

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ-
ESMEC
PÓS-GRADUAÇÃO EM PROCESSO CIVIL E GESTÃO DO
PROCESSO**

**OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS: MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO FRENTE AO
ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Gledson Rodrigues Landim

Fortaleza - CE
Fevereiro, 2011

GLEDSOSON RODRIGUES LANDIM

**OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS: MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO FRENTE AO
ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de pós-graduado sob a orientação de conteúdo do professor Fernando Veras Bezerra.

Fortaleza-Ceará
2011

GLEDSON RODRIGUES LANDIM

**OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS: MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO FRENTE AO
ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Pós Graduação da Escola Superior de Magistratura de Fortaleza, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do título de Especialista em Gestão do Processo e Processo Civil.

Fortaleza (CE), 10 de Fevereiro de 2011.

Fernando Veras
Professor orientador da Universidade de Fortaleza

Marcelo Meneses Aguiar
Professor Esp.

Cibele Sousa de Abreu
Professor Esp.

Coordenação do Curso de Pós Graduação
Prof. Ms. Flávio José Moreira Gonçalves

Ficha catalográfica – Biblioteca Roberto Jorge Feitosa de Carvalho

L253m Landim, Gledson Rodrigues

Os Meios Alternativos de Solução de Conflitos: Mediação e Conciliação Frente ao Anteprojeto do Código de Processo Civil. / Gledson Rodrigues Landim – 2011.
59 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (especialização) – Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Pós-Graduação em Processo Civil e Gestão do Processo – Fortaleza, 2011.

Orientação: Prof. Fernando Veras

1. Estrutura do Processo Civil. 2. Arbitragem. 3. Mediação. 4. Novo Código de Processo Civil I. Título

CDDir:341.4625

Ao meu Deus,
pois toda honra e louvor são d'Ele e para Ele!

A Jesus Cristo que me permitiu realizar esse sonho. Ao Espírito Santo que esteve ao meu lado capacitando-me e consolando-me nos momentos de ansiedade.

Aos meus pais, Edson e Francisca
que me proporcionaram materialmente essa conquista e pela lição de vida dada com sabedoria vinda da simplicidade e pelo exemplo de família.

A minha amada, Ana Paula
que esteve ao meu lado me ajudando na composição desse trabalho. Pelo seu amor e apoio constantes.

Aos meus familiares, principalmente minhas irmãs e meu avô materno e aos outros avós *in memoriam*,
que torceram muito por essa realização.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Fernando Veras Bezerra, por aceitar a tarefa de orientação e pelo apoio prestado na realização desse trabalho.

A todos os professores, dessa renomada Escola de Magistratura pela orientação acadêmica prestada com muito compromisso e dedicação.

“É mais fácil desintegrar o átomo do que destruir um preconceito”

(Albert Einstein)

RESUMO

A negociação, a arbitragem, a conciliação e a mediação, constituem meios alternativos de acesso à justiça, ou seja, são meios que buscam a tutela jurisdicional do Estado, funcionando como uma justiça parajurisdicional, como método de solução de conflitos, que tem como principais atores as próprias partes envolvidas no litígio, promovendo dessa forma o ideal de pacificação social que, certamente, simboliza o escopo da Justiça. Cumpre-se ainda destacar que o projeto de alteração do novo código de processo civil aposta ainda na conciliação e na mediação como meios céleres e seguros na busca pelo acesso a justiça, reduzindo desta forma o número de processos em tramitação perante o Poder Judiciário que se encontra na atualidade sufocado pelo demasiado número de demandas.

Palavras-chave: Estrutura do processo civil; negociação; arbitragem; conciliação; mediação; solução de conflitos; anteprojecto; novo código de processo civil.

ABSTRACT

Negotiation, arbitration, conciliation and mediation are alternative means of access to justice, in other words, are means, that seek the State's jurisdictional custody, serving as a parajurisdictional justice as a method of conflict resolution, which has as main characters the actual parties to the dispute, promoting the ideal of social pacification that certainly symbolizes the scope of justice. It should be also stressed that the draft amendment to the new code of civil process is also focusing on conciliation and mediation as faster and secure means in the quest for access to justice, which reduces, this way, the number of cases pending before the Judiciary that is currently overwhelmed by too many demands.

Key-words: Structure of civil process; negotiation, arbitration, conciliation, mediation, conflict resolution, draft, new code of civil process.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL	14
1.1 A estrutura do direito processual.....	14
1.1.1 Jurisdição.....	15
1.1.2 Ação.....	16
a) Teoria Concretista da Ação.....	16
b) Teoria Abstratista Pura	17
c) Teoria Abstratista Eclética.....	17
1.1.3 Elementos da ação.....	18
1.1.4 Condições da ação.....	18
1.1.5 Possibilidade jurídica do pedido.....	19
1.1.6 Processo.....	20
1.2 Princípios norteadores do processo civil.....	21
1.2.1 Princípio da Igualdade ou da Isonomia.....	22
1.2.2 Princípio do Contraditório.....	23
1.2.3 Princípio da demanda ou da ação e Princípio do Dispositivo.....	24
1.2.4 Princípio da impessoalidade do juiz.....	25
1.2.5 Princípio do duplo grau de jurisdição.....	25
2 OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÕES DE CONFLITOS.....	27
2.1 Negociação.....	28
2.1.1 Separação das pessoas do problema.....	29
2.1.2 Foco nos interesses e não em posições.....	30
2.1.3 Geração de opções de ganhos mútuos.....	30
2.1.4 Utilização de critérios objetivos.....	30
2.2 Arbitragem.....	30
2.3 Conciliação.....	33
2.4 Mediação.....	37
2.4.1 Principais princípios da mediação.....	38
a) princípio da liberdade das partes.....	38
b) Princípio da não competitividade.....	38
c) Princípio do poder de decisão das partes.....	38
d) Princípio da participação de terceiro imparcial.....	38
e) Princípio da informalidade do processo.....	39
f) Princípio da confidencialidade	39
2.4.2 Objetivos e vantagens da mediação.....	39
2.4.3 O papel do mediador dentro da sociedade	40
3 A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO FRENTE AO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PROCESSO CIVIL	43
3.1 Uma breve explanação acerca da exposição de motivos do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil	43

3.2 Conciliação e Mediação diante das inovações do anteprojeto.....	46
3.3 O desempenho dos conciliadores e mediadores como “auxiliares da justiça”.....	48
3.4 O pagamento dos conciliadores e mediadores.....	50
3.5 A obrigatoriedade da Audiência de conciliação.....	50
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIA	57

INTRODUÇÃO

O artigo 5o, inciso XXV da Constituição Federal, prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Através desse contexto nenhum cidadão poderá ser excluído dessa garantia fundamental de acesso a justiça.

Contudo, a realidade vivida pelos cidadãos dentro de nosso sistema vai totalmente de encontro com o que preceitua esse dispositivo da Carta Maior e isso se dá pelos mais variados motivos, quais sejam: a ausência de informações que a população carente tem acerca dos seus direitos; a carência de defensores públicos; a morosidade por parte do sistema e pela complexidade do Poder Judiciário. Assim, são estes alguns dos obstáculos que dificultam o acesso a justiça, que impedem a população de buscar seus direitos de forma efetiva.

É de fundamental importância salientar que muitos litígios ingressados pelas partes não têm a necessidade de se submeter ao crivo do Poder Judiciário, para que estas vejam satisfeitos seus interesses por conta da natureza do litígio, onde estas muitas vezes são de cunho pessoal, que se resolveria, como por exemplo, através de um dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos.

Diante desse contexto, juristas e operadores do direito buscam mostrar a verdadeira efetividade que esses referidos métodos possam trazer na busca por soluções de conflitos; meios estes que pudessem ser desfrutados por todos aqueles que necessitassem de fato sanar as suas disputas pessoais de forma tranquila e segura.

A partir dessas notas introdutórias, busca-se, desenvolver uma pesquisa monográfica que responda os seguintes questionamentos: Qual a importância dos meios alternativos de resolução de conflitos dentro da nossa sociedade? Quais as inovações trazidas com o Anteprojeto do CPC no que concerne aos meios alternativos de resolução de conflitos da conciliação e mediação?

Os meios alternativos de resolução de conflitos têm como principal objetivo trazer à sociedade a busca de alternativas céleres, para solução de impasses de forma extrajudicial. Rotineiramente, verifica-se a demora e a falta de preparo por parte do Poder Judiciário, isso tem estimulado operadores do direito a procurar meios que solucionem os problemas sem a necessidade que as partes busquem a intervenção da seara estatal. As vias alternativas são a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem, que trazem as partes uma forma menos convencional de transação para seus impasses.

O código de processo civil de 1973 já não mais atendia aos anseios da sociedade, por isso surgiu à necessidade de adequação do então código vigente de acordo com as transformações ocorridas dentro do nosso sistema. Juristas renomados de todo País uniram-se na elaboração do anteprojeto que moldará uma diferente estrutura para um novo Código de Processo Civil.

Dentre as inovações trazidas por esse anteprojeto a mais significativa está à busca por uma justiça mais efetiva, que traga celeridade ao processo e efetividade no resultado da demanda. Dessa forma, proporcionado a sociedade o reconhecimento e a concretização de seus direitos uma vez violados.

O tema em apreço requer um estudo mais detalhado a fim de que seja implementada, de maneira eficiente, a intervenção da sociedade na busca por seus direitos e uma maior conscientização desta sobre a necessidade de se procurar outras formas de acesso a justiça como forma de garantia da sua cidadania.

O objetivo geral deste trabalho é analisar o funcionamento desses meios alternativos de resolução de conflitos, quais sejam: a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem. Além, de trazer um panorama geral dos institutos da mediação e da arbitragem dentro do contexto do anteprojeto que dará origem ao novo código de processo civil, objetivando uma melhor qualidade de qualidade de vida para àqueles que buscam respostas para suas controvérsias. Os objetivos específicos são discutir a importância desses métodos alternativos frente às inovações trazidas no contexto do anteprojeto

Com relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses são investigadas através de pesquisa bibliográfica, procurando abordar o problema através da análise de textos publicados em livros, periódicos e publicações avulsas; bem como documental, através de projetos, normas, pesquisas *online*, dentre outros que tratem sobre o tema.

No que tange à tipologia, trata-se de pesquisa pura e qualitativa, tendo por finalidade a busca de conhecimentos, não priorizando critérios de representatividade numérica, mas sim uma maior compreensão e aprofundamento das relações humanas ligadas ao assunto em questão.

Quanto aos objetivos, à pesquisa qualifica-se como descritiva e exploratória, uma vez que classifica, explica e interpreta os fatos, descrevendo os fenômenos sobre o tema, suas barreiras e relações com outros fatos, buscando maiores informações sobre o assunto

pesquisado, procurando aprimorar idéias, formular hipóteses e embasá-las de forma a aperfeiçoar a pesquisa.

No primeiro capítulo faz-se uma explanação sobre os institutos fundamentais do processo, retratando a trilogia do direito processual civil que são: jurisdição, ação e processo. Além de descrever acerca dos princípios norteadores do processo civil.

No segundo capítulo, analisa-se o âmbito de atuação dos meios alternativos de resolução de conflitos, como a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem, definindo seus conceitos, objetivos e formas de atuação como meios extrajudiciais que buscam soluções mais céleres e práticas no intuito de se obter um apaziguamento entre as partes envolvidas no litígio.

Finalmente, no terceiro capítulo, faz-se uma breve explanação acerca da exposição de motivos que deu ensejo ao anteprojeto, retratando a mediação e a conciliação com todas as suas peculiaridades frente às inovações trazidas pelo anteprojeto que dará origem ao novo Código de Processo Civil.

1 INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

Faz-se necessário a criação de regras jurídicas, com objetivos de harmonizar a convivência social e dirimir divergências de interesses, que venham a eclodir no seio da sociedade.

Quando surge a insatisfação de um interesse em decorrência de um ato impensado de outrem, ocasiona muitas vezes uma tensão entre os contendores e até mesmo na sociedade em geral, é nesse momento que se faz necessário a utilização dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos.

Os conflitos surgidos podem muitas vezes sair da esfera individual e atingir o escopo de um grupo de pessoas ou até mesmo de uma sociedade inteira, nesses casos estes devem ser logo solucionados através de um processo de autocomposição ou mediante a atuação do Estado através do processo judicial.

1.1 A estrutura do direito processual

Antigamente, o surgimento de conflitos era dirimido entre as próprias partes, realizados através da força, pois o Estado ainda não possuía uma atuação mais concreta, tendo em vista a ausência de normas jurídicas eficazes que pudessem satisfazer de forma harmônica os conflitos existentes.

