³

INTRODUÇÃO

A chamada “crise do Judiciário” é um problema que tem se tornado cada vez mais evidente em nosso país. O acúmulo de demandas a serem apreciadas pelo Poder Judiciário torna-se cada vez maior. Assim, quando o problema não é a ausência de resultados é a ineficácia dos mesmos. Neste sentido, como poderia os meios alternativos de solução de conflitos ajudar na diminuição do número de demandas, bem como na celeridade da solução dos conflitos?

Assim, os meios alternativos de solução de conflitos possuem o objetivo de auxiliar o Judiciário na “crise” que tem vivenciado pelo excesso de demandas e demora nos resultados. Apesar de haver previsão no anterior código de processo civil sobre a conciliação, artigos 277 e ss., esta ocorreu de forma sucinta.

¹ Graduado em DIREITO pela Universidade Metodista de Piracicaba (1993), mestrado em Direito pela mesma Universidade (1998), doutorado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006) e pós-doutorado pela Università degli Studi di Roma "La Sapienza" (2011). Atualmente é professor no UNASP - Centro Universitário Adventista de São Paulo. Tem experiência na área de Mediação e Arbitragem, Direito Internacional, Hermenêutica, História e Filosofia do Direito;

² Doutorando em Direito pela FADISP-SP. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, Unimep. Professor e Coordenador-Adjunto no Centro Universitário Adventista de São Paulo (Unasp-EC) e pesquisador do grupo de pesquisa “A efetividade da função socioambiental da propriedade”. Advogado. Conciliador Judicial e membro da comissão de Direitos Humanos da OAB/Campinas. Autor e coautor de livros e artigos jurídicos. E-mail: carlos.ferrí@ucb.org.br;

³ Graduanda em direito pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo-EC. E-mail: daiane.franca@unasp.edu.br.



Com a vigência do novo Código de Processo Civil brasileiro, os meios alternativos de solução de conflitos ganharam relevância e maior expressão jurídica, recebendo tutela na **Parte Especial** do código, em seu **título I** e respectivo **capítulo V**. A nova lei prescreve no artigo 319, VII a ocorrência de uma audiência prévia de conciliação, sendo que esta não acontecerá na hipótese em que as partes indicarem o desejo de não realização do procedimento (art. 334, §4º, I do CPC 2015).

Desta forma, um dos principais objetivos dos meios alternativos de solução de conflitos é promover a solução do conflito sem a necessidade da atuação do Judiciário. Para tanto é necessário a atuação de um “intermediador”, que tem a função de facilitar e estimular a comunicação entre os envolvidos. Neste âmbito entra a figura do conciliador e do mediador, que deverão atuar de forma imparcial proporcionando a boa comunicação entre as partes para que estas possam, por meio de um diálogo amigável, encontrar a solução para o seu problema. Sendo dever do intermediador atuar de forma passiva em alguns casos (mediação) e de modo mais ativo em outros (conciliação), para que as partes possam ter maiores condições de resolverem o conflito.

Além disso, este trabalho tenta demonstrar as vantagens da adoção dos meios alternativos de solução de conflitos como forma de auxiliar o Poder Judiciário, deixando para este apenas os casos que os métodos consensuais não podem tratar. Demonstrando, assim, como esses métodos, chamados de alternativos, são na verdade os mais adequados.

Para tanto, o método científico adotado será o dialético-dedutivo, através de levantamento bibliográfico que dar-se-á, por meio do estudo da análise bibliográfica de livros, teses, dissertações, artigos científicos, revistas e, portanto, todos as bibliografias que possibilitem a análise do caso em comento. Fundamentando com os pontos de vista de diferentes autores lidos e selecionados.

E finalmente, reforçar a necessidade da mudança de mentalidade para se valer de todos os mecanismos adequados para que sejam solucionados os diversos tipos de conflitos, sem a necessidade da intervenção estatal naqueles em que há a



possibilidade de serem solucionados pelos próprios envolvidos, tanto por meio da conciliação ou da mediação.

A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E A AUTOCOMPOSIÇÃO

A crise do judiciário

A chamada “crise da justiça” tem crescido na área política e acadêmica. A sociedade não está satisfeita com o serviço prestado pelo judiciário, pois este não supre adequadamente suas necessidades, e isso não ocorre apenas na área cível, mas também na penal. O problema, quando não é a ausência de justiça ou a sua morosidade, é a ineficácia de suas decisões. Resolver esse problema é um desafio que enfrenta o Poder Judiciário há anos (CALMON, 2008, p.3).

A sociedade atual vem passando por fortes transformações. As relações sociais consequentemente têm apresentado grande diversidade e daí a existência de mais conflitos. Não se faz referência apenas à quantidade, mas também aos diferentes tipos de problemas enfrentados. Esses têm alcançado uma complexidade tamanha que os indivíduos passaram a buscar, com maior frequência, meios consensuais para tratá-los e solucioná-los (SALES, 2003, p. 35).

O art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988 dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Neste sentido, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), em seu art. 6º, determinou que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Desta forma, os sujeitos do processo têm o dever de cooperarem entre si, a fim de obterem, em tempo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva (BUARQUE; PEDRA, 2016, p. 113).

Para Calmon (2008, p. 3), os meios alternativos de solução de conflitos representam uma contribuição para o crescimento e mudança social que pode ajudar a vencer a “crise da justiça” e consolidar um sistema de efetividade nas



resoluções de conflitos, bem como reforçar a comunicação entre os envolvidos, deixando o Estado o seu papel intervencionista e passando a ser o supervisor do diálogo, em busca da paz social, tendo como prioridade o verdadeiro acesso de todo cidadão à justiça.