Na época do direito romano a justiça pública, ganhou força na fase chamada de *cognitio extra ordinem*. Foi nesse momento que o Estado impôs as diretrizes na pacificação de conflitos de interesses, onde as vontades das partes perdiam forças diante da supremacia do poder do Estado, que diante de um caso concreto passou a dizer quem tinha ou não razão perante um conflito de interesses.

Com a proibição da autotutela, o Estado assume o poder da jurisdição, na qual ficou conhecida por *iuris dictio*. Diante dessa proibição, surgiu para as partes a satisfação do seu direito, através do acesso a justiça, por meio do direito de ação, tendo desta resposta hábil, tempestiva e efetiva.

O binômio direito-processo está intimamente relacionado com a tutela jurisdicional efetiva. O encadeamento de procedimentos deve ser adequado aos problemas e conflitos surgidos, devendo estes garantir o acesso a justiça, para a efetivação do direito material.

Os processualistas e operadores do direito devem interpretar as normas processuais de acordo com o que preceitua a Constituição Federal de 1988, procurando através de seu texto dar ao processo a máxima efetivação possível.

Segundo a doutrina atual, a estrutura do direito processual brasileiro é formada por uma trilogia denominada de: jurisdição, ação e processo e nas quais será analisada a seguir.

1.1.1 Jurisdição

A jurisdição ocorre quando o Estado atua no intuito de solucionar conflitos, com a finalidade de preservar a paz social, ou seja, é esta uma atribuição do Estado-juiz que deve aplicar a lei aos casos concretos.

Por meio do direito de ação é que a jurisdição deve ser provocada, sendo exercida através de atos processuais que se traduzem por meio de um processo. A jurisdição tem por objetivo a composição de litígios através de seus órgãos estatais previstos em lei, com o intuito de garantir a satisfação dos direitos individuais e coletivos. Portanto uma vez provocada, deve esta dar uma solução definitiva aos direitos materiais em questão.

Athos Gusmão (1991, p. 4) ao dissertar sobre a jurisdição, lembra-nos da definição sábia de Galeno Lacerda: “É a atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito concreto”. Ou ainda, nos ampara o conceito ditado por Antônio Rulli Júnior(1998, p.2):

“A jurisdição é uma função do Estado e, normalmente, tem sido entregue a pessoa ou pessoas imparciais e independentes que se encarregam de efetivá-la; o direito de pacificar e harmonizar as relações sociais, dizendo a justiça, garantia de segurança jurídica, social e política”.

A jurisdição possui algumas características, quais sejam:

- **Unidade** - É o monopólio do Estado, na qual possui a função exclusiva de estabelecer o direito;
- **Secundariedade** - segundo a doutrina as partes têm a opção de resolver seus conflitos por meios alternativos de resolução de conflitos e não obtendo resultados é que o Judiciário deve ser provocado;
- **Substitutividade** - Através da substitutividade, o Estado ao exercer a jurisdição estará substituindo através de sua atividade a vontade das partes envolvidas no conflito, nas quais deverão acatar a decisão dada pelo Estado-juiz.

- Imparcialidade - O Estado-juiz no exercício da jurisdição deverá atuar com imparcialidade, ou seja, os agentes estatais devem preservar um tratamento isonômico entre as partes envolvidas.
- Criatividade - O Estado-juiz, através de uma sentença ou acórdão criará uma norma individual que irá regular o caso concreto.
- Inércia - a jurisdição deve ser exercida através de provocação das partes feita por intermédio de seus advogados. Uma vez provocada, a jurisdição deverá o juiz agir de ofício.
- Definitividade - As decisões judiciais se tornam imutáveis a partir de um determinado momento. Nem uma lei nova pode retroagir para atingir os processos já julgados. A essa característica, dá-se o nome de coisa julgada.

Dessa forma, a jurisdição quando aplica uma norma exprime a vontade contida na norma de direito material, que deve estar de acordo com as finalidades do Estado.

1.1.2 Ação

A ação é um direito subjetivo na qual a parte tem de provocar a máquina judiciária, para que esta encontre uma solução satisfativa para o seu litígio.

Ação para Theodoro Júnior (apud Elpídio Donizetti, 2009, p.35):

“é o direito a um pronunciamento estatal que solucione o litígio, fazendo desaparecer a incerteza ou a insegurança gerada pelo conflito de interesses, pouco importando qual seja a solução a ser dada pelo juiz”

Ao longo do tempo o conceito de ação foi evoluindo e acerca do tema várias teorias foram surgindo.

A nível constitucional ou também chamado de ação em sentido amplo é o direito que as partes tem de ter acesso ao poder judiciário e obter dele uma resposta a todos os requerimentos a ele dirigidos.

A nível processual ou também chamada de ação em sentido estrito, sobre esse assunto surgiu algumas teorias na explicação do tema, senão vejamos:

a) Teoria Concretista da Ação

Foi à primeira categoria de teorias que procurou explicar o significado de ação. É uma teoria que condicionava o direito de ação à própria existência do direito nela discutido, ou

seja, só existia ação quando o autor tinha razão a cerca de seu pleito. Tanto assim, que os concretistas acrescentavam uma quarta condição da ação: a de que o direito existisse.

No século IX confundia-se o direito de ação com o próprio direito da pessoa. À medida que o direito ganhou autonomia, percebeu-se que não era possível condicionar a existência da ação à existência do direito.

b) Teoria Abstrata Pura

A teoria Abstrata pura, veio em oposição à teoria concretista. De acordo com esta entende-se que sempre existiu ação, independente do preenchimento das condições desta. A palavra ação passa a significar apenas o direito de movimentar a máquina judiciária, confundindo-se com o próprio direito de acesso à justiça.

Dessa forma, desaparece para esta corrente, a diferença que existia entre ação em sentido estrito e ação em sentido amplo.

c) Teoria Abstratista Eclética

A teoria abstrata eclética defendida por seu precursor Liebman é a teoria acolhida pelo Código de Processo Civil Brasileiro. Segundo Liebman o direito de ação não vincula-se a uma sentença procedente, mas em contra partida não é totalmente independente do direito material. Para esta teoria, o direito de ação aparece como direito a uma resposta de mérito.

O mérito de um processo é o pedido, a pretensão posta em juízo, independente de esta ser uma sentença procedente ou improcedente. Esse direito surge com o preenchimento das condições da ação, onde sua falta culminará em carência de ação.

A ação, portanto, não é extinta sem julgamento de mérito, pois sem este, sequer houve ação, também não há ação sem processo, pois para que se obtenha uma resposta de mérito, é imprescindível a existência de um processo.

Por outro lado, é possível haver processo sem ação em sentido estrito, se o juiz, verificada a falta de condições da ação, extingui-lo sem julgamento do mérito, terá havido processo, mas não ação em sentido estrito.

Assim, segundo a teoria de Liebman para se ter uma ação não é preciso uma sentença de mérito, mas a uma resposta de mérito, que é um conceito mais amplo. A resposta de mérito, portanto, abrange as sentenças de procedência ou improcedência nos processos de conhecimento.

1.1.3 Elementos da ação

As ações são caracterizadas por possuírem elementos subjetivos e objetivos. Esses elementos são tão importantes que a própria lei expressamente exige como forma primordial para que uma ação inicie-se a existência desses objetivos, sob pena da extinção da causa.

As partes configuram-se como sendo elementos subjetivos, enquanto que o pedido e a causa de pedir são elementos objetivos do processo, portanto imprescindíveis para este.

A relação processual forma-se com a composição entre autor e réu, existindo a possibilidade de multiplicidade para ambos os lados, quando ocorrem esses casos múltiplos a doutrina denomina de litisconsórcio.

Causa petendi ou simplesmente causa de pedir é a reunião entre a parte fática e sua adequação aos fundamentos jurídicos, ou seja, faz-se necessário a indicação por parte do autor da norma jurídica vigente que corresponda ao fato por ele imposto.

Podemos dizer que a causa de pedir se subdivide em causa remota na qual traduz a parte fática do pedido e a causa próxima que seria a consequência jurídica gerada pelo fato posto em questão.

Após a narração dos fatos e as exposições jurídicas é obrigatório a existência do pedido, ou seja, o pedido é a pretensão do direito material a que o autor almeja alcançar. Como bem fala José Marcos Rodrigues Vieira (apud Elpídio Donizetti, 2009, p.40):

“mediante o pedido, a relação jurídica processual transporta ao exame do juiz a relação jurídica material e, assim, o juiz só se pronuncia sobre esta última, sob as condições e sob os limites do transporte feito”

È muito comum existir a possibilidade do autor em uma só ação fazer cumulações de pedidos e isso é aceito no intuito de se obter uma economia processual.

1.1.4 Condições da ação

Segundo a citada teoria eclética, o início da ação pressupõe o preenchimento de alguns requisitos, e com a falta destes o Estado fica impossibilitado de prestar sua tutela, gerando nesses casos a extinção da ação sem o julgamento do mérito.

A prestação jurisdicional é garantia dada pela Constituição Federal nos moldes do artigo 5º, inciso XXXV, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Para Vicente Greco Filho (1998, p.58):

“o direito de pedir a prestação jurisdicional nasce quando a pessoa reúne certas condições, previstas na legislação processual e de direito material e que são: a legitimidade para a causa, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido”

São três as condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade para a causa. São estas as condições imprescindíveis para o prosseguimento da ação, sem as quais o processo será extinto sem julgamento de mérito. Conforme prescreve o artigo 267, inc. VI, do Código de Processo Civil:

“ART.267 - Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

[...]

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

[...]”

Dentro desse contexto serão analisadas essas condições da ação, senão vejamos:

1.1.5 Possibilidade Jurídica do pedido

A possibilidade jurídica do pedido está configurada quando a ordem jurídica não proíbe a análise da matéria pelo órgão judiciário.

Se autor busca um provimento jurisdicional e sobre o seu pedido não há previsão legal, este não pode ser apreciado por parte do Poder Judiciário.

Portanto, se a pretensão do autor, não for tutelada pelo direito material, não existirá possibilidade do alcance do seu objetivo, sem essa pretensão a relação processual não será formada. Desde o ajuizamento da petição inicial, deve-se de pronto verificar se estão presentes tais condições, caso contrário será o pedido indeferido por inépcia da ação.

Como acima mencionado a falta de qualquer das condições da ação leva a sua inépcia como preceitua o artigo 295, §único do Código de Processo Civil, conforme se verifica a seguir:

“ART.295 – A petição inicial será inderferida:

[...]

Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:

I – lhe faltar pedido ou causa de pedir;

II – da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

III – o pedido for juridicamente impossível;

IV – contiver pedidos incompatíveis entre si.

Com isso, o Juiz, não precisa verificar o mérito, para constatar a falta das condições da ação, sendo necessário apenas constatar se a pretensão da parte requerente é contemplada pela norma jurídica.

1.1.6 Processo

Por sua vez, os ritos e os métodos encadeados que o Estado usa, através do que a lei estabelece, é denominado de processo. É um modo de proceder, um conjunto de atos que tem como objetivo produzir um resultado.

Esses métodos ou procedimentos são os ritos traçados pela lei e outros dispositivos vigentes em nosso sistema jurídico, nos quais devem obedecer a normas e valores impostos pela Constituição Federal, e são a partir deles que os magistrados exercem sua função jurisdicional.

Nesse sentido o processo deve seguir os ditames estabelecidos pela Constituição, através de seus princípios e garantias fundamentais, a citar como exemplo, o direito ao contraditório.

Pra que se possa exercer a função jurisdicional do Estado o judiciário não atua de forma livre. Dada a própria natureza dessa função ele deve se valer de uma forma de atuação, que se dar é através do processo.

Como já exposto o processo é o meio de que se vale o Estado para cumprir a função jurisdicional. O processo é na verdade o instrumento da jurisdição, pois é por meio deste que se verifica o cumprimento da função jurisdicional.

Constitui-se de uma seqüência de atos proferidos por parte dos órgãos jurisdicionais, por meio de impulsos de seus sujeitos ativo e passivo, cuja participação é necessária, no intuito de se obter o cumprimento da função jurisdicional, que é a atuação da vontade da lei nos conflitos ocorrentes, ou seja, é a realização do direito material reclamado.

O critério de classificação dos processos é o mesmo que se adota para a classificação das ações. Os tipos processuais correspondem às tutelas jurisdicionais a que se destinam. São três as espécies de tutela jurisdicional, são respectivamente três os tipos de processo: processo de conhecimento, processo de execução e o processo cautelar ou preventivo, como se verifica no Artigo 270 do CPC *in verbis*: “Este Código regula o processo de conhecimento (Livro I), de execução (Livro II), cautelar (Livro III) e os procedimentos especiais (Livro IV).”

Destarte, faz-se necessário para uma melhor compreensão do assunto delinear um pequeno paralelo entre processo e procedimento. O processo é um instrumento de efetivação do poder. Como instrumento, tem sua forma composta por atos e relações entre si, onde a força motriz é revelada pela relação jurídica.

Nas palavras de Fausto Luz Lima “o processo nada mais é que um complexo de atos coordenados, tendentes a uma prestação jurisdicional.”¹

Na utilização da forma com o objetivo de se chegar a um fim, há a necessidade de um ritmo que transmita seu movimento, esse é o procedimento. Procedimento, no entanto, é o ritmo disciplinado em lei, através do qual o processo se move para alcançar seu objetivo. É o lado concreto do processo em sua forma.

1.2. Princípios norteadores do processo civil

Para MIGUEL REALE(1991. p. 300) os princípios são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber.

Os princípios no direito processual civil podem ser entendidos como princípios técnico-jurídicos, tendo por finalidade orientar e disciplinar àquilo que se destinam, isto é, os princípios dentro do campo do Direito se constituem em "proposições informadoras de caráter geral".

A Constituição Federal tem força normativa, onde os direitos e garantias fundamentais estão previstos no artigo 5º,§1º possuindo aplicação imediata:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
[...]

Sendo assim, o processo deve ser analisado perante uma idéia constitucionalista, em que a estrutura principiológica que rege o processo deverá seguir esses parâmetros, isto é, toda estrutura deve adequar-se aos direitos fundamentais. Dessa forma os princípios que regulam o processo civil estão inseridos na nossa Carta Maior.

¹ Dados obtidos no site (http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5012)

1.2.1 Princípio da Igualdade ou da Isonomia

O artigo 5º, *caput* inciso I da Constituição Federal consagra esse princípio, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
[...]

Este princípio está intrinsecamente relacionada com a idéia de processo junto, dando as partes tratamento igualitário na busca de seus ideais perante a justiça.

Para se definir melhor o tema igualdade, deve-se partir, em primeiro lugar, de que os indivíduos são diferentes e por isso devem ser respeitados diante da situação concreta de indiferença, isto é, deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, como se ver nas palavras de Nelson Nery Junior (1996. p.42) afirma que dar tratamento *isonômico às partes* significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

No Código Processo Civil, o artigo 125, é o dispositivo que consagra o princípio da isonomia, senão vejamos:

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
II - velar pela rápida solução do litígio;
III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;
IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

O conceito de isonomia evoluiu ao longo do tempo. Há 100 anos atrás a isonomia era formal, isto é, todos eram tratados de forma igualitária, sem levar em conta as particularidades de cada indivíduo.

Mas com o passar do tempo, a isonomia tornou-se real, isso consistia na admissão de que existem pessoas distintas. Como dito outrora, o tratamento deve ser igual para os iguais e desigualmente para os desiguais na medida de sua desigualdade. Isso quer dizer que a lei pode tratar diferentemente as pessoas em uma mesma situação, a depender do caso concreto.

O próprio CPC traz alguns privilégios como é o caso do prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer para a Fazenda Pública e isso não fere o princípio da isonomia, pois eles atuam em milhares de processo ao mesmo tempo, necessitando pois desta elasticidade de prazos.

Outro privilégio é previsto no artigo 191 do CPC, que prevê que havendo litisconsórcio com procuradores distintos o prazo será em dobro.

Art. 191. Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos.

Dessa forma, a preservação da igualdade consiste neste mister de tratamento formalmente desigual que substancialmente iguala, isto é, deve-se levar em conta as diversas desigualdades que existem entre os litisconsortes no processo para saber qual direito lhe assiste na prática.

1.2.2 Princípio do Contraditório

O contraditório consiste na necessidade de se dá ciência as partes do que ocorre no processo, dando-lhes oportunidade de defesa. Consagrado no artigo 5º, inc. LV da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]

As partes têm o direito de participar do processo influenciando diretamente na decisão, o juiz só poderá decidir dentro daquilo que foi pedido, mantendo-se imparcial até sua provocação.

Em relação ao princípio do contraditório, Enrico Tullio Liebman (1980, p. 111) tece o seguinte comentário:

" A garantia fundamental da Justiça e regra essencial do processo é o princípio do contraditório, segundo este princípio, todas as partes devem ser postas em posição de expor ao juiz as suas razões antes que ele profira a decisão. As partes devem poder desenvolver suas defesas de maneira plena e sem limitações arbitrárias, qualquer disposição legal que contraste com essa regra deve ser considerada inconstitucional e por isso inválida"

Todavia esse princípio não é absoluto, é o que dispõe os artigos 131, 462 e 267 §3º

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em

consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

[...]

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

Diante do que preceituam esses artigos o juiz pode conhecer de ofício situações fáticas não alegadas pelas partes em juízo, levando tais questões ao conhecimento das partes onde só após poderá fazer o seu julgamento.

Quando a matéria for de ordem pública, isto muda um pouco de figura, pois o magistrado poderá conhecer de ofício e extinguir o processo sem resolução de mérito, mesmo sem a oitiva das partes.

A concessão de medidas liminares também é um exemplo de mitigações do princípio do contraditório, onde tais medidas têm um caráter de urgência, com eminente perigo de dano, portanto podendo ser concedidas antes da manifestação do réu.

Assim, no tocante geral desse princípio o juiz deve manter-se imparcial durante a sua decisão judicial, colocando-se entre as partes, mas de forma equidistante a elas.

1.2.3 Princípio da demanda ou da ação e Princípio do Dispositivo

Os princípios da demanda e do dispositivo são estudados em conjuntos, ambos estão se relacionados aos poderes do juiz.

De acordo com esses princípios a parte é que deve ter a iniciativa de procurar o juiz, pois, o judiciário, em regra é inerte, isto é, o juiz só age se houver uma provocação das partes. O juiz fica limitado a analisar somente o que lhe foi pedido. Mas existem exceções a essa regra, como por exemplo, a ação de Inventário, a arrecadação de bens do ausente, entre outras. Nesse caso o juiz poderá agir de ofício, mas a regra é a da inércia.

Pelo princípio do dispositivo, os litigantes poderão dispor dos direitos disponíveis, podendo renunciar e fazer acordos a qualquer momento. Embora esse princípio permita as partes disporem de seus direitos isso não impede o juiz de buscar as provas necessárias para formar a sua convicção.

1.2.4 Princípio da impessoalidade do juiz

No exercício da jurisdição é necessário que o Estado-juiz, incluindo nesse contexto todos seus agentes que exerçam em nome do Estado a jurisdição, atuem de forma imparcial.

O legislador constitucional tomou medidas para assegurar à imparcialidade do juiz dentre elas a estipulação das regras objetivas de competência. O juiz competente deve ser apurado previamente pelo ordenamento jurídico, denominado pela doutrina de juiz natural da causa.

A competência é determinada no momento da propositura da ação, como descreve o artigo 87 do CPC, *in verbis*:

Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

As duas primeiras partes desse artigo consagram o princípio da “*perpetuatio jurisdictionis*”, onde a competência é determinada no momento inicial e as alterações supervinientes são irrelevantes. Já a terceira parte desse artigo trás as exceções a “*perpetuatio jurisdictionis*”, quando for alterada a competência em razão da matéria ou hierarquia.

Nossa constituição atual acolheu esse princípio definindo que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, forma esta que venha sempre a preservar a imparcialidade do juiz.

1.2.5 Princípio do duplo grau de jurisdição

Por esse princípio asseguram-se as partes a possibilidade de substituírem matéria já analisada por um juízo *a quo* a um novo julgamento por órgão hierarquicamente superior, chamado de juízo *ad quem*.

O efeito devolutivo dos recursos é característica primordial, pois gera oportunidade de revisão da decisão, garantindo as partes na lide à plenitude de seus direitos. Para cada decisão há uma espécie de recurso próprio previsto em lei. Esse princípio está previsto no artigo 5º inciso LV da CF/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;
[...]

Portanto, através do duplo grau de jurisdição preserva-se a conveniência de se uniformizar a jurisdição evitando com isso decisões antagônicas sobre a mesma matéria.

2 OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÕES DE CONFLITOS

O conflito se dá quando duas ou mais pessoas divergem acerca de suas metas, sendo estas incompatíveis entre si, é um fenômeno prejudicial que se instala no meio social, trazendo como conseqüências perda para uma das partes envolvidas na disputa.

Na mesma linha de raciocínio Morton Deutsch,(2003. p. 34):

O conflito previne estagnações, estimula interesse e curiosidade, é o meio pelo qual os problemas podem ser manifestados e no qual chegam às soluções, é a raiz da mudança pessoal e social. O conflito é freqüentemente parte do processo de testar e de avaliar alguém e, enquanto tal pode ser altamente agradável, na medida em que se experimenta o prazer do uso completo e pleno da sua capacidade. De mais a mais, o conflito demarca grupos e, dessa forma, ajuda a estabelecer uma identidade coletiva e individual; o conflito externo geralmente fomenta coesão interna.

Mas, nem sempre um conflito irá compreender em um fenômeno negativo para as partes envolvidas. Por meio de conflitos podem surgir mudanças e resultados satisfatórios para as partes. Perceber o conflito como um estágio natural dentro da sociedade é aceitá-lo de forma positiva.

No decorrer da evolução da sociedade, muito se preocupou com a criação e aprimoramento dos meios de resolução de conflitos. A lei das XII tábuas, originária da lei de talião fazia justiça com as próprias mãos, a vingança para esses povos da antiguidade era meio para se chegar ao conceito de justiça. Era a chamada autotutela ou autodefesa.

Gradativamente esse sistema de autotutela foi sendo substituído pelo da autocomposição. Neste sistema a parte prejudicada era ressarcida por meio de uma indenização que era estabelecida por um terceiro, chamado de árbitro. Percebe-se com essa nova postura da sociedade na busca pela solução de conflitos, uma interferência do Estado. Atualmente as soluções de conflitos são dirimidas por meio da intervenção Estatal que se materializa na decisão judicial ou através de meios alternativos que buscam solucionar os conflitos que se instalam no seio da sociedade moderna.

A crise no processo é uma realidade que se instala no judiciário brasileiro. As partes procuram buscar soluções para suas lides de forma hábil e célere perante o Estado-juiz, mas diversos fatos surgem principalmente os elevados custos e a demora na prestação judicial, motivos que levam as partes a descrerem na justiça que lhes é confiada.

Diante dessa crise no processo a sociedade vem procurando meios alternativos de solução de conflitos que colaboraram de forma direta para o desafogamento da administração judiciária brasileira.

A busca por outras formas de solução de conflitos visa beneficiar a sociedade na proteção de seus direitos, através de um meio mais ágil, efetivo e de menor custo.

No novo cenário mundial, verifica-se que a utilização do processo judicial não é o único meio de se alcançar a justiça. A procura por um procedimento mais efetivo surge cada vez mais forte no seio de nossa sociedade. Dessa forma, observa-se que os métodos alternativos de soluções de conflitos aparecem como novos instrumentos a serem utilizados pelas partes envolvidas em litígios.

A mediação, a negociação, a conciliação e a arbitragem são meios alternativos de solução de conflitos. Cada um deles com características próprias que os diferenciam entre si. Dessa forma, restando aos indivíduos escolher adequadamente o melhor meio para a solução de seus conflitos.

2.1 Negociação

A Negociação é um instrumento por meio do qual as partes em litígio buscam atingir um objetivo favorável diante de um conflito, ela faz parte do nosso cotidiano, como por exemplo, a negociação de um trabalhador com o seu funcionário relativo a seu horário de saída, o pedido de desconto de uma determinada mercadoria entre comprador e vendedor, enfim a negociação está presente no dia a dia da sociedade.

Dessa forma, o ser humano é por natureza um negociador, que busca quase sem perceber o instrumento da negociação.

Segundo o que aborda Bernard Mayer (1997 p. 148.), pode-se definir o método da negociação como “uma interação na qual as pessoas buscam satisfazer suas necessidades ou atingir seus objetivos por meio de acordos com outras pessoas que também buscam a satisfação de suas necessidades.”

A negociação é um dos meios de solução de conflitos e tem como características mais marcantes uma comunicação voltada à persuasão entre os sujeitos envolvidos, que através de um diálogo encontram um acordo sem a necessidade da participação de um terceiro.

A busca na solução do litígio se dá apenas por aqueles que estão envolvidos na controvérsia. A negociação é um procedimento muito corriqueiro no seio de nossa sociedade.

Pode-se afirmar, no entanto que a negociação é a primeira alternativa na tentativa de se obter uma solução justa que venha a satisfazer as partes envolvidas, se isso vier a acontecer, o conflito estará solucionado.

Nas palavras de Lia Regina Castaldi Sampaio e Adolfo Braça Neto (2007, p.10).