O crescimento dos grupos sociais organizados e das empresas tem provocado o desenvolvimento de novas formas de processos decisórios de conflitos que possibilitem a solução de controvérsias com a eficiência e a qualidade desejada. Apresentou-se assim a necessidade de o modelo tradicional de solução de conflitos – Judiciário – conviver com esses padrões informais. Os meios amigáveis possibilitam a discussão dos problemas sob uma perspectiva que favorece a responsabilidade das partes, ou seja, oferece aos conflitantes a oportunidade e a possibilidade de solucionarem a controvérsia de maneira que ambas as partes sintam-se responsáveis pelo cumprimento do acordo, já que fora realizadas por elas próprias. Os meios consensuais facilitam assim o diálogo entre as pessoas e criam um sentido de cooperação, possibilitando acordos adequados à realidade de cada um (SALES, 2003, p. 35).

Todavia, difícil é indicar as causas e também as soluções para a “crise da justiça”, no entanto, é evidente que há uma desproporção entre as demandas ocorridas na sociedade e levadas por via de litígio ao Poder Judiciário e as dificuldades em corresponder ao número cada vez maior de causas a serem solucionadas. Entretanto, existem outros fatores que devem ser analisados, que vão desde a existência de obstáculos econômicos, sociais, políticos e jurídicos ao acesso à justiça, até a baixa qualidade do serviço judicial oferecido. Desta forma, propõe-se analisar outras formas de solução de conflitos como, por exemplo, a autocomposição, para que a sociedade dela utilize livremente, e assim seja solucionado o maior número possível de conflitos em menor tempo e sem a necessidade da intervenção estatal (CALMON, 2008).

Embora o conflito seja um fenômeno inerente às relações humanas, pois decorre de opiniões divergentes e interesses contrariados, costuma-se tratar a outra parte como inimiga sendo que cada um concentra toda força e raciocínio para provar a sua teoria, tentando enfraquecer os argumentos da parte contrária, dificultando,



desta forma, a percepção do interesse comum. O conflito não deve ser encarado de forma negativa, pois é algo que lidamos diariamente. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única com opiniões diferentes, e, por mais afinidade que exista em determinada relação interpessoal, em algum momento o conflito estará presente (VASCONCELOS, 2008, p. 19).

Conflito é sinônimo de embate, oposição, pendência, pleito; no vocábulo jurídico, prevalece o sentido de entrelaço de ideias ou de interesses em razão do qual se instala uma divergência entre fatos, coisas ou pessoas (SILVIA *apud* TARTUCE, 2015, p. 3).

Por ser o conflito algo inerente às relações humanas torna-se necessário planejar um sistema eficiente para o tratamento das controvérsias que inevitavelmente não de surgir. De outra forma, a ocorrência de conflitos tende a aumentar cada vez mais em razão da dinâmica das relações interpessoais (TARTUCE, 2015, p. 14).

Deste modo, ao propor a adoção de meios alternativos de solução de conflitos, com o objetivo de demonstrar a problemática da crise que o judiciário tem enfrentado, fica evidente a necessidade da instituição de tal política pública que visa, entre outras coisas, solucionar a crise da justiça, bem como a ineficácia jurisdicional. Estabelecendo os pontos em comum entre a autocomposição civil e penal, assim como os aspectos que não podem ser interpretados de igual forma (CALMON, 2008, p.12).

Leciona Sales (2003, p. 35-36) que:

Para estudiosos mais conservadores, os modelos informais somente seriam necessários com o esvaziamento das formas tradicionais. A realidade, no entanto, não mostra esse quadro. Os meios alternativos de solução de conflitos estão sendo cada vez mais procurados e utilizados, seja pela informalidade, rapidez, ou sigilo que oferecem. Nas palavras de Antônio de Pádua Ribeiro, “esses institutos se inserem num contexto mais amplo de realização plena da justiça (RIBEIRO *apud* SALES, 2003, p. 36).”

Para Calmon (2008, p.13), estabelecer uma política de criação e incentivo de meios alternativos de solução de conflitos é trabalho dos mais importantes, pois, mesmo que não seja tarefa do Estado interferir diretamente na autocomposição, é



seu dever facilitar para que todos os meios adequados para a solução dos conflitos sejam utilizados e estejam ao alcance de todos. Em se tratando de processo penal, quando o Estado atua, na maior parte dos casos, como sujeito ativo da relação processual, existe uma necessidade maior em aprofundar o estudo da autocomposição e disciplinar os meios de sua efetivação.

A sociedade clama por um processo efetivo, que proporcione resultados no tempo necessário. Vem de muito a crítica sobre a morosidade da justiça. A efetividade do processo desaparece quando ele é caro e moroso, quando não há possibilidade efetiva de buscar a solução judicial, ou quando o tempo decorrido até a decisão é de tal monta que a torna obsoleta, desnecessária ou de qualquer outro modo ultrapassada. Justiça lenta é "*denegata iustitia*". (FAZZALARI *apud* CALMON, 2008, p.44).

Os meios alternativos não excluem ou evitam um sistema judicial caótico, mas põem-se interativamente ao lado da jurisdição estatal, devendo-se valer do critério da adequação entre a natureza do conflito e o meio de solução que entenda mais apropriado (DI ROCCO; SANTI *apud* CALMON, 2008, p.49).

Ao tomar exclusivamente para si a tutela jurisdicional, o Estado dificulta a solução de conflitos mediante outros meios. Desta forma, a enorme quantidade de processos agrava a crise, exigindo mais tempo para a solução de cada conflito, diminuindo a eficácia e aumentando os custos. Em síntese, os problemas da justiça podem ser vistos de duas formas: o aumento no número de processos e a inadequação dos métodos antigos para atender aos problemas modernos. Seja a ineficácia pela ausência de solução seja pela demora excessiva ou pela má qualidade da decisão, a atividade estatal é uma enorme sensação de decadência (CALMON, 2008, p.42-46).