“Poderíamos dizer, portanto, que a negociação é a primeira instância da tentativa de resolução de conflitos, pois uma vez diante de uma solução que atenda a ambas as partes, o conflito está resolvido”

Alguns autores dividem a negociação em dois tipos: distributiva e integrativa. Na negociação distributiva as partes possuem opiniões divergentes, onde uma parte sempre quer se sobressair sobre a outra. Nesse tipo de negociação o que se busca é unicamente a satisfação dos seus objetivos.

Aqui há o que se chama de negociador severo, isto é aquele que não está disposto a concessões, muito pelo contrário tenta sempre obter vantagens sobre a outra parte da negociação.

Já na fase integrativa há discussão entre os sujeitos envolvidos acerca de outros elementos, além daqueles que deram origem a negociação. Tenta-se com isso buscar a junção de todos os elementos possíveis dentro da relação, com a finalidade de viabilizar a satisfação dos objetivos que cada um das partes possui.

Temos nesse tipo de negociação o chamado negociador afável, isto é, aquele que está sempre pronto para fazer concessões procurando com isso preservar uma parceria entre as partes. O objetivo primeiro da negociação não é atingir a meta de uma ou da outra parte e sim solucionar os interesses comuns e opostos dos sujeitos envolvidos.

Quando não há entendimentos entre os sujeitos envolvidos eles partem para esfera judicial, colocando o Estado como o terceiro quer irá dar solução ao conflito.

A negociação é baseada em princípios, quais sejam:

2.1.1 Separação das pessoas do problema

Existe uma grande dificuldade das partes envolvidas nos conflitos em ouvir o que a outra tem a dizer, nesse momento geralmente a emoção fala mais alto que a razão. Deve-se saber separar o indivíduo possuidor do problema em si com o mérito da negociação a ser resolvida. O “ataque” deve ser feito diretamente ao objetivo da negociação, deixando de fora a pessoa do negociador. Dessa forma fica muito mais fácil obter-se um resultado positivo para as partes envolvidas no dilema.

2.1.2 Foco nos interesses e não em posições.

As posições sustentadas pelas partes, devem ser locadas em segundo plano, pois em muitos casos as posições das partes não coadunam com os reais objetivos do negociador. O interesse deve ser sempre o alvo da negociação.

2.1.3 Geração de opções de ganhos mútuos

Várias possibilidades devem ser criadas antes de se decidir a adoção de uma solução, para que as partes envolvidas no litígio possam dentre estas encontrarem opções de ganho mútuo que abordem interesses comuns.

2.1.4 Utilização de critérios objetivos.

A utilização de padrões objetivos é um ponto basilar da negociação, a finalidade é de discutir tais critérios no sentido de achar meios que não venha favorecer posições entre as partes, de forma a deixar a negociação neutra para ambas.

Portanto, na negociação, a princípio as partes partem de objetivos inicialmente contrários, até chegarem a um denominador comum, feito através da adequação de interesses de ambas envolvidas no conflito. Assim negociar é um meio indispensável que deve ser usado por pessoas que busquem debater idéias para chegar a um objetivo final que é um acordo.

2.2 Arbitragem

A arbitragem é um procedimento no qual se procura dirimir controvérsias a cerca de direitos patrimoniais disponíveis, onde as partes escolhem um árbitro para que este possa decidir por elas, tendo sua sentença força de uma sentença judicial.

A arbitragem é um procedimento bastante antigo, utilizado desde a Grécia antiga. No Brasil já era prevista no código processo civil de 1973 nos artigos 1.072 e 1.102, porém era um instituto em desuso. À época, entretanto, os referidos artigos não eram considerados regras modernas, tendo em vista a obrigação de a decisão arbitral ser obrigatoriamente homologada pelo Poder Judiciário.

Segundo Chirstopher Moore (1998, p.23) a proposta da arbitragem pode ser entendida como:

[...] um processo voluntário em que as pessoas em conflito solicitam a ajuda de uma terceira parte imparcial e neutra para tomar uma decisão por elas com relação a questões conflituosas. O resultado pode ser consultivo ou compulsório. A arbitragem pode ser conduzida por uma pessoa ou por um conselho de terceiras partes. O fator crítico é que elas sejam externas ao relacionamento em conflito. A arbitragem é um processo privado em que os procedimentos, e frequentemente o resultado, não estão abertos ao escrutínio público. As pessoas em geral escolhem a arbitragem devido a

sua natureza privada e também porque ela é mais informal, menos dispendiosa e mais rápida que um procedimento judicial.

O surgimento da Lei 9.037 de 1996 deu um novo conceito na arbitragem no Brasil, aperfeiçoando o que já antes era regulado pelo Código Processo Civil. Outro instrumento que faz referência a este instituto é a Lei 9.099 de 1995, lei esta que regula os Juizados Especiais na qual prevê também a possibilidade da utilização da arbitragem em seus artigos 24 a 26 abaixo descritos:

Art. 24. Não obtida à 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.

Apesar do surgimento desses instrumentos que regulam a arbitragem, o seu uso ainda é muito moderado por partes dos litigantes que, por falta de conhecimento a cerca do assunto, acabam não confiando na arbitragem como forma eficaz de resolução de seus conflitos.

No entanto, apesar de sua pouca aceitação, a Lei 9.037/96 deu um grande avanço no intuito de retirar empecilhos que dificultavam o uso deste instrumento em nosso país, tais como a desobrigação da necessidade de homologação judicial da sentença proferida pelo juiz arbitral, criando também um efeito vinculante da cláusula compromissória dentro do instituto e no caso das sentenças arbitrais estrangeiras desobrigou a dupla homologação, ora anteriormente exigida.

Muitas são as dificuldades da disseminação desse instituto, que infelizmente ainda conta com pessoas dotadas de má fé que desconhecem a todos os princípios que norteiam a arbitragem, disseminando de forma errônea o verdadeiro sentido da arbitragem dentro do nosso país, utilizando de siglas, emblemas e brasões da República, confundindo os usuários, levando-os a acreditarem estar diante de um Órgão do Judiciário.

O procedimento da arbitragem se dá por força de um instrumento privado chamado de convenção arbitral, na qual é denominada de cláusula compromissória ou arbitral e é efetivada através de um contrato em que os litigantes se dispõem a dirimir conflitos oriundos desse contrato através da arbitragem de forma preventiva, essa cláusula afasta toda e qualquer competência da jurisdição do Estado.

Outro instrumento também utilizado é o chamado compromisso arbitral, na qual as partes submetem seus conflitos à arbitragem, ao contrário da primeira esta implica a existência antecedente de um conflito, que deve seguir regras determinadas pela lei. O conflito será dirimido por um árbitro que pode ser um particular ou uma instituição especializada, de acordo com o artigo 13 da lei em comento, podendo ser qualquer pessoa física maior e capaz, desde que não tenha interesse no litígio, poderá exercer a função de arbitro, “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”.

A sentença arbitral deve ser prolatada, salvo acordos entre as partes, no máximo em 180 dias a contar de sua instituição, constituindo dessa forma título executivo judicial, não sendo possível recurso a instância superior, tornado-se, pois, irrecorrível conforme institui o artigo 18 da Lei de Arbitragem, “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

Diante da sentença arbitral, é cabível o controle judicial, tão somente no que concerne aos aspectos formais que tange tal decisão, não se admitindo, portanto, qualquer tipo de revisão judicial no que diz respeito ao mérito da decisão arbitra. Apenas as matérias relativas à validade do procedimento, conforme aludem os artigos 32 e 33 da Lei 9.307/96. O prazo é de 90 dias para o ingresso de ação de anulação da sentença arbitral, sob pena de se tornar tal decisão soberana e imutável.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei;

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil se houver execução judicial.

O procedimento arbitral permite ainda, as partes, em três momentos distintos, a possibilidade de dirimir seus impasses durante o processo. Diante disso há um privilégio para com o princípio da autonomia da vontade, por conta da informalidade contida neste instituto, promovendo com isso o entendimento dos envolvidos e a oportunidade de uma composição amigável.

A doutrina entende de forma majoritária que a arbitragem não fere os princípios constitucionais a citar como exemplo o da inafastabilidade do controle judicial e o princípio do juiz natural, tendo em vista que são as partes que de forma livre escolhem este meio para solução de seus conflitos.

Portanto, a arbitragem possibilita aos envolvidos uma maneira adequada na solução de suas lides, através de um meio célere, sigiloso e feito por pessoas que estão qualificadas tecnicamente para decidir a cerca do objeto do contrato litigioso. Assim, os motivos que levam as partes a escolher a solução arbitral, são a inexistência de formalidades e a presença de um julgamento igualitário que ponha fim aos dilemas existentes entre os conflitantes.

2.3 Conciliação

A conciliação constitui também um meio alternativo de solução de conflitos que se opera por meio do entendimento das partes envolvidas. Nesta o terceiro chamado de conciliador ouve as alegações e pretensões das partes orientado-as a encontrar um caminho que as leve a um acordo, extinguindo a probabilidade de se buscar uma tutela judicial.

E importante frisar o pensamento dos doutrinadores Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 32.) sobre o tema em questão:

"A primeira característica dessas vertentes alternativas é a ruptura com o formalismo processual. A *desformalização* é uma tendência, quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo fator de celeridade. Depois, dada a preocupação social de levar a justiça a todos, também à gratuidade constitui característica marcante dessa 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 (juízos de equidade e não juízos de direito, como no processo jurisdicional)."

A finalidade da conciliação também é procurar uma saída justa e sensata para as dificuldades advindas das partes em litígio. A participação do conciliador serve principalmente para promover o diálogo entre as partes e administrar o desenrolar da discussão, sobre os pontos chaves do conflito, chegando-se com isso a um resultado

satisfatório para ambas. Dessa forma a principal finalidade da conciliação é a obtenção de um acordo, evitando que este conflito se prolongue ao longo do tempo e seja necessária sua resolução através das vias judiciais.

A conciliação possui características peculiares que abrange a gerência do conflito por um terceiro neutro e imparcial, onde este mesmo tem o privilégio de poder indicar um provável acordo, depois uma prudente ponderação de vantagens e desvantagens que tal acordo traria para ambas as partes.

O papel do conciliador torna-se tão importante quanto o papel do Juiz nos processos judiciais tradicionais, pois o conciliador além de julgar e manter a justiça ainda exerce um papel de pacificador diante das partes no intuito de conservar as relações entre elas da melhor forma possível após o término da conciliação.

Na conciliação a figura deste terceiro, o conciliador, não está aprisionada a nada, ele compartilha de maneira neutra, buscando nortear as partes no sentido de compor e adequar suas demandas de acordo com o conflito existente em cada caso concreto.

Incumbi ressaltar um ponto fundamental com relação aos conciliadores, estes na verdade não necessitam ser operantes do direito, bastando apenas que tenham prudência e ponderação em relação à demanda existente. Dessa forma existem conciliadores dentro das mais variadas profissões, como médicos, dentistas, psicólogos, assistentes sociais, entre outros.

Na conciliação, o que realmente é relevante é que o conciliador tem livre-arbítrio na sessão conciliatória, dando opiniões e sugestões e até mesmo rejeitando a proposta de acordo, por ser prejudicial a uma das partes envolvidas no conflito. Ao contrario da mediação, na conciliação a figura do conciliador é de extrema importância, pois em diversas situações a sugestão de acordo é feita por ele e aceita pelas partes.

A celeridade da conciliação na resolução dos conflitos é sua principal característica, por isso é muito utilizada nas demandas. Contudo, a conciliação só pode ser utilizada no que concerne os direitos disponíveis, dessa forma o conciliador tem total liberdade para interferir na relação com o objetivo de compor a lide.

Essa inovadora maneira de prestação jurisdicional constitui, com certeza, um enorme progresso de cunho constitucional, que tem como objetivo resguardar as aspirações da sociedade, sobretudo, aos das camadas menos favorecidas da população, buscando uma justiça capaz de proporcionar uma prestação de tutela mais simplificada, célere, econômica e

segura. Trata-se, no entanto, de um mecanismo hábil no alargamento do ingresso à ordem jurídica justa.

O método da composição nas lides já existe em nosso ordenamento jurídico desde a promulgação do Código Comercial de 1850, que já remetia nos seus artigos 139 e 294, formas alternativas de solução de conflitos. Em tempos atuais, a conciliação está prevista em vários diplomas legais dentre eles: o Código de Processo Civil de 1973; a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT de 1943; o Código Civil de 2002; a Lei de Arbitragem; a Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº. 9.099/1995 dos Juizados Especiais.

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu texto, no artigo 3º inciso I a ordem social como um dos seus objetivos fundamentais, conferindo ao Estado-Juiz a utilização de meios alternativos de prestação jurisdicional céleres, isto é, vem privilegiar os princípios da celeridade processual, da eficiência e do acesso integral à ordem jurídica justa.