Segundo Grinover (1988, p. 193), os tribunais estão sobrecarregados e a morosidade, o custo e a burocratização da justiça tem dificultado o acesso à Justiça para os jurisdicionados, além dos métodos processuais tradicionais inadequados para solucionar os conflitos.

Ainda que se constate importante progresso em relação à celeridade e economia processuais (embora ainda não sejam proporcionais ao crescimento da demanda), observa-se grande clamor social pela efetividade da Justiça, voltado para a qualidade do serviço prestado



e não somente para a obtenção de estatísticas quantitativas consideráveis. Urge resolver não somente a lide processual, apontada como sendo apenas a ponta do *iceberg*, mas, igualmente, a lide sociológica, o conflito em todas as suas dimensões (GRINOVER, *apud* CALMON. 2008, p.52).

A ideia fundamental é que ao serem aplicadas medidas de aperfeiçoamento da atividade estatal jurisdicional, os denominados meios alternativos sejam alicerçados. Ou seja, é fundamental que haja a possibilidade de uma opção idônea entre a solução contenciosa e consensual para que os meios alternativos sejam eficientes. Desta forma, deve-se afastar a ideia de que o mau funcionamento do judiciário seria a razão da difusão dos meios alternativos. Ao contrário, os meios alternativos funcionam como um complemento à justiça estatal, atuando de forma autônoma ou subsidiária (CALMON, 2008, p.49).

A Autocomposição

A autocomposição é um dos meios mais autênticos e eficazes de solução de conflitos, por se tratar da busca pelo consenso entre as partes sem ter que envolver um terceiro imparcial decidindo em seu lugar. Além disso, o diálogo informal é intrínseco à natureza humana e quase sempre o primeiro passo adotado antes de partirem para o Judiciário, que normalmente é mais caro e complexo. Assim, tendo em vista a crise do Judiciário com o acúmulo de processos não resolvidos, é imprescindível que o Estado adote medidas de incentivo à sua realização (CALMON, 2008, p.6-7).

É relevante considerar que a prática da autocomposição não deve se limitar apenas à espontânea, natural e salutar atividade humana, transposta às pessoas jurídicas das quais participa. Há que se constatar e sistematizar os mecanismos que visam à sua obtenção. O estudo desses mecanismos torna-se indispensável à derrubada de barreiras e preconceitos. Como tarefa do Estado, a jurisdição vem sendo exercida como único meio de solução dos conflitos. Descobertos outros meios, hoje largamente praticados em outros países é hora do Estado compreender ser mais ampla a sua tarefa pacificadora (CALMON, 2008, p.12-13).



Desta forma, a consciência do conflito como fenômeno inerente à condição humana é de suma importância. Pois somente quando compreendemos a inevitabilidade do conflito é que somos capazes de desenvolver soluções para resolvê-los. Do contrário, quando ignoramos a sua existência ou não encaramos com responsabilidade, o conflito tende a se converter em confronto e violência. Assim, o conflito quando bem conduzido, pode resultar em mudanças positivas e novas oportunidades de ganho mútuo (VASCONCELOS, 2008, p. 19).

Além disso, a cultura da sociedade moderna se apresenta com uma enorme e infindável quantidade de conflitos, com o hábito de atribuir ao Estado a responsabilidade de solucioná-los. Todavia, a jurisdição estatal não é o único meio competente para solução desses conflitos. Assim, antes, durante e até mesmo após a atuação estatal, não é raro que as partes busquem uma maneira para solucionar o litígio. Neste sentido, caso alguém queira fazer valer seus direitos em face de outra pessoa possui duas alternativas: buscar uma solução amigável através da autocomposição ou provocar o poder que exerce a jurisdição a favor de sua pretensão (CALMON, 2008, p.25-26).

No entanto, segundo Tartuce (2015, p. 92):

As barreiras para a adoção do modelo consensual de abordagem de conflitos são muitas, podendo ser aduzidos como centrais os seguintes óbices: a formação acadêmica de operadores do Direito, que não contempla tal sistemática; a falta de informação sobre a disponibilidade de meios consensuais para tratar controvérsias; o receio da perda de poder e autoridade das instituições tradicionais de distribuição de justiça.

Ademais, o objeto da autocomposição é teoricamente ilimitado, assim, todos os ramos do direito deveriam dela fazer uso. No entanto, é utilizada, quase que exclusivamente, pelo direito civil. Do ponto de vista histórico é aceitável, pois a aplicação da autocomposição tem sido proibida em algumas áreas do direito, especialmente na área penal, tendo em vista a disponibilidade dos bens e as espécies de penas aplicadas, uma vez que só é transigível o que é disponível (*transigire est alienare*). Resta, portanto, definir qual o limite da liberdade individual



de disponibilidade dos bens de acordo com a realidade social, considerando que só se pode transigir sobre um bem do qual se tenha o direito ou o poder de dispor total ou parcialmente (CALMON, 2008, p.9).

A autocomposição é o acordo caracterizado pela concessão e, em tese, poderia versar sobre qualquer bem da vida. Ao titular de um bem, com poderes de disposição, é conferido, por via de consequência, o direito de desistir dessa titularidade, dela abrindo mão total ou parcialmente. (...) Como as penas de privação de liberdade, morte, lesões corporais e outras formas de aflição física e pessoal caracterizaram o direito penal até o fim do século XX e sendo a vida, a liberdade e a integridade física, bens considerados indisponíveis na maioria dos ordenamentos, tem sido vedada a autocomposição no direito penal, pois a pena atingiria direitos considerados indisponíveis, dos quais o autor do fato criminoso não pode abrir mão (CALMON, 2008, p.9).