Diferentemente da mediação, na conciliação o conciliador tem uma participação marcante, pois muitas vezes a proposta do acordo é feita por ele e aceita pelas partes. A conciliação é mais célere que a mediação, pois sua principal característica é a rapidez na resolução dos conflitos, por isso é muito utilizada nas demandas judiciais, onde as partes não têm um relacionamento duradouro, nem no passado nem no futuro. Existem duas modalidades de conciliação, a extraprocessual ou informal e a endoprocessual a ser utilizada a depender do momento em que o acordo for realizado.

Na conciliação extraprocessual a solução de conflitos se dá por meio de acordo elaborado entre as partes antes de se instaurar a lide. Dessa forma, as partes através do intermédio do conciliador resolvem suas insatisfações através da conciliação, portanto, sem a interferência do Poder do Estado.

Cabe, no entanto, frisar o resumo sobre essa modalidade de conciliação posta pelo Conselho Nacional de Justiça:

"Esse procedimento se constitui em um método de prevenção de litígios e funciona como opção alternativa ao ingresso na via judicial, objetivando evitar o alargamento do número de demandas nos foros e a abreviação de tempo na solução das pendências, sendo acessível a qualquer interessado em um sistema simples ao alcance de todos. [...] A principal característica dessa modalidade de conciliação é a promoção de encontros entre os interessados, nos quais um conciliador buscará obter o entendimento e a solução das divergências por meio da composição não adversarial e, pois, ainda antes de deflagrada a ação. [...] É bem-vinda a participação e a integração a essa atividade dos profissionais e dos setores que atuam na área social (equipes multidisciplinares), possibilitando o entrosamento entre os vários serviços existentes. [...] Vale destacar, obtido o acordo em sede de conciliação pré-processual (informal), tem lugar a lavratura do instrumento particular de composição

do conflito, ou seja, do ajuste celebrado entre as partes, o qual pode se constituir, desde logo, quando for o caso, em título executivo extrajudicial (art. 585, II, do CPC, com a assinatura de testemunhas), nada obstando, onde admitido, haja encaminhamento à homologação judicial" (PROJETO MOVIMENTO PELA CONCILIAÇÃO, 2006, p. 04).

Já a conciliação endoprocessual é própria da jurisdição, isto é, só ocorrerá após a instauração da ação, sendo esta uma verdadeira atividade jurisdicional. Assim como a modalidade acima descrita a principal finalidade desta é dar maior rapidez na solução de conflitos, dessa forma desafogando o Poder Judiciário.

Esse procedimento endoprocessual é regido pela Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais), que determina a exposição de pedido escrito ou oral, à Secretaria do Juizado, para que possa ser instaurado o processo conciliatório, art. 14 caput in verbis: "Art. 14- O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado".

Segundo o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 703):

"conciliando-se as partes, o juiz homologará o ato celebrado entres estas, passando ele a ter a mesma eficácia pacificadora de uma sentença que julgasse o mérito, solucionando questões (art. 331, § 1º, e art. 449, Código de Processo Civil de 1973); extingue-se o processo com julgamento de mérito, o que significa que as disposições ajustadas pelas partes e homologadas pelo juiz ficarão imunizadas pela coisa julgada material e em princípio só poderão ser rescindidas pela via da ação rescisória (art. 269, II,III e V, arts. 467-468 e art. 485, CPC)" .

Quando o sistema da conciliação é concretizado perfeitamente, surgem para as partes vantagens importantíssimas, além de propiciar ao sistema judiciário brasileiro uma diminuição nas demandas processuais, diminuindo também os efeitos negativos que a demanda judicial acarretam sob as partes.

Portanto, segundo Cíntia Sasse a diferença entre os dois também está definida no projeto de lei. O papel do conciliador é sempre mais interventivo, enquanto o mediador não interfere. O texto do novo CPC diz que o conciliador poderá sugerir soluções para o litígio. No entanto, está proibido legalmente de utilizar qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. Já "o mediador auxiliará as pessoas interessadas a compreenderem as questões e os interesses envolvidos no conflito e posteriormente identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo", define o projeto.²

² Dados obtidos no site (<http://www.consumidorrs.com.br/rs2/inicial.php?case=2&idnot=13489>)

2.4 Mediação

A mediação é um instrumento que busca a solução de conflitos através de um terceiro imbuído de imparcialidade na relação e escolhido pelas partes, na qual possuem um litígio. Sua função é intermediar uma maneira pacífica para por fim a divergência.

Segundo Clóvis Maluf “A mediação é um método de resolução de conflitos não adversarial, cujo objeto é buscar um acordo duradouro entre as partes, através da dinâmica corporativa.”³

É na verdade, a mediação, um meio alternativo extrajudicial de solução de conflitos, feito pelas próprias partes envolvidas, que através do diálogo buscam uma solução viável e ao mesmo tempo eficaz e satisfatória, que tem a figura do mediador como pessoa chave na reconstrução de relações rompidas.

Para o psicólogo John M. Haynes a mediação consiste; (apud Lilia Maia de Moraes Sales, Mônica Carvalho Vasconcelos, 2006, p.71)

“A mediação é um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final resolve o problema com uma solução mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito.”

A mediação, dessa forma é uma fonte alternativa de interferência nos conflitos, através desta temos a oportunidade de transformar o que de início era um conflito, numa solução.

O mediador na busca pela solução do conflito pode agir de duas formas, a primeira segue uma forma mais facilitadora, agindo este apenas como facilitador da controvérsia que envolve as partes, não expressando opinião sobre o mérito, estando ali apenas para conduzir a tentativa de acordo, mostrando regras básicas que auxiliem a composição entre as partes; a segunda forma é um meio mais avaliador, onde o mediador analisa propostas e argumentos das partes, procurando aconselhar a melhor forma de se chegar a um acordo, avaliando as características e propostas das partes.

2.4.1 Principais princípios da mediação

Os principais princípios que são aplicados a mediação será abordado de forma sucinta, quais sejam:

³ Dados obtidos no site (http://www.clovismaluf.com.br/artigos/scroll_a3.htm)

a) Princípio da liberdade das partes

Para entender esta princípio deve-se ter conhecimento de duas formas existentes de mediação: a voluntária e a mandatória. Na mediação voluntária as partes deliberam de forma livre acerca do caminho a ser percorrido, ou seja, desde a escolha do método a ser utilizado até a busca pela solução do conflito, sendo dessa forma a modalidade mais utilizada no Brasil. Já a segunda, é marcada primeiramente por determinação legal, onde as partes são obrigadas ao comparecimento à sessão de mediação, mas lá se encontrando possuem também total liberdade para discutirem e celebrarem um acordo.

b) Princípio da não competitividade

Um dos meios a se chegar a um acordo satisfatório para ambas as partes é através da cooperação mútua entre elas, partindo desse pensamento não existe na mediação vencedores, o que há na verdade são soluções que satisfazem ambas as partes.

c) Princípio do poder de decisão das partes

Esse princípio parte da idéia de liberdade que as partes têm na procura de resolverem seus dilemas. A figura do mediador vem para promover o diálogo entre as partes facilitando dessa forma o entendimento entre elas.

d) Princípio da participação de terceiro imparcial

Esse terceiro imparcial trata-se da figura do mediador. Essa imparcialidade consiste em primeiro lugar em tratamento igual por parte do mediador para ambas as partes. Para que isso ocorra de forma perfeita o mediador não pode sofrer interferência nem ser constringido á vontade de nenhuma das partes isoladamente.

O mediador deve proporcionar aos mediados oportunidades semelhantes, buscando compreender a realidade de cada um deles, não permitindo que qualquer fator pessoal venha a lhe fazer tender para nenhum dos lados, isto é, o mediador não pode evidenciar o que compreende como certo ou errado; bom ou mau; justo ou injusto, deve portanto manter uma posição de equidistância em relação aos mediados.

Destacam-se, dentro desse contexto os entendimentos de Reginandréia Gomes Vicente e Lilia Godau dos Anjos Pereira Biasoto (apud Lilia Maia de Moraes Sales, Mônica Carvalho Vasconcelos, 2006, p.85):

O reconhecimento da impossibilidade da neutralidade acaba por assegurar a imparcialidade, uma vez que potencializa o processo auto-reflexivo e auxilia o técnico a estabelecer uma meta em relação à situação que lhe é apresentada evitando

dessa forma, interferir no processo de mediação com o seu sistema de valores e crenças.

Além de imparcial o mediador deve ser competente, mantendo-se sempre atualizado com os estudos voltados as relações humanas que se encontra em constantes modificações.

e) Princípio da informalidade do processo

Não existe na mediação uma forma predeterminada para que esta possa ser realizada, isso vai variar de acordo com o caso concreto. Isso propicia para o procedimento uma celeridade e uma aproximação das partes com o mediador.

f) Princípio da confidencialidade

No que tange as partes e o mediador estes devem manter a confidencialidade diante do processo de mediação. As partes só irão sentir-se a vontade para expor os seus problemas se a confiança for mantida. Portanto todos os fatos que surgirem durante a mediação devem ser mantidos em sigilo.

2.4.2 *Objetivos e vantagens da mediação*

A mediação como meio de resolução de conflitos possui objetivos importantes, que estimula o diálogo e o entendimento entre os mediados. Para melhor explicar acerca do conflito dentro do seio de qualquer sociedade é preciso entender que ele nasce antes mesmo de nascermos.

Com isso, deve-se compreender que todo e qualquer crescimento humano advém de dificuldades enfrentadas no decorrer da vida; elas são inerentes a própria vida humana, pois todo indivíduo possui personalidade própria que os distingue dos outros indivíduos. É partindo desse pressuposto que as diferenças se colidem, gerando com naturalidade dentro de toda e qualquer sociedade diversos tipos de conflitos.

Dessa maneira, se o conflito vier a surgir de forma natural este não será prejudicial para as partes envolvidas na disputa, eles serão vistos como formas de aprimoramento pessoal, como um ciclo que se renova dentro da sociedade. É como se eles fossem necessários para que todos pudessem compreender a melhor forma possível de resolução para as suas controvérsias.

A forma equivocada de conduzir os conflitos é que se torna prejudicial para a sociedade, muitas vezes este é interpretado de forma controvertida, isto é, como algo

destrutivo, quando na verdade, o entendimento das diferenças é um grande crescimento pessoal.

A mediação busca uma visão positiva dos conflitos e um crescimento da relação dos mediados, propiciando as partes envolvidas uma oportunidade de compreenderem-se reciprocamente, acatando suas diferenças na busca de um acordo duradouro e justo que traga para as partes envolvidas uma verdadeira satisfação.

Segundo o pensamento das doutrinadoras Stella Breitman e Alice Costa Porto(apud Lilia Maia de Moraes Sales, Mônica Carvalho Vasconcelos, 2006, p.89), “A mediação não busca negar o conflito, mas aproximar-se dele sem medo, pois esse é o lugar privilegiado para que possa ocorrer a transformação”

Um dos grandes objetivos da mediação é que através dos conflitos vividos os mediados adotem uma maneira nova de se relacionar, adquirindo com isso aptidão de decidir e debater qualquer circunstância em que existir a probabilidade de conflito. Isso nada, mas é que um aprendizado, possibilitando a estes uma conscientização social que os ajude futuramente a resolver qualquer situação conflituosa que envolva suas vidas.

A mediação introduz indivíduos dentro da coletividade, mostrando para estes o verdadeiro sentido da solidariedade, restabelecendo o equilíbrio emocional e proporcionando as partes uma maior determinação e responsabilidade através de um diálogo mais aberto e amigável na busca de solução para suas controvérsias. Dessa forma, trazendo um estimável avanço na qualidade de vida da população.

Partindo desse ponto de vista a mediação propõe-se a obter uma pacificação social, que não quer dizer a ausência de conflitos, mas sim, a sua resolução de forma mais adequada onde os indivíduos têm a possibilidade de exercer sua posição de cidadão consciente dentro da sociedade, percebendo os pontos negativos dessas controvérsias, passando a administrá-las de forma tranqüila, precavendo novas disputas.

Assim a mediação como demonstrado possui diversos objetivos que se misturam entre si, sempre buscando o seu fundamental e mais precioso fundamento que é a transformação social permitindo soluções mais céleres e eficientes.

2.4.3 O papel do mediador dentro da sociedade

O mediador é um terceiro imparcial, com capacidade técnica escolhido pelas partes. Tem a função de exercer o múnus público ajudando as partes a solucionar suas demandas. O

método usado pelo mediador envolve conhecimentos em assuntos basilares tais como psicologia, sociologia, técnicas de escuta e comunicação, formas de manejo dos conflitos, dentre outros.

Importante salientar que o mediador na visão de José Luis Moraes e Fabiana Spengler (2008, p. 160), não tem o poder de decisão:

O mediador é o terceiro que intermedia as relações entre as partes envolvidas. A forma como age frequentemente é elemento determinante do êxito ou não do processo. [...] utilizando-se da autoridade a ele conferida pelas partes, deve restabelecer a comunicação entre estas. Sua função primordial é a de um facilitador, eis que deve proporcionar às partes as condições necessárias para que alcancem a melhor solução para seu conflito. É função também do mediador conduzir as negociações, seu papel é o de um “facilitador, educador e comunicador”. Trata-se de um interventor com autoridade que não faz uso dessa autoridade para impor resultados.

No desempenho de suas funções o mediador deve agir de forma imparcial advertindo as partes que não beneficiará nenhuma delas em prejuízo da outra, pois, o seu intuito de está ali não é o de fazer qualquer prejulgamento dos interesses visados por estas, mas sim de auxiliá-las no entendimento e resoluções de seus problemas.

O primeiro passo para se conseguir um bom acordo é as partes confiarem no mediador, que deve ser dotado de confidencialidade. Todas as questões discutidas durante a mediação não será comentada fora desse momento, e o mediador deve sempre deixar isso claro para as partes, excetuando-se apenas a figura do supervisor do programa de mediação que poderá tomar conhecimento das questões discutidas para eventuais questões procedimentais.

Uma vez as partes estando cientes da confidencialidade acerca do que foi discutido dentro do processo de mediação e por algum motivo estas informações vazarem o mediador está sujeito a uma pena de responsabilização civil e criminal, independentemente da função está sendo ou não remunerada.

Ao mediador é incumbido dentre outras coisas, para explicar as etapas da mediação as partes envolvidas; patrocinar uma maneira de colaboração, bloqueando a confrontação repetidamente utilizada pelo preceito tradicional; contrabalancear o poder entre os mediados, procurando sempre obter a troca de informações e por fim promover a negociação entre as partes.

O mediador também tem o dever de *promover a comunicação entre as partes*. Sua principal tarefa é conduzir o diálogo entre estas, escutando-as e promovendo perguntas. Essa forma de coordenar a mediação, através da escuta e da formulação de perguntas leva as partes

a refletirem sobre o caso, é o início de um possível e futuro acordo, pois o diálogo é a pedra angular dessa técnica. Uma mediação bem sucedida não precisa necessariamente culminar em um acordo, o que se busca é propiciar as partes um bom diálogo, despertado nelas a aptidão de entenderem-se sozinhas da melhor forma possível.

Dentro de suas atribuições o mediador deve também não fazer juízo de valor sobre as questões e pessoas envolvidas, adotando sempre que possível uma solução viável para ambas as partes, acreditando na capacidade que estas têm de encontrar uma solução para seu litígio. Agindo com neutralidade o mediador mais facilmente irá assegurar para os mediados o equilíbrio das negociações.

Analisando o desempenho do mediador, resta claro que mediação depende por parte deste de um treinamento e uma busca permanente de conhecimentos específicos acerca da matéria. A mediação é uma atividade que envolve importantes valores sociais, pois mexe com a intimidade dos indivíduos envolvidos; por esse motivo, necessita de regulamentação específica, principalmente no que concerne a capacitação técnica dos mediadores, em consideração à boa-fé dos que buscam esse meio extrajudicial de resolução de conflitos.

O projeto de lei nº 4.827/98 regulamenta a mediação, deve esse ser feito de forma aprimorada pra que esse instituto tão importante possa manter a credibilidade de sua atividade, que tanto colabora para a pacificação social, ao permitir o acordo e a compreensão entre os indivíduos que a procuram.

A guisa de conclusão elucidada-se o pensamento da professora Fabiana Marion Splenger (2008. p. 302):

Contudo, para que todos esses métodos de “resolução” de disputas possam ser postos em prática, o primeiro passo é deixar de considerar o conflito como um evento social patológico, um mal a ser curado, para vê-lo como um fenômeno fisiológico, muitas vezes positivo. Isso significa abrir mão da lógica processual judiciária de ganhador/perdedor para passar a trabalhar com a lógica ganhador/ganhador desenvolvida por outros meios de tratamento (dentre os quais a mediação), que auxiliam não só na busca de uma resposta consensuada para o litígio, como também na tentativa de desarmar a contenda, produzindo, junto às partes, uma cultura de compromisso e participação. Nesses casos, não há um ganhador ou um perdedor: ambos são ganhadores.

3 A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO FRENTE AO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PROCESSO CIVIL

Nos capítulos anteriores foi feita uma explanação acerca dos princípios norteadores do Código de Processo Civil e dos principais meios de solução de conflitos, como a negociação, arbitragem, conciliação e mediação.

Como visto, esses procedimentos alternativos buscam a resolução de disputas de conflitos sem se impor o poder do mais forte, ou sem a necessidade de se utilizar uma norma positivada que não considera a participação direta dos usuários na solução.

Hoje o principal objetivo da justiça é buscar meios céleres e eficazes que sejam confiáveis por parte de quem os utiliza. Desde o início do movimento pela justiça por volta da década de 70 os operantes do direito vêm procurando e investindo em novos impulsos os chamados processos autocompositivos, que tem as partes como principais protagonistas na busca pela solução de seus impasses.

Mudanças necessárias eram reclamadas pela sociedade como um todo, foi nesse sentido que a elaboração do anteprojeto do Código Processo Civil abordou de forma inteligente a valorização da mediação da conciliação como meios de acesso a justiça incluindo-os no Capítulo III do Novo Código de Processo Civil.

3.1 Uma breve explanação acerca da exposição de motivos do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil

O sistema processual civil vigente, já não mais atende os anseios da sociedade deixando dessa forma o ordenamento jurídico desprovido de efetividade.

Atualizar o Código de Processo Civil foi uma das metas da Comissão de Jurista instituída por José Sarney, presidente do Senado Federal. Diversas metas foram delineadas durante a execução do anteprojeto, tendo como uma das mais importantes dar celeridade a tramitação e o julgamento dos processos cíveis.

O direito processual civil é o único mecanismo de atuação do direito material, carecendo, pois, de uma substancial modificação que busque de uma vez por toda atender de forma digna os anseios da sociedade.

A divulgação desse anteprojeto foi feita de forma ampla através dos principais meios de comunicação, audiências públicas realizadas em vários Estados da Federação, pareceres

técnicos, enfim, a sociedade teve a oportunidade de acompanhar esses debates, dando a sua colaboração para a sua criação.

A base estrutural para esse projeto foram os Princípios e Garantias Fundamentais da Constituição. A organização do código foi feita por seções e algumas já existentes sofreram junções utilizando-se dessa vez uma linguagem mais simples e de fácil compreensão.

Com certeza esse anteprojeto ainda irá passar por inúmeras correções, e com as mudanças necessárias, se adequará aos moldes do qual a sociedade está carecendo e a partir daí, dar-se-á um grande salto na conclusão dessa importante obra.

O novo código privilegia dentre outros o princípio da celeridade e da efetividade, destacando-se também nesse contexto o processo sincrético. Partindo dessa idéia o Poder Judiciário deve preparar-se para receber tais novidades de forma positiva, para isso se faz necessário que o arcabouço judicial esteja apto e com um bom suporte de conhecimento técnico e prático, caso contrário esses princípios e garantias constitucionais permaneceram sem operar qualquer efeito diante de um caso concreto.

Sem dúvida esse novo Código de Processo é uma necessidade evidente, mas de nada irá adiantar os esforços dos juristas na sua construção se a infra estrutura do Poder Judiciário não acompanhar os objetivos traçados nas entrelinhas desse código. Esses servidores devem possuir além da capacidade técnica o conhecimento dos princípios norteadores dessa obra. Dessa forma será possível atuar de forma positiva na efetivação da nova lei.

Alguns vínculos com o Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 serão mantidos, sendo através deste que se irá trilhar o caminho de aperfeiçoamento com a entrada de novas normas. Durante sua trajetória, a Lei 5.969 de 1973 – Código de Processo Civil sofreu inúmeras alterações, principalmente a partir de meados dos anos 90, onde iniciaram-se sucessivas reformas em seu texto legal.

As mudanças eram ocasionadas por conta de adaptações ocorridas dentro da sociedade. Os 1.220 artigos contidos nele foram alterados durante esses 37 anos por mais de 64 normas legais.

Algumas dessas modificações foram positivas para o sistema então vigente, contudo esse emaranhado de mudanças afetou de maneira substancial a forma sistêmica do Código de Processo Civil.

Isso trouxe um decorrente atraso no andamento dos processos dentro dos fóruns e tribunais de todo o país, gerando dessa forma um abarrotamento dentro da instituição do Poder Judiciário.

Portanto, para o bom andamento do direito material se faz necessário um efetivo funcionamento da sistemática de um código processual. Dessa forma, o Novo Código Processo precisa resgatar sua consistência interna e seu caráter sistêmico perdido por conta das inúmeras alterações sofridas, para que a partir disso se possa novamente dar para a sociedade a segurança jurídica perdida ao longo do tempo.

Muitos foram os motivos que levaram a elaboração desse anteprojeto, dentre eles a necessidade de colaboração dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; a necessidade de um sistema harmônico perante as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito; a necessidade de uma linguagem processual mais simples; a busca de um processo mais célere e com resultados; necessidade de resolver conflitos através dos métodos alternativos. Enfim a busca por um processo mais equitativo.

A nova versão processual foi construída a luz da nossa Carta Maior. Houve uma prioridade em harmonizar o Novo Código e a Constituição Federal no que diz respeito aos princípios constitucionais. O objetivo, contudo é a constitucionalização do processo civil.

Dessa forma, tudo agora é organizado baseando nos princípios constitucionais, esperando-se diante disso uma atitude diferente por parte dos operadores do direito diante do novo processo que está surgindo.

Alguns princípios, tais como, o do contraditório, da publicidade, da razoável duração do processo, da segurança jurídica, da instrumentalidade, da economia processual, da isonomia, da celeridade, dentre outros, receberam estímulos importantíssimos, no sentido de garantir um provimento melhor e mais aprofundado na busca a efetivação da tutela jurisdicional.

Dessa forma o processo em geral se concentra de forma mais organizada. Vale ainda salientar que a trilogia estrutural continua a mesma: ação, jurisdição e processo. A Teoria Geral do Processo não perdeu seu objetivo, que é estudar e compreender o processo como um todo.

Reflete-se diante desse contexto uma nova forma de pensar o processo embasado na Constituição Federal, dessa forma o Brasil avança seguindo as tendências já utilizadas em outros países, que são exemplos de bons resultados.

3.2 Conciliação e Mediação diante das inovações do anteprojeto

É constatado através da análise da leitura dos artigos do Anteprojeto, que a finalidade da Comissão responsável pela elaboração de sua redação foi a de impulsionar por parte da sociedade a utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos, principalmente no que concerne a conciliação e a mediação, no andamento do processo.

Segundo Luciana Maciel de Moura e Fátima Somavilla Duarte:

“O novo texto do Código de Processo Civil aborda um tema não tão novo para os juristas, porém, dá a ele um novo status. Coloca a mediação e a conciliação em seção própria, com 10 artigos, e estimula a construção e solução dos conflitos pelas próprias partes. O projeto visa a regulamentar e incentivar aqui no Brasil uma prática já conhecida no meio jurídico, principalmente nos Estados Unidos e Europa. Diante do enorme volume de processos que aportam no Judiciário brasileiro todos os dias, este é um instrumento necessário e fundamental que proporciona às partes a construção de entendimentos e soluções que na tramitação normal de um processo seriam impossíveis devido ao desgaste emocional que isto acarreta.”⁴

Diante da situação que se encontra o Judiciário no Brasil esse posicionamento é elogiável, por conta do grande número de processos que se encontram dentro dessa instituição e também por conta da enorme demora do Poder Judiciário na resolução dessas questões.

Mauro Cappelletti (Revista do Processo, n. 74, pp. 82-97), denominou esse movimento de acesso à justiça, de terceira “onda renovatória” do processo, essa terceira onda renovatória diz respeito à reforma interna do processo. Esta tem por escopo atualizar a máquina processual, produzindo maior efetividade ao processo, abandonando a formalidade exacerbada dos atos processuais. Contudo busca amoldar o processo ao tipo de litígio, sempre na busca de sua solução.

Esta última onda renovatória está intimamente relacionada com ligada ao conceito de instrumentalidade do processo e, conseqüentemente, das formas. Portanto para que isso ocorra é necessário que se faça uma reforma nos procedimentos e na composição dos Tribunais, empregando mecanismos alternativos ou privados na solução de litígios, dentre outras medidas cabíveis. Essa onda renovatória tem como fundamento de que não basta somente o direito de ação, ele deve ser acima de tudo efetivo, dando solução ao direito material reclamado e, por fim, implementando o ideal da “funcionalidade processual”.