Para Tartuce (2015, p. 92), existem dois pontos importantes que devem ser trabalhados para uma melhor utilização desses métodos. O primeiro deles é a mudança de mentalidade dos operadores do Direito, bem como nas expectativas das partes, mostrando a estas as diversas possibilidades de tratamento de seus conflitos. O segundo aspecto envolve o problema do acesso do indivíduo à informação não apenas dos seus direitos, mas principalmente como efetivá-los.

Assim sendo, nos conflitos cíveis temos a aplicação de três resultados possíveis de autocomposição, são elas a renúncia, a submissão e a transação. Na *renúncia*, aquele que formula a pretensão renuncia ao interesse, colocando fim ao conflito sem receber nada em troca. Na *transação* existem concessões recíprocas, onde ambos renunciam e exigem algo à parte contrária. Já na *submissão*, aquele que exercia a resistência abre mão de seu interesse e submete-se integralmente à pretensão da parte contrária (CALMON, 2008, p. 15).

A renúncia é ato unilateral em que o envolvido na relação jurídica abre mão do Direito material a que poderia fazer jus. Nesse contexto podemos destacar o instituto da remissão, elencado no art. 385 do Código Civil, que implica que a parte perdoe a obrigação da parte contrária (TARTUCE, 2015, p. 35-36).



Desta forma, a autocomposição pode ser *unilateral* ou *bilateral*. A unilateral é quando a atitude é proveniente de apenas um dos envolvidos, podendo ela ser caracterizada pela renúncia, onde aquele que formula a pretensão renuncia ao interesse, colocando fim ao conflito sem receber nada em troca; ou pela submissão, em que aquele que exercia a resistência abre mão de seu interesse e submete-se integralmente à pretensão da parte contrária. Já a bilateral é quando o altruísmo é característica da atitude de ambos, caracterizado pela transação, no qual existem concessões recíprocas, onde ambos renunciam e exigem algo à parte contrária (CALMON, 2008, p.54).

Nas palavras de Tartuce (2015, p. 35):

A autocomposição será unilateral quando depender de ato a ser praticado exclusivamente por uma das partes em sua seara de disponibilidade; para exercê-la o interessado protagonizará renúncia, desistência ou reconhecimento jurídico do pedido.

Por outro lado, a autocomposição será bilateral quando contar com a participação dos envolvidos na situação controvertida, podendo ser esta sem a intervenção de um terceiro (negociação), ou com a participação de uma pessoa neutra para promover o diálogo produtivo entre os envolvidos (conciliação e mediação) (TARTUCE, 2015, p. 40).

Ademais, insta ressaltar que existem duas espécies de autocomposição, a *endoprocessual*, que é aquela que ocorre dentro do processo, e a *extraprocessual*. Esta última ocorre de diferentes formas fora do processo, podendo ser enquanto este se desenvolve, na sua iminência, ou ainda, antes mesmo de cogitá-lo. Desta forma, podemos dizer que autocomposição pode ocorrer de diferentes formas e em diferentes momentos como, por exemplo, antes de se pensar em um processo, após uma das partes cogitar essa possibilidade, mas antes de efetuar-la ou até mesmo durante o próprio processo, neste caso a autocomposição deixará de ser um meio para se evitar o processo para se tornar um meio de por fim a este (CALMON, 2008, p.55-56).



Assim, os sujeitos da autocomposição são os titulares dos direitos e obrigações sobre os quais versa o litígio. Este sujeito deve possuir capacidade jurídica comum a qualquer negócio. Desta forma, não é possível a autocomposição realizada por menores ou qualquer outra modalidade de incapacidade, também não será válida a autocomposição realizada por procurador ou representante legal de pessoa jurídica que não possua poderes específicos para tanto (CALMON, 2008, p. 60).

Além disso, durante a autocomposição deve ser observado pelo intermediador se as partes estão agindo pela livre manifestação de vontade, para que elas não ajam apenas com liberdade aparente. Também deve atentar-se para a desigualdade econômica, social ou cultural entre os envolvidos, para que não ocorra nenhum vício de vontade como, por exemplo, erro, dolo, coação, fraude ou simulação. Pois, pode acontecer que pelo simples tom de voz, a parte mais "humilde" acabe cedendo a algo que não é vantajoso para ela e ocorra uma arbitrária autotutela disfarçada de autocomposição (ALCALÁ-ZAMORA *apud* CALMON, 2008, p.61).

Um dos principais resultados da autocomposição é a extinção do processo, isto ocorre quando os envolvidos em um litígio põem fim ao conflito por sua própria vontade. Antes, porém, da extinção do processo, o juiz deverá homologar a autocomposição, conferindo as mesmas consequências decorrentes da sentença de mérito. Assim, havendo um processo judicial em andamento, a solução do conflito promove automaticamente a extinção deste, pois não há mais justificativa para a atuação do Estado, devendo o juiz pôr fim ao processo que foi iniciado antes da autocomposição, verificando apenas se a vontade manifestada está livre de qualquer vício, se foi exercida com a liberdade necessária, e, se a decisão não fere as normas do direito (CALMON, 2008, p. 73-74).

Outro resultado importante da autocomposição é o fato da sentença que homologa a autocomposição fazer coisa julgada material, impedindo o reexame de seu objeto, obtendo, desta forma, a segurança que somente a sentença de mérito



promove. Ao fazer coisa julgada, a sentença homologatória da autocomposição será exigível, devendo ser cumprida imediatamente. Caso não seja cumprida, constituirá em título executivo extrajudicial que poderá ensejar o processo de execução, caso seja exigido o seu cumprimento. Em suma, as consequências ou efeitos da sentença que homologa a autocomposição são: a *extinção do processo*, a *coisa julgada* e a formação de *título executivo judicial*, em ambos os casos é causa de extinção do processo com resolução do mérito (CALMON, 2008, p.76-77).

MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Conceito

Tem-se como mais acertada, a expressão *meios adequados de solução dos conflitos*, todavia, não se pode considerar incorreta a já tradicional expressão *meios alternativos de solução dos conflitos*, que já se encontra enraizada na sociedade. Porém, é importante cultivar o uso da expressão *meios adequados* para se referir a todos, sem distinção nem ponderações de superioridade. Do mesmo modo, dizemos pacificação social em vez de solução de conflitos, objetivando maior abrangência. Assim, podemos dizer que trata-se de *meios adequados para a pacificação social* (CALMON, 2008, p. 89-90).

Da mesma forma, Soares (2016, p. 125), diz que a expressão “alternativos” não é a melhor. Porém, em virtude da prestação jurisdicional estatal não atender adequadamente a quantidade de demandas, tampouco ser voltada para a solução da lide numa amplitude social e psicológica, estes métodos devem ser vistos não como alternativos, mas sim como os mais adequados à solução de conflitos.

A literatura mundial vem adotando nos últimos anos a sigla e a expressão norte-americana ADR – *Alternative Dispute Resolution* (...). Na Argentina e demais países da América Latina se costuma traduzir a expressão para RAD – *Resoluciones Alternativas de Disputas*; na França se fala em MARC – *Modes Alternatifs de Règlement des Conflits*. No Brasil se adota com mais frequência a expressão *meios alternativos de solução dos conflitos*, à qual ora se agrega a sigla MASC (JARRONSSON *apud* CALMON p. 85).



Os meios de solução de conflitos podem ser autotutela, autocomposição e heterocomposição. Sendo que a solução imposta por um dos litigantes denomina-se autotutela, a consensual chama-se autocomposição e a aquela imposta por um terceiro alheio à vontade das partes chamamos de tutela jurisdicional ou heterocomposição. Esta última tem como base uma norma geral, em que um terceiro imparcial declara o direito das partes mediante um ato de autoridade e poder. Este terceiro imparcial põe fim ao conflito que lhe é apresentado substituindo as partes em litígio aplicando coercitivamente a solução (CALMON, 2008, p. 29-38).

A autocomposição, ao contrário, é consensual e negociada, na qual as partes mantêm o controle sobre o procedimento e o resultado final. Ao escolher esse mecanismo como solução de um conflito, as partes podem obter a solução do litígio em menor tempo e com um menor custo. As partes podem ainda chegar a uma solução que satisfaça os interesses de ambos, conservarem uma boa relação após o conflito, além da confidencialidade dos fatos, do procedimento e da decisão final. Desta forma, existem dois caminhos para a solução de um conflito, aquela praticada pelo Estado através do seu poder e autoridade no exercício da jurisdição e aquela obtida do acordo feito entre as próprias partes em que a solução final pode ser satisfatória para ambos os lados (CALMON, 2008, p.36).

Como visto, os meios alternativos de solução de conflitos podem ser utilizados por meio da autocomposição (conciliação, mediação e negociação) ou heterocomposição (arbitragem), e, de acordo com o §3º do art. 3º do Código de Processo Civil deverão ser incentivados por todos os operadores do direito (juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público). Cada método, no entanto, possui suas características que os distinguem uns dos outros. Todos são de extrema relevância para o estudo e prática da solução de conflitos na atualidade, visto que a cada vez mais os indivíduos procuram formas próprias para solucionarem suas disputas (SALES, 2003, p. 36).

Para conceber a melhor estratégia de composição do conflito, é preciso considerar diversos aspectos subjetivos e objetivos da controvérsia, razão pela qual merecem análise detida os temas da



necessária mudança de mentalidade e da adequação da resposta ao tipo de conflito fomentado (TARTUCE, 2015, p. 93).

Ademais, apresentam-se como fortes aliados do Poder Judiciário. Porque além de solucionarem grande parte dos conflitos, reduzindo o número de processos, desafoga de tal forma o Judiciário ao ponto que este tenha a possibilidade de oferecer à sociedade decisões mais célere e de maior qualidade (SALES, 2003, p.75).

Conciliação, Mediação e Negociação

A mediação e a conciliação são técnicas de solução consensual de conflito e estão aglomeradas dentro da categoria da *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Insta ressaltar, que foi Frank Sander, professor da Harvard, que na década de 1960 estabeleceu o conceito das ADR's (SOARES, 2016, p. 125).

Leciona Calmon (2008, p. 111), que a distinção entre mediação e conciliação não é fácil de ser feita. Alguns doutrinadores recomendam tratar os dois termos como sinônimos, no entanto, não há dúvida que são dois mecanismos diferentes. Sendo assim, podem-se estabelecer ao menos três critérios essenciais: *finalidade, método e vínculos*. Quanto à *finalidade*, a mediação tem por objetivo resolver a lide sociológica, ou seja, visa reestabelecer o relacionamento entre as partes após a audiência. Já a conciliação, se contenta em resolver o litígio, não importando como ficará o relacionamento entre as partes. Contudo, nada impede que o conciliador vá mais fundo e haja mais abrangência ao acordo.

Quanto ao *método*, o conciliador tem uma posição mais participativa, podendo dialogar abertamente com as partes e sugerir os termos em que o acordo pode ser feito. Já o mediador apenas assiste as partes, facilitando sua comunicação, não podendo dar a sua opinião nem interferir nos termos do acordo, deixando que os envolvidos apresentem uma proposta para a solução da lide (GLADYS ALVARES *apud* CALMON, 2008, p.111).