Portanto a “terceira onda” do acesso à justiça faz uso de suas técnicas na busca por reformas, incentivando alterações dentro do direito substantivo, nas formas de procedimentos

⁴ Dados obtidos no site http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=51991?KeepThis=true&TB_iframe=true&height=550&width=850

e na estrutura dos tribunais, através do trabalho de pessoas leigas e de instrumentos privados e informais de solução de conflitos, tendo como objetivo alcançar o alvo máximo dentro do Judiciário, que é a pacificação social.

Abraçando esse raciocínio, a Comissão delineou dentre os deveres do juiz dentro do processo, em seu artigo 107, inciso IV, o de “tentar prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores”.

Fazendo uma análise desse artigo 107, inciso IV do anteprojeto e comparando-o com redação atual do artigo 125, inciso IV do Código de Processo Civil, observa-se que se pode considerar a redação do anteprojeto muito mais ampla que do artigo 125, inciso IV, do CPC em vigor, que apenas faz referência a conciliação, permitindo que o juiz possa a qualquer tempo tentar a conciliação entre as partes, consentindo, mas não dando prioridade a tentativa de composição de litígios das partes no decorrer do processo, deixando de aludir, ainda, que esta deveria ser feita preferencialmente com o auxílio de terceiros tais como conciliadores e mediadores.

Dispõe o artigo 135 do anteprojeto, *in verbis*:

Art. 135. A realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

§ 1º O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio.

§ 2º O mediador auxiliará as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas alternativas de benefício mútuo.

Pela análise desse artigo verifica-se que a realização da conciliação ou da mediação deve ser instigada do decorrer do processo, pelos magistrados e também por todos os operadores do Direito tais como: advogados, Defensores Públicos e membros do Ministério Público.

Sob esse foco percebe-se que a intenção da Comissão que elaborou o anteprojeto é de incluir definitivamente no sistema jurídico brasileiro uma forma de solução de conflitos que não enseje um litígio judicial, que não tenha sua solução apenas através de uma sentença, ou seja, procura-se com essa nova idéia tentar extrair das próprias partes aquilo que de melhor satisfaça ambas de forma justa, por isso, entra em cena os instrumentos da conciliação e da mediação que procuram afastar a idéia de que tais formas de solução de conflitos ferem da jurisdição art. 5º, inciso XXXV, da CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Portanto, ainda de acordo com Luciana Maciel de Moura e Fátima Somavilla Duarte:

“Na conciliação temos a figura do conciliador, figura bem ativa, sugerindo, intervindo de forma mais direta nas proposições do acordo. Na mediação, temos a figura do mediador, um facilitador, aquele que proporcionará às partes o entendimento do conflito de modo que elas mesmas proponham as alternativas de solução, visando, assim, ao benefício mútuo. Mister ressaltar que o acordo, em ambos os casos, deverá ser feito sem qualquer tipo de intimidação ou constrangimento às partes. Uma novidade, o novo CPC prevê a figura do conciliador como etapa inicial de todo processo. O projeto coloca a conciliação anterior à contestação, que só será ofertada caso a conciliação reste frustrada. Os acordos poderão ser homologados judicialmente ou registrados em cartório, conforme o caso. Em caso de inadimplemento (dívida, por exemplo), poderá ser executado judicialmente. Por fim, temos então uma nova conotação dada à composição amigável do conflito, que com o tempo ganhará mais força, e que resta perfectibilizada por meio do termo de acordo.”⁵

3.3 O desempenho dos conciliadores e mediadores como “auxiliares da justiça”:

Uma das finalidades do Anteprojeto foi a de valorizar a atividade dos conciliadores e mediadores, que hoje atuam dentro da nossa sociedade como meros voluntários. Estes, diante das inovações trazidas por esse anteprojeto passaram à categoria de “auxiliares da justiça”, sendo incluídos no Capítulo III do Novo Código de Processo Civil, aplicando-se a eles os mesmos motivos de impedimento e suspeição que atinge os magistrados, equiparando-os a outros auxiliares da justiça tais como: escrivão, oficial de justiça, perito, depositário, administrador e intérprete, como se verifica nos artigos 118 e 119 do Anteprojeto do Código de Processo Civil, *in verbis* :

Art. 118. Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição:

I – ao membro do Ministério Público;

II – ao serventuário de justiça;

III – ao perito;

IV – ao intérprete;

V – ao mediador e ao conciliador judicial;

VI – aos demais sujeitos imparciais do processo

Art. 119. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o mediador e o conciliador judicial.

Perante os tribunais as atividades dos conciliadores e mediadores denominados de “auxiliares da justiça” esta regulamentada na Seção V, do Anteprojeto. É no artigo 137, §1º, que se observa a exigência dos tribunais em manterem um registro de conciliadores e mediadores.

⁵ Dados obtidos no site (<http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=51991>)

Entre os requisitos que devem ser exigidos para a inclusão no cadastro feito nos tribunais, é a necessária inscrição desses conciliadores e mediadores na Ordem dos Advogados do Brasil e ainda possuírem estes a capacitação mínima, obtida por meio de um curso que é realizado por entidades credenciadas pelo tribunal. É o que se observa nesse artigo 137, § 1º *in verbis*:

Art. 137. Os tribunais manterão um registro de conciliadores e mediadores, que conterá o cadastro atualizado de todos os habilitados por área profissional.

§ 1º Preenchendo os requisitos exigidos pelo tribunal, entre os quais, necessariamente, inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e a capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada pelo tribunal, o conciliador ou o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no registro do tribunal.

§ 2º Efetivado o registro, caberá ao tribunal remeter ao diretor do fórum da comarca ou da seção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que o nome deste passe a constar do rol da respectiva lista, para efeito de sorteio.

§ 3º Do registro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou o insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como quaisquer outros dados que o tribunal julgar relevantes.

§ 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e fins estatísticos, bem como para o fim de avaliação da conciliação, da mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

A necessidade de capacitação mínima desses conciliadores e mediadores é positiva no sentido de se formar profissionais conhecedores das técnicas de cada um desses métodos de solução de conflitos, porém essa necessidade de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, inibe a atuação de outros profissionais, como psicólogos, assistentes sociais, estagiários de direito, juízes, promotores e defensores públicos aposentados, que já realizam esse trabalho de conciliadores e mediadores de forma satisfatória em várias Comarcas de todo o país.

Ainda, diante do caráter da interdisciplinariedade que envolve os métodos alternativos de solução de conflitos não se justifica tornar obrigatória para o exercício da função de conciliador e mediador a formação em curso de Direito e, menos ainda, a inscrição desses profissionais na Ordem dos Advogados do Brasil, o que induz desempenhar o conciliador e mediador o ofício de advogado.

Dessa forma, resta ainda salientar, que é um contra senso por parte da própria Ordem dos Advogados do Brasil que, até bem pouco tempo, impedia os advogados de operarem como mediadores, por entender que a prática dessa atividade era uma forma de captação de clientela, tão debatida por seu Código de Ética, agora tentam impor, a obrigatoriedade de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

3.4 O pagamento dos conciliadores e mediadores

De acordo com o que dispõe o artigo 142 do Anteprojeto apenas o conciliador e o mediador serão remunerados pelo seu trabalho, deixando sob a responsabilidade dos tribunais a regulamentação dessa remuneração, segundo parâmetros colocados pelo Conselho Nacional de Justiça, senão vejamos:

Art. 142. O conciliador e o mediador perceberão por seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

A remuneração desses profissionais é oportuna e necessária, a fim de dar a estes conciliadores e mediadores uma motivação para o desempenho e aperfeiçoamento no exercício dessa atividade, pois é estranho determinar que essas pessoas que nada auferem invistam em capacitação técnica, que compõe artifício indispensável para o bom desempenho de suas atribuições. Contudo, por se tratarem estes, de “auxiliares da justiça”, segundo o anteprojeto, como os demais, devem ser remunerados pelo trabalho que desempenham e essa remuneração de conciliadores e mediadores deve ser observada de acordo com a realidade local, pois, em alguns Estados da Federação, por exemplo, os conciliadores e mediadores são servidores do Tribunal de Justiça, concursados.

Segundo esse Projeto de lei, se a mediação alcançar um resultado positivo, ficam as partes desobrigadas do pagamento das despesas processuais e do ônus da sucumbência, que serão trocados pelos honorários do mediador. Já se a mediação não alcançar êxito, as partes devem pagar as despesas processuais, com a redução do valor referente aos honorários do mediador que auxiliou no trâmite do litígio.

Mas, se a parte for favorecida da Assistência Judiciária Gratuita é de responsabilidade do Estado pagar os honorários do mediador por meio de fundos orçamentários provenientes do respectivo tribunal; contudo, nesses casos, nada se altera, pois de uma forma ou de outra o Estado não recebe as despesas nem custas processuais.

3.5 A obrigatoriedade da audiência de conciliação

O anteprojeto do Código de Processo Civil determina em seu artigo 333 caput, que o juiz é obrigado a indicar a audiência de conciliação antes de iniciado processo, desde que a petição inicial esteja com seus requisitos essenciais preenchidos, senão vejamos:

Art. 333. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de rejeição liminar da demanda, o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de quinze dias.

§ 1º O juiz determinará a forma de atuação do mediador ou do conciliador, onde houver, observando o que dispõe a lei de organização judiciária

§ 2º As pautas de audiências de conciliação serão organizadas separadamente das de instrução e julgamento e com prioridade em relação a estas.

§ 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4º A eventual ausência do advogado não impede a realização da conciliação.

§ 5º O não comparecimento injustificado do réu é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, passível de sanção processual.

§ 6º Obtida a transação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 7º O juiz dispensará a audiência de conciliação quando as partes manifestarem expressamente sua disposição contrária ou quando, por outros motivos, constatar que a conciliação é inviável.

Segundo Henrique Araújo Costa:

O CPC/73 já contava com uma audiência preliminar voltada à conciliação, com a possibilidade de saneamento do feito (CPC, art. 331). Pouco muda no NCPC além do prazo para sua realização, que passará a ser de no mínimo 15 dias; bem como a previsão de que se realize por meio de conciliador previamente orientado pelo juiz. Na verdade, a audiência já era frequentemente realizada sem a presença do juiz, embora a lei não fosse clara quanto a essa permissão. Há também uma série de orientações que destacam a importância dessa audiência no NCPC: a fixação da forma de atuação do conciliador pelo juiz; a prioridade na realização das audiências de conciliação; a mera intimação na pessoa do advogado do autor, cuja presença não é indispensável em audiência; a tipificação da ausência injustificada do réu como ato atentatório; a possibilidade de dispensa da audiência quando manifesta a inviabilidade de conciliação; a possibilidade de citação em audiência etc.⁶

Existem alguns argumentos no sentido de que a designação dessa audiência de conciliação obrigatória antes de iniciado o processo retarda o curso deste, acrescentando-lhe uma nova fase, mas nesse mesmo artigo 333 no § 7º, diz que o juiz poderá dispensá-la quando verificar que a conciliação entre as partes é inviável ou quando estas demonstrarem expressamente sua disposição em contrário.

Dessa forma, o dispositivo acima citado não vai de encontro com uma das principais características da conciliação que é a voluntariedade, pois como visto as partes podem se manifestar em sentido contrário a sua designação, também não fere esse dispositivo o princípio da inafastabilidade da jurisdição de acordo com o que prescreve o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

⁶ Dados obtidos no site (<http://www.arco.org.br/artigos/novo-cpc-comentarios-ao-anteprojeto/audiencia-de-conciliacao-ratificacao-das-disposicoes-da-audiencia-preliminar>)

Na atualidade não existem dúvidas de que o acesso à justiça abrange também os meios alternativos de solução de conflitos, havendo uma relação de cumplicidade entre estes meios e a solução adjudicada por meio da sentença.

Diante desse contexto devemos levar em conta que a conciliação e a mediação, aqui abordadas, são regidas pelo próprio Poder Judiciário, e se pensarmos que o acesso à justiça tem como principal objetivo a busca de uma solução mais rápida, justa e eficaz, que leve o entendimento entre as partes, conclui-se que nem sempre uma solução satisfatória é obtida através de uma sentença.

Destarte, apesar da designação da audiência de conciliação, as partes têm a faculdade de não comparecer à mesma, preferindo a solução de seu litígio por meio de uma sentença bastando, apenas que manifestem expressamente sua vontade nesse sentido. E, mesmo se estas vierem a comparecer à audiência, após tomarem conhecimento do procedimento, poderão escolher em não se submeter ao mesmo, optando pela continuidade do processo.