Por último, o critério dos *vínculos*, em que se avalia a eventual ligação de determinado mecanismo com alguma estrutura preexistente. Por esse critério distinguem-se mediação e conciliação, porquanto esta é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo que realizada pelo próprio juiz togado, por juiz leigo ou por alguém que exerce a função específica de conciliador(...). Por outro lado, a mediação é atividade privada, livre de qualquer vínculo, não fazendo parte da estrutura de qualquer dos poderes públicos (CALMON, 2008, p. 111-112).

A mediação é um procedimento no qual uma terceira pessoa atua no sentido de facilitar a resolução de um conflito, encorajando as partes a encontrar uma solução para o problema, porém sem dizer a solução. Somente elas, as partes, devem ser as responsáveis pela decisão final do conflito. Ao oferecer liberdade às partes em solucionarem o conflito, a mediação além de ajudar na solução de conflitos passa também a preveni-los (SALES, 2003, p. 23).

Para Soares (2016, p. 126), a diferença entre mediação e conciliação está no grau de intervenção do intermediador na solução do conflito. Na conciliação há um espaço maior de intromissão do conciliador, podendo este sugerir e propor uma alternativa para a solução do conflito. Já na mediação o mediador não pode sugerir alternativas, mas deve conduzir a as partes a encontrá-la por si só através de um diálogo saudável.

Petrônio Calmon (2008, p. 105), define conciliação como:

O mecanismo para a obtenção da autocomposição tradicionalmente utilizado no processo judicial, bem como em iniciativas paraprocessuais do Poder Judiciário, atividade exercida pelo juiz ou por auxiliar, funcionário da Justiça ou nomeado *ad hoc*. Consiste no desenrolar de um diálogo entre partes e conciliador, com vistas a encontrar uma posição final para o conflito, que seja aceitável e factível para ambos os envolvidos. (...) Algumas, no entanto, utilizam nomenclatura variada, inclusive a mediação, mas considerando os três aspectos em que se distinguem conciliação da mediação (finalidade, método e vínculos), aconselha denominar-se *conciliação* qualquer mecanismo que tenham vínculos diretos com o Poder Judiciário.

Segundo Warat (2001, p.80):

A conciliação não trabalha o conflito, ignora-o, e portanto, não o transforma. O conciliador exerce a função de negociador do litígio,



reduzindo a relação conflituosa a uma mercadoria. O termo de conciliação é um termo de cedência de um litigante a outro, encerrando-o. Mas, o conflito no relacionamento, na melhor das hipóteses permanece inalterado (WARAT, 2001, p.80).

Diferentemente da conciliação, a mediação representa uma autocomposição assistida, pois o mediador está presente durante todo o processo. É o meio autocompositivo no qual as próprias partes discutirão e tentarão encontrar uma solução para o conflito. Assim, o mediador está ali apenas para facilitar a comunicação entre os envolvidos, e, através de seus métodos próprios, oferecer maior possibilidade de uma solução satisfatória para ambas as partes (SALES, 2003, p. 40).

A conciliação se apresenta como uma tentativa de se chegar voluntariamente a um acordo neutro, na qual pode atuar um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada, para dirigir a discussão sem ter um papel ativo. Já a mediação se apresenta como um procedimento em que não há adversários, onde um terceiro neutro ajuda as partes a se encontrarem para chegar a um resultado mutuamente aceitável (MORAIS, 1999, p. 135).

No entanto, para Sales (2003, p. 38), a principal diferença entre conciliação e mediação está no conteúdo de cada instituto, em suas palavras:

Na conciliação o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial. Na mediação as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é consequência da real comunicação entre as partes. Na conciliação o mediador sugere, interfere, aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes a um acordo. Na conciliação resolve-se o conflito que se expõe, não cabendo ao conciliador apreciá-lo com profundidade, verificando o que há além dele. E ainda o conciliador intervém muitas vezes no sentido de forçar um acordo. Na mediação é preocupação primeira do mediador verificar todo o contexto do conflito, tratando-o, analisando os fatos e transformando o real conflito, não podendo o mediador forçar qualquer acordo. O acordo deve nascer porque as partes decidiram assim e não por intervenção de terceiro.

Nas palavras de Garcez (2002, p. 204), os dois métodos distinguem-se porque, na conciliação, após ouvir as partes, o conciliador sugere uma ou mais formas de solucionarem a disputa, enquanto na mediação, o mediador trabalha mais



o conflito, fazendo com que os interessados descubram as suas causas, removam-nas e cheguem assim, por si só, à solução da controvérsia.

Entretanto, ao lado da mediação e conciliação destaca-se a negociação. A diferença é que na negociação não há a participação de uma terceira pessoa. Assim, a negociação pode ser conceituada como o método em que as próprias partes buscam a solução do conflito, ou seja, envolve uma comunicação exclusiva entre as partes envolvidas sem a necessidade da intervenção de outra pessoa (SOARES, 2016, 125).

Nas palavras de Fisher *et al* (1994, p. 22), o método de negociação “deve produzir um acordo sensato, se houver possibilidade de acordo; deve ser eficiente; e deve aprimorar, ou, pelo menos, não prejudicar o relacionamento entre as partes”.

Explica Sales (2003, p. 36-37), que a negociação é algo muito comum no dia a dia do ser humano, as pessoas estão sempre negociando. Diferentemente dos demais meios de solução de conflitos, na negociação não há qualquer participação de terceiro, as partes, por elas mesmas, buscam resolver o conflito. Desta forma, para que a negociação seja eficaz é necessária a vontade dos envolvidos para a solução do problema. Nas palavras de Serpa, “Negociação é um processo onde as partes envolvidas entabulam conversações, no sentido de encontrar formas de satisfazer os interesses (SERPA, 1999, p. 108).”

Obrigatoriedade da audiência conciliatória/Novo CPC

O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) inseriu no procedimento comum a obrigatoriedade de uma audiência prévia de conciliação e mediação, sendo que esta não ocorrerá apenas nos casos em que ambas as partes expressamente declararem o desejo pela não realização de tal procedimento (art. 334, §4º, I, CPC/2015).

Para Soares (2016, p.124), a questão aqui a ser resolvida é se essa audiência de conciliação é obrigatória, mesmo se uma das partes expressamente



declarar que não deseja dela participar, uma vez que parte da doutrina vem sustentando que se uma das partes manifestar que não tem interesse ela não deverá ser realizada.

Não há sentido em designar aquela audiência nos casos em que o autor, indica seu desinteresse na conciliação ou mediação. Até porque seu não comparecimento pode ser entendido como ato atentatório à dignidade da justiça nos moldes do §8º do art. 334. Trata-se de interpretação que se harmoniza e que se justifica com o princípio da autonomia da vontade, tão enaltecido pelo CPC de 2015, e que, mais especificamente preside a conciliação e a mediação. Expresso, nesse sentido, aliás, o art. 2º, V da Lei nº 13140/2015, que disciplina a mediação. Ademais, de acordo com o §2º, daquele mesmo art. 2º, “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”. De outra parte, ainda que o autor nada diga a respeito da sua opção em participar, ou não, da audiência de conciliação ou de mediação (quando se presume sua concordância com a designação da audiência consoante se extrai do §5º do art. 334), pode ocorrer de o réu manifestar-se, como lhe permite o mesmo dispositivo, contra sua realização, hipótese em que a audiência inicialmente marcada será cancelada, abrindo-se prazo para o réu apresentar sua contestação, como determina o inciso II do art. 335 (BUENO *apud* SOARES, 2016, p. 124).

Por sua vez Câmara (2016, p. 201), diz que:

Apesar do emprego, no texto legal, do vocábulo “ambas”, deve-se interpretar a lei no sentido de que a sessão de mediação ou conciliação não se realizará se qualquer de seus pares manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual.

Contudo, segundo Soares (2016, p. 124), levando em consideração o texto legal, este posicionamento não deve prevalecer. Pois as únicas hipóteses em que não se realizará a audiência são aquelas previstas no §4º, I e II, do art. 334 do CPC, quais sejam: “se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual” ou “quando não se admitir autocomposição”.

Assim, o propósito do legislador foi reduzir ao mínimo a distancia entre a propositura da demanda e a realização da audiência, tendo em vista que normalmente é no momento de encontro das partes e advogados diversos, que se tem maior chance de chegar a um acordo. Havendo um acordo, ambas as partes



lucram, porque além da economia de tempo e de energia processual, há também o apaziguamento dos ânimos com a solução pacífica do conflito (MENDES; HARTMANN, 2016, p. 164).

É preciso notar que o Código de Processo Civil adota uma nova postura quanto à resolução dos litígios. A preferência é que as lides sejam resolvidas através da conciliação e mediação ou por outros métodos consensuais de composição de conflitos. Esta é a dicção do art. 3º do CPC, como também do preâmbulo da Constituição da República. Logo, o modelo constitucional de processo não pode se afastar desse norte. E foi por esta razão que a lei processual de 2015 inseriu a audiência de mediação e conciliação como fase de suma importância dentro do procedimento comum (SOARES, 2016, p. 125).

Ademais, a obrigatoriedade do comparecimento à audiência de mediação e conciliação advém do interesse público de proporcionar as partes uma solução consensual antes da intervenção jurisdicional. Todavia, isso não quer dizer que as partes serão obrigadas a chegar a um acordo (SOARES, 2016, p. 127).

Eficácia dos meios alternativos de solução de conflitos

Segundo Calmon (2008, p.37), a sociedade tem imposto a atividade estatal da jurisdição como meio ordinário de solução de conflito, ou seja, o Estado moderno impõe a sua própria atuação como único meio de fazer valer sua vontade para solucionar os litígios e promover a paz social. Por isso, qualquer outra forma de solução de conflitos tem sido chamada de meio alternativo.

A preponderância da jurisdição estatal como meio de solução dos conflitos se explica diante da convicção de que tais garantias, dentre outras, são exercidas e respeitadas em sua plenitude. Este sentimento de exaltação da justiça estatal seria fruto do mito da justiça, a crença das partes de que um juiz respeitável e compassivo deliberará e tomará a decisão correta e justa. Como, normalmente, cada litigante crê que seu interesse é legítimo, espera que o juiz adjudique sua posição. (...) O mito da justiça faz com que não seja pequeno o temor de muitas pessoas, dentre as quais políticos e especialistas, diante da proposta de aplicação generalizada dos demais meios de solução dos conflitos. Há que se proceder, no entanto, ao confronto científico dessas garantias com as novas



propostas, sem apego emocional ao que não é essencial (CALMON, 2008, p.40).

Para Tartuce (2015, p. 92), existem dois pontos importantes que devem ser trabalhados para uma melhor utilização desses métodos. O primeiro deles é a mudança de mentalidade dos operadores do Direito, bem como nas expectativas das partes, mostrando a estas as diversas possibilidades de tratamento de seus conflitos além do Judiciário. O segundo aspecto envolve o problema do acesso do indivíduo à informação não apenas dos seus direitos, mas principalmente, como efetivá-los.