Contudo, existem ainda casos, em que a tentativa de conciliação é impossível, incumbindo ao juiz realizar essa triagem; assim como também há casos em que são necessários o uso da força ou expropriação, que apenas podem ser deferidos por parte do Poder Judiciário.

Salienta-se ainda que não se trata de uma conciliação prévia obrigatória, mas de uma conciliação incidental obrigatória, isto é, quando já exista um processo em andamento, portanto não se pode assegurar que essa audiência de conciliação impeça o ingresso de interessados ao Poder Judiciário.

De acordo com os dizeres do Professor Kazuo Watanabe, ainda resta mencionar que essa obrigatoriedade exigida pela lei é adequada principalmente neste momento em que vivenciamos uma crise dentro do Poder Judiciário, é também oportuna até mesmo para que haja uma mudança na mentalidade dos operadores do Direito, arraigada na “cultura da sentença”, mudando dessa forma para uma “cultura da pacificação”.⁷

Quando se exige uma conciliação obrigatória objetiva-se por em prática o caráter educativo que estes meios alternativos proporcionam para a sociedade, pois através deles, as partes e seus patronos tomam ciência da existência e do funcionamento desses métodos de

⁷ Dados obtidos no site (<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol22/artigo04.pdf>)

solução de conflitos, podendo vir, no futuro, a utilizá-lo de maneira voluntária, evitando a sentença e, até mesmo, a propositura da ação.

O objetivo dessa obrigatoriedade é de que o Poder Judiciário tome as rédeas para que as partes e seus advogados participem, pois somente dessa forma, estes passarão a conhecer os benefícios desses meios alternativos de solução de conflitos. Com isso afastando os advogados do receio de perderem seu sustento e passando as partes a reconhecer os benefícios que seus advogados podem lhes proporcionar ao participarem da mediação.

Ainda, ressalta-se que dentro do setor público, há um controle mais sério e eficiente sobre a qualidade técnica de seus mediadores, o que muitas vezes não acontece dentro do setor privado, levando as partes que procuram esses meios alternativos submeterem-se a um mediador despreparado, prejudicando dessa forma toda a confiança que as partes depositaram nesses métodos de solução de seus conflitos.

Portanto, nosso país tem urgência em integrar esses meios alternativos de solução de conflitos ao Poder Judiciário, para que se possa haver a divulgação desses meios dentro da nossa sociedade que tanto anseia por benefícios mais eficazes e céleres que venham de uma vez por toda desmistificar somente a idéia de sentença que tanto sufoca o Judiciário.

Mas, para que isso possa ocorrer de maneira satisfatória às partes devem estar munidas de informações acerca desses métodos, ou seja, todos, desde o cidadão comum até os mais esclarecidos, devem ter conhecimento suficiente acerca dos meios de solução de conflitos disponíveis, com todas as suas particularidades, para que com isso possam eleger estes métodos com consciência e de acordo com seus verdadeiros objetivos, pois sem um conhecimento não se pode cogitar em uma verdadeira liberdade de escolha.

CONCLUSÃO

Diante ao exposto aqui delineado, resta claro que o conflito é uma ponte de acesso a justiça, pois induz o cidadão a conhecer os seus direitos e buscá-lo de forma consciente e efetiva não apenas através de processos judiciais, mas também fazendo o uso de outros métodos alternativo de acesso a justiça.

Dessa maneira é imprescindível se buscar soluções para diminuir o amontoamento de processos que se encontram nos fóruns e tribunais de todo país. O primeiro passo para se concretizar essas realizações é reduzir o tempo de tramitação dessas demandas, incentivando a participação da sociedade na solução de seus litígios, fornecendo a estes meios eficazes.

Em muitos casos a via judicial não é a melhor alternativa a ser seguida pelas partes. É nesse contexto que surgem os meios alternativos de solução de conflitos, que costumam ser rápidos e eficazes, pois trazem em sua essência um procedimento menos formal e mais flexível para as partes.

No presente estudo evidencia-se que vários instrumentos alternativos são utilizados pela sociedade em busca de solução para seus conflitos. Um desses mecanismos é a negociação onde as partes envolvidas, por meio de recíprocas concessões resolvem diretamente suas controvérsias.

A arbitragem é outro instrumento de acesso a justiça, que consiste em uma forma paraestatal de solução de conflitos, onde uma ou mais pessoas recebem poderes decisórios de uma convenção privada, firmada pelas partes.

Este meio, é regido no Brasil pela Lei 9.307/96, a chamada Lei da Arbitragem, e vem sendo reconhecido como uma técnica muito hábil na resolução de conflitos, colaborando para o desafogamento do Poder Judiciário. Na arbitragem prevalece a autonomia da vontade das partes envolvidas e o seu poder de decisão, que vai desde a escolha do arbitro que irá atuar até os procedimentos que disciplinarão o processo em questão. Na verdade é como se fossem criadas regras particulares e de comum acordo entre os interessados, garantindo dessa forma rapidez, sigilo e a confiança de que o julgamento da controvérsia será feito por pessoas de denso conhecimento no assunto.

Temos também o meio alternativo de acesso a justiça que é a conciliação e conforme foi exposto, apresenta-se como diligente mecanismo de resolução de conflitos. Nesta, a solução dos conflito é regida pelas próprias partes em conversação mediada pelo juiz, ou

conciliador, em audiência, é a forma preferida pelo sistema processual civil; ela abrevia a vida do processo pondo fim ao litígio, é mais barata, mais eficaz e afasta o risco de injustiça.

Através da conciliação as partes constroem a solução para seus próprios problemas, tornando-se responsáveis pelo acordo que venham a assumir. Nesse sentido é irrefutável a importância desse instrumento, pois tem como ponto de maior relevância a questão da ampliação do acesso à justiça, uma vez que aumenta a confiabilidade das partes envolvidas, transferindo para o mesmo a resolução das suas próprias insatisfações, das suas próprias controvérsias, permitindo soluções mais céleres e eficientes.

Por fim temos o instituto da mediação que pode ser utilizado como forma alternativa da solução dos conflitos, onde o mediador vai tentar através de reuniões com as partes fazer com que estas tenham noção e alcancem uma solução satisfatória para seus dilemas, através de um diálogo e de um acordo recíproco. Quando não há uma determinação de uma solução por um terceiro que pode ser um árbitro ou um juiz as possibilidades de realização de um acordo são maiores.

A mediação, rotineiramente, vem sendo acolhida como forma de resolução de conflitos fora do âmbito processual. O mediador exerce seu papel diferentemente do conciliador, aquele não propõe o acordo, mas o conduz para que os mediados tenham condições de avaliar o que lhes é mais adequado e sejam os efetivos construtores da solução de seus conflitos. Dessa maneira, o caminho não deve ser a imposição para as partes tentarem resolver o conflito através da mediação e só depois ingressarem com a ação, mas deixar como forma alternativa voluntária de solução do conflito.

Mudanças necessárias eram reclamadas pela sociedade como um todo, foi nesse sentido que a elaboração do anteprojeto do Código Processo Civil abordou de forma inteligente a valorização da mediação e da arbitragem, incluindo-os no Capítulo III do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

Um grande passo vem sendo dado em prol da sociedade como um todo, através da elaboração desse anteprojeto do Código Processo Civil. É de grande importância ressaltar que este projeto de alteração do novo código de processo civil investe na conciliação e na mediação para tentar reduzir o número de processos que se encontram hoje em tramitação dentro do Poder Judiciário.

Assim, a tentativa de conciliação será designada pelo juiz obrigatoriamente como a primeira fase dos processos civis, na tentativa de evitar que as disputas entre as partes se

prolonguem no tempo, tramitando perante o Poder Judiciário que se encontra sufocado pelo número demasiado de processos que aumentam a cada dia.

Diante dessa situação, a Comissão que elaborou o anteprojeto introduziu categoricamente em nosso sistema jurídico maneiras de solução de conflitos que não culminem em uma ação judicial, com soluções apenas através de sentenças.

Portanto, por meio desse novo código busca-se o entendimento dos próprios interessados através dos instrumentos da mediação e conciliação, buscando-se por meio destes instrumentos aquilo que de melhor satisfaça as partes em litígio.

Dessa forma, introduzir em nosso sistema jurídico o apoio ao uso desses meios alternativos de solução de conflitos como um das obrigações dos magistrados, não implica influência negativa na atividade judicial, como falam muitos, ao contrário, sua finalidade é de tornar o acesso a justiça eficaz e justo, que segundo o Professor Kazuo Watanabe, reflete não só o direito do jurisdicionado de recorrer ao Poder Judiciário, mas também e principalmente o direito de obter uma solução, célere, justa, adequada e efetiva para o seu conflito.

REFERÊNCIAS

LIVROS

CAPPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça**. Revista do Processo, n. 74, ano 19, abril-junho/94, São Paulo: RT, pp. 82-97.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991. p.4

DEUTSCH, Morton. *A Resolução do Conflito: processos construtivos e destrutivos*. Traduzido por Arthur Coimbra de Oliveira revisado por Francisco Schertel Mendes. In: AZEVEDO, André Goma de (org). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. vol. 3. Brasília: Grupo de Pesquisa Unb, 2003. p. 34

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito processual Civil**. 11º. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 1ºvol. Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Apud* MARCATO, Antônio Carlos. **Preclusões: Limitação ao Contraditório?**. Revista de Processo, São Paulo, ano 5, nº 17, 1980, p. 111.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. vol 1. São Paulo: Editora RT, 2006.

MAYER, Bernard. **The Dynamics of Conflict Resolution**. San Francisco, 2000: Jossey Bass. p. 142. *apud* ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. *A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de Resolução de disputas*. In: AZEVEDO, André Goma de (org). *Estudos em Arbitragem, Mediação e negociação*. Vol. 2. Brasília: Grupo de Pesquisa Unb, 2003.

MOORE, W. Christopher. **O processo de mediação**. Traduzido por Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed: 1998 p.23.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 160.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 42.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 300

RULLI JR. Antônio. **Universalidade da Jurisdição**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 2

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediare. Um guia prático para mediadores**. 1º. Ed. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2004.

_____; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. **Mediação Familiar**. 1º. Ed. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2006.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; NETO, Adolfo Braga. **O que é mediação de conflitos**. 1º. Ed. São Paulo: Brasiliense, 2007.

DOCUMENTOS JURÍDICOS:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Instituiu o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 dez. 2010.

_____. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 dez. 2010.

_____. **Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

_____. **Lei nº. 9.037, 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <<http://www.manualdepericias.com.br/arbitroslei.asp>>. Acesso em: 20 dez. 2010.

_____. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Instituiu o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 dez. 2010.

_____. **Projeto de Lei nº. 4827 de de 1998**. Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Disponível em: <<http://www.youblisher.com/p/48592-Please-Add-a-Title/>>. Acesso em: 29 dez. 2010.

_____. **Projeto de Lei nº. 166 de 2010**. Cria o novo Código de Processo Civil (CPC) Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> Acesso em: 14 nov. 2010

_____. **Decreto Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 dez. 2010.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

COSTA, Henrique Araújo. **CONHECIMENTO: DIVERSOS - Audiência de conciliação: ratificação das disposições da audiência preliminar.** Disponível em <<http://www.arcos.org.br/artigos/novo-cpc-comentarios-ao-anteprojeto/audiencia-de-conciliacao-ratificacao-das-disposicoes-da-audiencia-preliminar.>> Acesso em: 16 nov. 2010.

LIMA, Fausto Luz. A trilogia Processual Ação, Jurisdição e Processo **Modalidades de Mediação.** Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol22/artigo04.pdf> .> Acesso em: 24 out. 2010.

MALUF, Clóvis. **Meios Alternativos de Resolução de Conflitos.** Disponível em <[http://www.clovismaluf.com.br/artigos/scroll_a3.htm.](http://www.clovismaluf.com.br/artigos/scroll_a3.htm)> Acesso em: 01 nov. 2010.

MOURA, Luciana Maciel de; DUARTE, Fátima Somavilla. **Conciliação e mediação.** Disponível em <[http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=51991.](http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=51991)> Acesso em: 01 nov. 2010.

SASSE, Cíntia. **Regras disciplinam mediação e conciliação** *Novo Código de Processo Civil traz dez artigos sobre o tema.* Disponível em <[http://www.consumidorrs.com.br/rs2/inicial.php?case=2&idnot=13489.](http://www.consumidorrs.com.br/rs2/inicial.php?case=2&idnot=13489)> Acesso em: 29 out. 2010.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral de processo.** São Paulo: Saraiva, 1993. Obra disponível em www.tex.pro.br.

WATANABE, Kazuo. **Modalidades de Mediação.** Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol22/artigo04.pdf> .> Acesso em: 24 out. 2010.