É de suma importância que a prestação jurisdicional seja adequada, efetiva, célere e acessível a todos, com a garantia de segurança jurídica. O Novo Código de Processo Civil trouxe o entendimento de que, para alcançar esses objetivos, há a necessidade da observância de deveres pelos sujeitos do processo. Desta forma, ao dever do Estado de prestar uma jurisdição justa e adequada, atrela-se o dever das partes de cooperarem entre si com o mesmo objetivo (BUARQUE; PEDRA, 2016, p.113).

Diante desse sistema de hierarquia de órgãos investidos de poder de decisão e coerção, podemos entender porque é a jurisdição estatal a referência para tutelar os direitos da sociedade. Porque a jurisdição estatal, quando exercida satisfatoriamente, pode proporcionar um alto grau de garantia, qualidade e eficácia em suas decisões. Desta forma, abrindo mão de parte de sua autonomia pessoal, ao cidadão é imposto confiar em um complexo hierárquico formado por funcionários com idoneidade e poder, cuja decisão será imposta, independentemente de sua aceitação (CALMON, 2008, p.40-41).

Na realidade, com a possibilidade do acesso à justiça pelos métodos consensuais há uma espécie de preservação do judiciário, pois este poderá dispensar mais tempo na resolução de causas que não podem ser resolvidas pelos próprios envolvidos. Assim, com a redução do número de conflitos ao seu encargo,



espera-se do Poder Judiciário eficiência e celeridade, podendo desenvolver suas atividades com maior qualidade (TARTUCE, 2015, p. 92).

A resolução de conflitos através da mediação e conciliação elimina as formalidades rigorosas dos procedimentos do tribunal e os problemas podem ser resolvidos de uma forma flexível e fácil. Esta forma proporciona também um ambiente de harmonia, e a conciliação das pessoas é feita segundo as suas capacidades e condições e com uma maior possibilidade de chegarem a um resultado satisfatório (HO apud SALES, 2003, p. 41).

Insta ressaltar que é nesse contexto que atua o mediador e o conciliador. Ele tem a difícil função de conduzir uma audiência de forma que, quando possível, estimule nos envolvidos a busca pela solução do conflito. Conforme dispõe o artigo 4º, §1º da lei de Mediação (Lei nº 13.140/15): “O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito”.

O mediador realiza essa relevante atividade efetiva de pacificação social, que demanda competência e constante aprimoramento, pois lida desde questões simples a até conflitos demasiadamente complexos. Portanto, esse é um trabalho que exige muita cautela e sabedoria, porque o resultado efetivo é a resolução do conflito, sendo as partes as maiores protagonistas dessa pacificação, e o mediador deve ajuda-las a perceber que o acordo, sem ocorrência de dúvidas, é a melhor solução.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Novo Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 334, trouxe a audiência de conciliação e mediação como etapa preliminar a ser realizada antes mesmo da apresentação de resposta pelo réu.

Desta forma, estes meios alternativos de solução de conflitos têm o objetivo de auxiliar o Judiciário na “crise” que tem vivenciado pelo excesso de demanda e demora nos resultados. Com a vigência do novo Código de Processo Civil tem sido mais frequente a utilização destes meios, pois a nova lei propôs em seu artigo 319,



VII a previsão de realização de audiência de conciliação ou de mediação, ressalvado o caso de manifestação contrária por ambas as partes (art. 334, §4º, I).

O presente trabalho procurou demonstrar as vantagens da adoção desses meios consensuais como forma de solucionar uma disputa sem que haja a necessidade de procurar a via judicial. Assim, além dos meios alternativos proporcionarem a oportunidade dos envolvidos em um conflito solucionarem a controvérsia existente sem que um terceiro lhes dê o veredito, também evita que muitas demandas cheguem ao judiciário.

Conclui-se, portanto, que do dever de uma adequada e célere prestação jurisdicional decorre a necessidade dos sujeitos do processo participarem colaborativamente com a justiça, demonstrando, sempre que possível, o interesse na participação de uma audiência de conciliação e mediação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2017.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2017.

_____. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 26 de março de 2017.

_____. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 26 de março de 2017.

BUARQUE, Rodrigo Costa; PEDRA, Adriano Sant'Ana. A Recusa das Partes à Audiência Preliminar no Novo Código de Processo Civil: necessidade de motivação ante o dever fundamental de cooperação com a justiça. **Revista Magister de Direito**



Civil e Processo Civil. vol. 72. ano 12. p. 112--123. Porto Alegre: Magister, maio-jun. 2016.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CÂMARA, Alexandre. **Novo Processo Civil Brasileiro.** 2ªed. São Paulo: Atlas, 2016.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: A negociação de acordos sem concessões.** Trad. Vera Ribeiro, Ana Luiza Borges. 2ªed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Técnicas de Negociação: resolução alternativa de conflitos; ADRS, mediação, conciliação e arbitragem.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do Processo e Deformalização das Controvérsias. *In Revista de informação legislativa*, v. 25, n. 97, p. 191-218, jan./mar. 1988.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. A audiência de conciliação ou de mediação no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo.** vol. 253. ano 41. p. 163-184. São Paulo: Ed. RT, mar. 2016.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Mediação e arbitragem no Brasil: alternativas à jurisdição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da Mediação de Conflitos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SOARES, Marcos José Porto. A Obrigatoriedade da designação da audiência de conciliação ou mediação (comentários ao art. 334 do CPC). **Revista de Processo.** vol. 262. ano 41. p. 123-129. São Paulo: Ed. RT, dez. 2016.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis.** 2ª ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas.** São Paulo: Método, 2008.

WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador.** Florianópolis: Habitus, 2001, v. 1.

